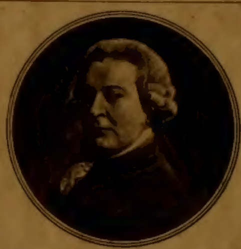




IACOBI CVIACII
IC. PRÆSTANTISSIMI
OPERVM POSTVMORVM
QVÆ DE IVRE RELIQVIT,
TOMVS SECVNDVS.
SIVE
IVLIVS PAVLVS,
ID EST, AD IVLII PAVLI LIBROS AD EDICTVM, ET LIBROS QVÆSTIONVM
RECITATIONES EXACTISSIMÆ,
Non ſolum mendis propemodum infinitis priorum editionum expunctis; ſed etiam acceſſione plurimarum Recitationum, quæ hactenus deſiderabantur in nouiſſimis libris Pauli ad Edictum, locupletatæ.

Opera & ſtudio CAROLI ANNIBALIS FABROTI IC.



LVTETIÆ PARISIORVM,
Impenſis Societatis Typographicæ Librorum Officij Eccleſiaſtici, iuſſu Regis conſtitutæ.

M. DC. LVIII.
CVM PRIVILEGIO REGIS.

In prima huius voluminis parte continentur

LIBRI PAVLI AD EDICTVM,

E T

LIBRI EIVSDEM QVÆSTIONVM.

In altera parte,

MODESTINI DIFFERENTIARVM IVRIS

libri nouem.

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
AD LIBROS PAVLI AD EDICTVM
RECITATIONES EXACTISSIMÆ.

INDEX OMNIVM LEGVM EX IVL. PAVLI IVRISCONSVLT. LXXVIII. ad Edictum libris in Pandectas, à Triboniano relatarum, & à Cuiacio explicatarum.

Ex Libro I.

Ex Lib. II.

Ex Lib. III.

Ex Lib. IV.

Ex Lib. V.

Ex Lib. VI.

Ex Lib. VII.

Ex Lib. VIII.

FINIS INDICIS LEGVM, &c.

IACOBI CVIACII IC.
IN LIBRVM PRIMVM PAVLI AD EDICTVM COMMENTARII,
SEV
RECITATIONES SOLEMNES.

Anno 1584.

PRÆFATIO.

ANTE diem quartum nonarum Sextilium, quo die cœpi me onere deponere, feci in potestate vestra vt statueretis interim quid mihi esset interpretandum; & alij quidem mox accepta conditione, rogati tamen sententiam prius optarunt Codicis, cui muneri mos scholæ exigit vt impendatur opera, librum quartum, satis iam longo tempore dicentes me extra morem & ordinem scholæ, veluti extra carceres euagatum, & vel nunc tempus esse regredi, quod dicitur, ad limen atque gradum. Quos ego, non dicam dolo, non audiebam libenter: reuocabant enim me in viam vulgarem, & à me iam ter quaterque peractam, reuocabant tractanda, recitanda rursus ea quæ nescius non eram haberi inter omnes, qui iuris studiosi sunt. Et multo certe gratiores mihi fuerunt qui his superuenerunt, & me inuitauere ad libros Pauli ad edictum: iucundior enim semper fuit mihi tractatio iuris, quam Constitutionum, quia & eadem multo plus acuminis & eruditionis, multo plus neruorum & momenti habet. Accedit etiam quod interpretando libros Pauli ad edictum, simul vna saliua, & Vlpiani libros ad edictum interpretabimur, & in conspectu & luce clara constituemus sensum & ordinem omnem edicti perpetui, qua re nulla potest esse iuris studioso vtilior. Cum Deo igitur, cuius semper numen aduenero & adoro, rogoque vt studia cuiusque vestrum foueat, sanitate semper reddita adlaborantibus, qui ex vestro numero sunt non pauci, & huic meo instituto adsit placatus propitiusque.

Ad legem vlt. de Iurisdict.

Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, & si supra iurisdictionem suam velit ius dicere.

CVM hac l. coniungenda est *l. 16. & 28. ad municip. & l. 7. de admin. rer. ad ciuitat. pertin. & l. in honorariis 6. de oblig. & act.* quoniam hæ omnes sunt de magistratibus municipalibus, quas omnes ordine interpretabor, excepta *l. in honorariis*, quam decreui prætermittere, quandoquidem eam non ita dudum sum interpretatus. In *l. vlt. de Iurisdict.* Paul. ait, *eum, qui non obtemperat ius dicenti extra territorium, id impune facere, id ei non esse fraudi. Idemque esse, si quis non obtemperet ei, qui ius dicit supra iurisdictionem suam.* Quia iuris dicendi verbo vtitur, ex eo apparet, eam l. pertinere ad magistratus, non ad iudices datos, qui (A) ius non dicunt, sed iudicant, cognoscunt, arbitrantur tantum. Sed videamus, ad quos magistratus pertineat. Alij sunt magistratus vrbani, alij prouinciales, alij municipales. Si pertineret ad magistratus vrbanos, non diceret, *extra territorium, sed extra vrbem*, vel *extra terminos vrbis, vt l. 1. in pr. & §. initio, l. vlt. de offic. præf. vrb. præfecti vrbi nullam esse potestatem, cum exiit terminos vrbis*, id est, nullam eius esse potestatem extra terminos vrbis, qui clauduntur centesimo miliario. Vnde apud Herodianum lib. 2. prætoriani milites, qui exauctorantur, & facessere iubentur vltra centesimum miliarium, iubentur excedere terminos (B) vrbis. Præfecti igitur vrbi extra territorium, extra centesimum miliare, nullam esse potestatem: extra vrbem posse eum iubere, iudicare, posse iudicem dare, quæ est pars mixti imperij & iurisdictionis, *l. 3. h. t.* extra vrbem, intra terminos tamen, non extra terminos vrbis. Non pertinet etiam hæc lex ad magistratus prouinciales, quoniam ad eos si pertineret, non diceret, extra territorium, sed extra

prouinciam, vel extra prouinciæ terminos, *l.* 10. *& l.* 16. *C. Theod. de accusat.* Intra terminos prouinciæ, in qua crimen admissum est, accusationem instituendam esse, apud præsidem eius prouinciæ, non extra. Nec igitur præsidis cuiusquam extra suam prouinciam potestatem vllam aut notionem esse: quamobrem & quem præses prohibet pro aliis postulare citra infamiæ notam, is in ea tantum prouincia non recte postulat, cui præest is qui sententiam dixit. Cæterum in alia prouincia, si vt dixi, non sit notatus infamia sententia præsidis recte postulat, *l. ex ea causa, inf. de postul.* At quia hæc l. proprie pertinet ad magistratus municipales, dicit extra territorium. Est enim territorium vniuersitas agrorum vnius oppidi, aut municipij, vel coloniæ, *l. pupillus, §. pen. de verbor. sign.* Est, vt eleganter Siculus Flaccus lib. de limitibus agrorum ait, vniuersa limitatio municipij, siue perticæ. nec vsquam ea appellatio terminis attribuitur vrbis Romæ vel prouinciæ cuiusquam qui longissimi sunt, sed municipij tantum circumsepto permodico. Proinde vel sola territorij appellatio ostendit, hanc legem proprie pertinere ad oppidaneos, siue municipales magistratus, qui plerunque vt erant, & duumviri appellabantur. Et ita *l. duumvirum* 53. *C. de decur. lib.* 10. ait: *duumvirum non impune extollere potestatem fascium extra metas territorij propriæ ciuitatis.* ipse qui ius extra territorium dicit, id non facit impune. Is tamen qui ei non obtemperat, id facit impune. Et *potestatem fascium*, inquit, quia & duumviri ius virgarum in seruitia habebant, *l.* 12. *h. tit. l. si priuatus* 17. *inf. qui & a quib. manum.* Et fasces aut bacilli eis præferebantur, *M. Tull.* 2. *Agrar.* Cæteris in coloniis duumviris anteibant lictores cum bacillis: Capuæ cum fascibus duobus. Duumviro autem impune non paretur, non tantum si velit ius dicere extra territorium, sed etiamsi velit ius dicere supra modum iurisdictionis suæ, puta de re vel summa maiore, quam ei per leges liceat. Nec enim magistratus municipalis ius dicere potuit de quacunque re vel summa, sed de minore tantum lege definita. De maiore notio erat præsidis prouinciæ. Paul. 5. sent. *Res*, inquit, *iudicatæ videntur a magistratibus municipalibus vsque ad summam, qua ius dicere possunt.* Idem Paul. hoc ipso lib. in *l. inter* 28. *ad munic. Inter conuenientes, & de re maiori apud magistratus municipales agi.* Vnde add. *l. vlt.* addenda est hæc exceptio: *Nisi inter conuenientes, inter consentientes.* Nam si ex conuentione litigatorum magistratus municipalis de re maiori aditus sit, de ea re ius dicenti litigatores morem gerere debent: qui morem gerere detrectat, id non fert impune. Conuentio litigatorum prorogat iurisdictionem. Conuentio priuatorum non dat iurisdictionem nullam habenti iurisdictionem, vel apertius, non dat iurisdictionem priuato, *l. priuatorum* 3. *C. de iurisd.* At magistratus iurisdictionem prorogat, *l.* 1. *de iudic. l.* 14. *de iurisdict.* Sicut & notionem iudicis, dati forte ad certam summam, etiam prorogat conuentio litigatorum, *l. de qua re, §.* 1. *de iudic.* Ad hæc quærit Accurs. *in d. l. vlt.* an magistratus, qui vsque ad certam summã dumtaxat ius dicere potest, exempli gratia vsque ad aureos 100. si supra eam summam ius dixerit, an rata sit sententia saltem intra summam 100. aut aureorum superfluo detracto vel circumscripto? Et veriss. est, irritam prorsus sententiam esse, quia res vna est, summa vna est, quæ petita est, quæ inuito actore diuidi aut scindi non potest. Qua ratione etiam, qui pro debitore certæ pecuniæ fideiussit, in maiorem quantitatem nullo modo obligatur, quia vna summa est, quæ diuisionem non recipit inuito creditore, *l. Græce* 8. *§. illud, de fideiussorib.* Et idem est statuendum de iudice dato, vt quodcumque pronuntiat vel facit, per omnia irritum sit, si ad officium vel cognitionem eius non pertineat, *l. factum* 170. *de regul. iur.* Idem Accurs. *in h. quæst. l. vlt.* facit differentiam inter iurisdictionem cõtentiosam, quæ redditur inter inuitos litigatores, in reum inuitũ: & voluntariam, quæ exercetur inter volentes, vt inter patrem, qui emancipare, & filiũ, qui emãcipari vult. Facit, *inquam*, differentiam, quasi possit magistratus voluntariã iurisdictionem exercere extra territorium, non etiam contentiosam, quod certe in magistratu municipali, de quo est l. vlt. non est verum. Tantum enim abest, vt magistratus municipalis, qui scil. etiam habet voluntariam iurisdictionem, nec enim omnis magistratus municipalis eam habet: sed & qui habet vtramque iurisdictionem, tantum, inquam, abest, vt voluntariam extra territorium exercere possit, puta admissis iis, qui liberos emancipare, aut seruos manumittere, vel etiam adoptare aliquem in filij vel nepotis locum volunt, vt nec præses prouinciæ, qui summum imperium habet, eam, exercere possit extra suam prouinciam. Nam soli proconsuli hoc ius datum esse legimus, vt statim atque vrbem egressus est, etiamsi nondum peruenerit in prouinciam, habeat iurisdictionem voluntariam, puta vt apud eum manumissiones & emancipationes & adoptiones fiant, atque etiam dum e prouincia redit in vrbem, quoad ingressus sit portam vrbis, *l.* 2. *de offic. procons. & l. emancipari* 36. *§.* 1. *de adopt.* Et ita Plin. *lib.* 7. *Epist.* 16. apud proconsulem Bæticæ, in itinere, cum Bæticam proficisceretur, seruum quendam vindicta fuisse manumissum. Maius fuit proconsulis imperium: quam præsidis: maius fuit imperium procons. quam præsidis, id est, Legati Cæsaris. Præsides qui dicuntur specialiter, siue Legati Cæsaris prouincias obtinent, missu Cæsaris. Proconsules autem prouincias obtinent sorte & auctoritate Senatus. Cura prouinciarum proconsularium ad Senatum pertinet, non ad Cæsarem. Dico proconsulis esse maius imperium, quia extra prouinciam proconsularem, quæ ei mandata est, voluntariam iurisdictionem exercere potest, non etiam Legatus Cæsaris, quia proconsul de statu personarum cognoscere potest, non etiam præses, siue Legatus Cæsaris, *l.* 1. *C. de ordine iudiciorum.* Plin. libro 10. Epist. 77. *Senatusconsulta, quæ ad statum causas pertinent, de his tantum prouinciis loqui quibus proconsules præsunt:* qui locus valde illustrat *d. l.* 1. fuit tamen prouincialibus grauius & molestius procoss. quam præsidum imperium. Qua de causa apud Corn. Tacit. 1. *annal.* Achaia & Macedonia postulat leuari se proconsulari imperio, & tradi Cæsari, hoc est, se regi a Legato Cæsaris, non a proconsule. Cur ita? Sane quia ex Senatu, qui sorte mittebantur, rapaciores erant, quam qui delectu Cæsaris, nulla sorte ducta, mittebantur in prouincias Cæsaris: & quia cum dignitate procoss. longe præcellerent (erant enim proconsules spectabiles, præsides clarissimi: procoss. Senatorij ordinis, præsides plerunque inferioris ordinis) cum inquam procoss. dignitate præcellerent, & consequenter maioribus impendiis prouincias, quas obtinebant, onerabant. Porro de magistratibus municipalibus est etiam *l.* 26. *ad municip. ex eod. lib.* 1. *Pauli ad edictum.*

Ad legem 26. ad municipal.

Ea, quæ magis imperij sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. §. 1. *Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei seruandæ causa iuberi possidere, aut dotis seruandæ causa, vel legatorum seruandorum causa.*

HÆc l. ait, *ea, quæ sunt magis imperij, quam iurisdictionis, magistratus municipalis exequi aut facere non potest.* Vbi vno verbo, ne id vos turbet, tollamus errorem Accurs. Non sunt confundendi magistratus municipales cum defensoribus ciuitatum, quod tamen ille facit semper. Magistratus municipales erant instar Consulum Romanorum: defensores ciuitatum instar tribunorum plebis, vnde etiam dicuntur defensores plebis. Non etiam per omnia verum est, quod idem ait: *Magistratum municipalem neque habuisse merum, neque mixtum imperium.* Non habuisse merum sane verum est, at non habuisse mixtum falsum omnino est, quia iurisdictionem habuerunt, & iurisdictio nunquam sine mixto imperio est. Vnde & mixto imperio nomen, quod perpetuo iurisdictioni commixtum sit, quodque eam perpetuo comitetur, eique commisceatur, alioqui ridicula esset iurisdictio, si nullæ essent imperij

imperij vires iurisdictioni permixtæ eo sublato. Constituamus igitur magistratus municipales iurisdictionem, atque adeo mixtum imperium habere, sed ea quæ sunt magis mixti imperij, & maioris cuiusdam potestatis, quam iurisdictionis nudæ, magistratus municipales non habere. Quod declarat propositis his exemplis: *Magistratum municipalem non posse restituere in integrum, hoc reseruari præsidibus prouinciarum: magistratum municipalem non posse bona rei seruandæ causa, id est, crediti vel dotis seruandæ causa, quæ mulieri soluto matrimonio restituenda est, vel legatorum seruandorum causa, si eorum nomine non caueatur legatario: non posse inquam vice cautionis, quæ non præstatur, iubere bona possideri, quoniam hæc magis sunt imperij, quam iurisdictionis.* Et vtique hoc reseruandum maiori potestati, puta præsidi prouinciæ. Ait: *Rei seruandæ causa, aut dotis seruandæ causa, aut legatorum seruandorum causa,* adde, *vel damni infecti nomine,* ob id, quod vicinus vicino cauere recusat damnum infectum, non posse magistratum municipalem mittere in possessionem eius rei, ex qua damnum timetur. Missio in possessionem magis est imperij, quam iurisdictionis, & soli magistratui prouinciæ competit, non municipali, nisi ei mandata sit ea potestas a præside prouinciæ: eam igitur magistratus municipalis non habet suo iure, sed ex mandatu præsidis, *l. pen. §. vlt. de officio eius, cui mand. est iurisdict.* quod & Vlp. primo ad edictum scribens de eadem cautione damni infecti notat, plerumque a præside mandari magistratibus municipalibus, puta vt iubeant damni infecti caueri, & vt vice cautionis mittant eum, qui sibi caueri desiderabat, in possessionem earum ædium, eiusque partis ædium, ex qua damnum timebatur, *l. 1. & 4. §. 1. de dam. infect.* Eademque de re scribens Vlpian. eod. lib. 1. notat *in l. 4. de iurisdict. iubere cauere prætoria stipulatione, puta damni infecti, vel qua alia cautione prætoria, & mittere in possessionem cautionis vice magis esse imperij, quam iurisdictionis.* Et ideo id exequi magistratus municipales non posse sine mandato præsidis.

Ad legem 5. de damno infecto.

Prætoris officium est, vt missus in possessionem, etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit. §. 1. Si plures sint domini, qui cauere debent, & aliquis non caueat, in portionem eius mittetur. Et contra, si aliquot sint, qui caueri sibi desiderant, & alius pretiosiores, alius viliores habeat ædes siue vnius domus plures habeant partes dispares: tamen non magnitudine dominij quisque, sed æqualiter mittentur omnes in possessionem. §. 2. Si & dominus proprietatis, & fructuarius desideret, sibi caueri damni infecti, vterque audiendus est. Nec enim iniuriam sentiet promissor, non plus cuique præstaturus, quam quod eius intersit.

Libro 1. ad edict. Paul. scripsit de iurisdictione & officio duumvirorum, siue magistratuum municipalium, ad edictum de damno infecto, quo prætor vel præses duas res magistratibus municipalibus iniungit & mandat, cautionem & possessionem, vt Vlpian. ait in *l. 4. §. 1. de dam. infec.* cætera suæ iurisdictioni reseruat, quæ pertinent ad causam damni infecti. Arcta & exigua admodum res est iurisdictio magistratuum municipalium: Nam & finibus angustis circumscribitur, nempe territorio proprie ciuitatis: Extra territorium nulla est. Et certo quoque modo, certave quantitate & summa, supra quam & eorum nulla est potestas, nisi inter consentientes, vt Paulus docuit *in h. lib. 1. l. vlt. de iurisd. l. 28. ad municipal.* Item ea quæ magis sunt imperij, quam iurisdictionis, suo iure magistratus municipales exequi non possunt: vt ecce, non possunt in integrum restituere, non possunt cauere prætoria stipulatione, non possunt vice cautionis in possessionem mittere, non possunt iubere possidere, quod eod. libro idem Paulus ostendit *in l. 26. ad municipal.* quoniam ea omnia magis sunt imperij, quam iurisdictionis, maioris scil. potestatis sunt, non potestatis cuiuslibet, non magistratus cuiuscumque, *l. 4. de iurisdict.* Ea, *inquam,* magistratibus municipalibus suo iure non competunt, mandari tamen iis & delegari possunt a prætore vel præside, qui ea suo iure habent. mandari potest cognitio restitutionis in integrum, *l. vlt. vbi & apud quem cognit. rest. in integr.* mandari potest, vt iubeant interponi cautionem prætoriam, & vt detrectantem cauere puniant, misso aduersario in possessionem eius rei, de qua agitur, *l. pen. §. vlt. de officio eius, cui mand.* Quod etiam specialiter in illo edicto de damno infecto expressum est, nimirum, vt si res damni infecti celeritatem desideret, & periculosa prætori vel præsidi dilatio videatur, si ex ea causa sibi reseruet iurisdictionem, tum magistratibus municipalibus iniungat & mandet, vt ipsi iubeant cauere damni infecti: & vt reo non cauente actorem, qui damnum timet, & qui eum sibi caueri desiderat, mittant in possessionem eius rei, ex qua periculum timet, *l. 1. de dam. infec.* Qua ex causa tria decreta interponi solent, (ea mihi venia sit latius exponere.) Si vicini tui ædes ruinosæ esse videantur, ita vt timeas, ne decidant in tuas, forte depressiores, easque demoliant, & res, quæ in eis sunt, corrumpant, postulare potes a prætore vel proprætore in prouinciis, vt iubeat tibi vicinum, qui ædium earum dominus est, cauere damni infecti, id est, de damno nondum facto, sed quod tu factum iri speras, quandoquidem si hac cautione tibi non prospexeris, plerumque eueniet, vt ædibus illis in tuas prolapsis, nulla tibi de damno dato, nisi ex magna causa, in eum detur actio, *l. 6. h. t.* Postulanti. a. tibi cautionem damni infecti, prætor ex decreto, vt ipsemet ait in edicto *l. 7. h.* iubet vicinum, ad quem pertinent ædes vitiosæ, tibi caueri damni infecti, hoc fere modo: quod earum ædium loci operisve vitio quandocunque tibi damnum contigerit, eius rei nomine, quanti ea res erit, tibi heredive, successorive tuo, eive, ad quem ea res pertinebit, tantam pecuniam recte præstari. Et hæc formula cautionis damni infecti. At si huic decreto prætoris non pareat dominus vitiosarum ædium, id est, si neque fulciat aut reficiat ædes suas, neque tibi caueat damni infecti, pœnæ causa & cautionis vice ex alio decreto prætor mittit te in possessionem earum ædium, vel eius partis ædium, ex qua damnum times, *l. si finita 15. §. si quis damni, hoc tit. l. 1. inf. quibus ex causis in possess.* Qua quidem missione contrahitur ius prætorij pignoris, *l. 23. de pecul.* id est, ex eo decreto tibi ædes vicini pignori esse incipiunt, tu incipis esse custos earum ædium pignoratitius, non possessor proprie. Neque enim dominus earum ædium possessione expellitur: sed simul cum eo iubet te prætor esse in possessione, vt saltem tędio eius rei extorqueas ei cautionem damni infecti, *d. l. si finita 15. §. si quis a.* Aliud est esse in possessione, longe aliud possidere, *l. 10. de acquir. possess.* Id vero decretum quo te prætor mittit in possessionem, e tribus secundum est, quod ex hac causa interponitur, at quantum ad possessionem attinet, primum est. Quod si post hoc decretum adhuc vicinus perseueret non cauere, tunc prætor ex tertio decreto, quod similiter, quantum ad possessionis causam attinet, est secundum, & ita appellatur in *d. l. si finita, §. Iulianus,* expulso domino vitiosarum ædium, vt ait *d. lex si finita §. vbi autem.* plane iubet te solum eas ædes possidere, & per continuationem possessionis earum ædium, eas tibi vsucapere permittit, *d. l. si finita §. Iulianus, §. si de vectigalib. in fin. l. Is, cui pignor. 12. l. damni 18. §. pen. l. cum postulassem 44. §. 1. huius tit. l. 3. §. vlt. de acquir. possess.* Hic est ordo, qui seruatur in causa damni infecti. Et duas quidem res priores interdum prætor vel præses mandat magistratibus municipalibus, vel delegat, nempe cautionem & missionem in possessionem, puta vt iubeant magistratus municipales cauere damni infecti, ei quem ea res continget: & nisi ei caueatur, quem ea res contingit, quia ex ea re timet damnum, vt eum mittant in possessionem ædium, quæ ad ruinam procliues esse videntur. Et hoc est, quod ait *l. 4. §. 1. huius tit.* duas res prætorem vel præsidem iniungere magistratibus municipalibus, cautionem, id est, vt habeant & cu-

rent caueri damni infecti prætoria ſtipulatione, & poſſeſ- A ſionem, id eſt, miſſionem in poſſeſſionem ex primo decreto: cætera prætorem vel præſidem ſuæ iuriſdictioni reſeruare, vt ſi poſt primum decretum poſſeſſionis nolit cauere, ex ſecundo iubeat actorem ædes ruinoſas iure dominij poſſidere, & reficere tanquam ſuas, atque etiam vſucapere, vel vt miſſum in poſſeſſionem, ſi qua cauſa iuſta id ſuadeat, iubeat diſcedere de poſſeſſione, vt *d.l.ſi finita §. item videamus, l. de die 28. §.tutor, Qui ſatiſd. cog: l.6.§.vlt. vt in poſſeſſ. legat.* Vnde recte Paul. *in h.l.5.* prætoris officium eſſe, vt miſſus in poſſeſſionem, ex primo decreto ſcilicet, etiam ex ſecundo decreto eam rem poſſidere, & per longi temporis ſpatium vſucapere poſſit. Prætoris, inquam, vel præſidis, non duumvirorum, quoniam hoc poſtremum decretum prętor ſuę iuriſdictioni reſeruare ſolet: quanquam B & id quoque ſi vellet, mandare poſſet, quia ei iure magiſtratus competit, & *poſſidere* inquit & *vſucapere*, quia prętor dominum facere non poteſt, *l. qui vſumfruct. ſi vſufruct. pet.* ſicut nec heredem facere poteſt, *§. quod. a. Inſt. de bon. poſſeſſ.* ſed poteſt facere tantum poſſeſſorem iure dominij: poſſeſſorem vice domini, poſſeſſorem eius conditionis, vt iure ciuili per vſucapionem dominium adquirere poſſit. vſucapio, non prætor dominum facit, vſucapio quæ a ll. proficiſcitur non a prętore, vt M. Tull. ait, non a patre relinquitur, & *in d. l. ſi finita §. Iulianus, & §. ſeq. & l.1. de dam. infec.* dominum conſtitui ſecundo decreto, id eſt, dominum poſſeſſionis, non dominum proprietatis, ſiue poſſeſſorem iure dominij, vt ait *l.7. de vſufruct. & d. l. ſi finita §. illud quæritur.* Et ibidem alienationem fieri, alienationem C poſſeſſionis ſcil. non proprietatis citra vſucapionem. *Et in l. 5. communi diuid. Si iuſſi ſumus* (hæc ſunt verba legis:) *eas ædes poſſidere, vt ex hoc dominium earum nanciſceremur,* id eſt, ſi ex poſſeſſione nobis a prætore data eaque continuata legitimo tempore iure vſucapionis dominium earum nanciſceremur. Et quod ſumme notandum eſt, *in l. 3. §.1. de reb. eorum, qui ſub tut.* cum dixiſſet, ex primo decreto a prætore vicinum, qui damni infecti ſibi caueri velit, recte mitti in poſſeſſionem rerum pupillarium, quod deinde ſubiicit, vt procedat, iuberi etiam poſſideri poterit. eo loco deeſt vox *vſucapio*, vt Baſilica oſtendunt, quæ pro, vt procedat, habent, ἐπὶ τῷ ἐκτᾶσθαι. Et hæc ſententia manifeſta eſt poſt miſſionem in poſſeſſionem, poſt primum decretum, vt procedat vſucapio, opus eſſe ſecundo decreto, D quo, qui miſſus eſt in poſſeſſionem, iubeatur poſſidere. Secundum decretum probat vſucapionis cauſam. Itaque nihil ſupp. dd. ll. iuuantur Ioan. Bulgarus & Accurſ. qui prætorem dominum facere poſſe, & vere facere ſecundo decreto contendunt. nihil etiam iuuantur *l. 2. in fin. ſi ex nox. cauſa agatur,* quia non prætoris iuſſum in eius legis ſpecie, ſed noxæ deditio aut abductio ſerui indefenſi, qui noxam nocuit, quæ quidem eſt a l.12.tab. ſicut vſucapio, dominum facit eum, qui noxæ deditum accipit, vel qui eum indefenſum abducit iuſſu prętoris, *l. elect. 26. §. vlt. de nox. act. l.5. & 6. de Pub. in rem act.* Ductio pro noxæ deditione eſt. Denique ſola lex dominum facit non prętor: prętor poſſeſſorem tantum facit, vice domini tamen, quem & ipſe tuetur quaſi dominum. Nos in hac re Iacobi ſententiam tuemur, Obſer. xxi. cap. 36. aduerſus illos quos & Ac- E curſ. refert in *h. l. 5. & aliis pleriſque locis.* Cætera, quæ ſunt in hac l. paucis abſoluam. Quæ ſequuntur in h. l. ſunt de primo decreto poſſeſſionis. Initium eſt de ſecundo, cętera de primo.

Ad d. §. ſi plures, &c.

SEntentia huius §. hæc eſt, ſi plures ſint domini ædium vitioſarum pro indiuiſo (ſic enim intelligere oportet) ſinguli ſpecialiter cauere debent, pro partibus ſui dominij, quod in iis ædibus habent, non in ſolidum: vel ſi vnus tantũ pro ſua parte caueat, alter ceſſet, in ceſſantis tantum parte mittitur vicinus, qui ſibi cauere deſiderat, neq; enim ſinguli debent obligari in ſolidum, ſed pro ſua parte tantum, *l.27. plures, l. ex damni 40. §.3. hoc tit. l.6. §. ſi damnum, communi diuid. l. qui ſeruum 20. §. vlt. de interrog. in iur. fac.* At ex contrario ſi plures ſint domini qui ſibi caueri deſiderent quorum ædes ſint diuerſæ, & aliæ pretioſiores aliis, vel ſi vnius domus plures ſint domini, ex diſparibus partibus, vnus ex maiore vel pretioſiore, alter ex minore, qui ſibi caueri deſiderabant, Paul. eleganter ait, niſi eis caueatur æqualiter, omnes eſſe mittendos in poſſeſſionem ædium, quæ damnoſæ inueniuntur, non pro magnitudine dominij cuiuſque, quod in propriis ædibus habet; id eſt, non vt cuius domus cuiuſve pars pretioſior eſt, is quoque mittatur in poſſeſſionem ampliorem vitioſarum ædium, ſed vt omnes mittantur ex æqualibus portionibus, etiamſi inęquales partes dominij habeant. Et ratio differentię hęc eſt, quia ſi hęc proportio ſeruanda eſſet, nunquam exacte ſeruari poſſet, cum plures ſibi caueri deſiderant, aut plane ea res nullum aut perdifficilem haberet exitum, *d. l. ſi finita §. ex hoc edicto h.* Et expeditius eſt, ea ratione non inſpecta de ſuo quemquam damno ſtipulari, quod extimeſcit ſine adiectione partis, propter rationem *d. l. plures,* quę ſubtiliſſima eſt, ne ſpecialiter & nominatim ſtipulando in partem, videantur etiam ſtipulari in partem ſuę partis, quia ſingulas partes indiuiſas habent, quę intellectu, non corporis ſenſu percipiuntur, & vel minima quęque portiuncula ędium vel minimum quoque tignum aut cœmentum inter eos commune eſt. Melius eſt igitur non adiecta parte ἀορίστως, de ſuo quemque damno, quod quandoque cuique contigerit, ſtipulari, quod vi quidem ipſa certe eſt ſtipulari in partem, ſed non figura verborum. Vicino autem non promittente, omnes ſimul pro ęqualibus partibus in poſſeſſionem mitti, quamuis ex inęqualibus partibus domini ſint, poſt tamen concurſu partes facturi, vel damno dato, ſi eis cautum ſit, acturi ex ſtipulatu in partem pro ſuo quiſque damno, non in ſolidum, *d. l. ex damni §. vlt. d. l. ſi finita §. ſi plures, & §. eum autem, & d. l. plures.* At ex contrario cum plures ſint domini vitioſarum ędium, qui vicino cauere debent, non eſt difficile vel anceps in partem ſtipulari nominatim & promittere, aut in partẽ mitti in poſſeſſionem, idque ita fieri oportere prętor in Edicto ſignificat his verbis: *eum cui non cauebitur in poſſeſſionem eius rei ire iubebo, l.7. h.t.* Vbi eius rei ſic accipit Vlp. *l.4. §.1.* ſiue tota res ſiue pars rei ſit, cuius fabrica vrgeatur in lapſum, cogatur in *labinam*, vt Hieronymus loquitur. Aliquando domus tota vitium facit omnibus pluribuſve partibus prępetibus ad ruinam. Quod *conuitium* dicitur in antiqua inſcriptione Veronenſi, quæ eſt in oſtio curiæ pauperum. Et ita ſe habet; Magiſtri illi, quorum ſcilicet nomina in ea inſcriptione ponuntur, conuitium refecerunt. Aliquando vna pars vitium facit, & vitium eſt veluti parietis vetuſtas, venter, vt Alfenus loquitur *in l. ſi quando 17. ſi ſeruit. vindic.* Aut hians ruina. Ouid. in Metamorph. lib.4. fab.4.

Fiſſus erat tenui rima quam duxerat olim,
Cum fieret, paries domui communis vtrique.
Id vitium nulli per ſecula longa notatum, &c.

Hoc caſu cum pars tantum ædium vitium facit, ex ea vel in eam partem tantum miſſio fit, vel etiam in domum totam, vt declarat *d. l. ſi finita §. ex hoc edicto, & l. emptor 38. §.1. h. tit.* Poſtremo ſubiicit Paul. dominum vitioſarum ędium, quem dixi ſupra pluribus proprietatis dominis, qui ſibi caueri deſiderant, cauere debere, ſubiicit, eundem etiamſi vnus ſit dominus proprietatis, alter dominus vſusfructus, qui ſibi caueri deſiderant, vtrique caueri debere, puta vnicuique pro damno futuro, quod cuique contigerit. Idemque eſt, ſi vnus ſit dominus ſoli, alter dominus ſuperficiei, *l.13. §. ſuperficiarum, l. inter quos 39. §. damni, h. tit.* pluribus præſtitam cautionem non onerare dominum vitioſarum ædium, quia non plus cuique pręſtat, quam quod eius intereſt, pręſtat ſcilicet non idem duobus, ſed ſuum cuique damnum ſeorſim, *d. l. plures,* vbi ſcil. damnum contigit: nam antequam damnum contigerit, non pro portione eius damni nominatim, quod cuique contingere poteſt, ſed vt dixi ſupra, ἀορίστως, de ſuo quiſque damno ſibi cauet, & cuique

& cuique cauet dominus vitiosarum ędium, vel si non caueat, omnes ęqualiter, & in solidum mittuntur in possessionem, *d. l. si finita §. cum autem.*

Ad legem 19. & 21. de in ius voc. l. 103. de reg. iur. l. in honorariis 35. de obl. & act. & l. 7. de administ. rer. ad ciuit. pertin.

L. 19. Satisque pœnæ subire eum, si non defendatur, & latitet, certum est, quod mittitur aduersarius in possessionem bonorum eius. Sed si aditum ad se præstet, aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum, Iulianus ait. l. 21. Sed & si is, qui domi est, interdum vocari in ius potest: tamen de domo sua nemo extrahi debet.

Certum est, neminem inuitum de domo sua in ius vocari posse, vel (vt fieri solebat) olim, si vocantem non sequeretur, extrahi & rapi adstricta ceruice, obtorta gula, quod Gręcis est τραχηλίζειν, vel vt est in Phormione *pugnis in ventrem ingestis.* hic erat mos vocandi in ius aduersarium, nec erat opus vocanti pręcepto iudicis. Et ita quidem vocabatur ab aduersario is, cum quo ei res erat, cum quo acturus erat, si forte eum offenderet in publico. Nam de domo sua in ius vocari non potuit. Et rationem hanc esse Caius ait *in l. 18. h. t.* quia domus, tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, vt Cic. pro domo sua: *Domus est*, inquit, *profugium ita sanctum omnibus, vt inde neminem abripi fas sit.* Et propterea eum, qui inde in ius vocaret aduersarium, Caius *in d. l.* 18. ait, vim inferre videri. Ideoque eo nomine & de vi accusari, puta si domū eius domino inuito introiuerit, eo, inquam, nomine & de vi accusari, & iniuriatum act. conueniri potest, quasi imminuta dignitate patrisfamil. cuius domum eo inuito vel inscio introierit. Idque confirmat *l. qui in domum 23. de iniuriis.* Ob eam ergo rem iniuriarum conueniri potest: Sicut & eum, qui vocatum in ius, & satis offerentem siue fideiussorem idoneum offerentem iudicio sisti, nihilominus manu iniecta rapit in ius, constat teneri act. iniuriarum, *l. 5. §. vlt. qui satisd. cog.* Et eum quoque, si Porphyrioni & Acroni credimus, qui non antestatum in ius vocat & ducit, in illum locum Horatij, sat. lib. 1. 9.

> —*Quo tu turpissime? magna*
> *Inclamat voce, & licet antestari? ego vero*
> *Oppono auriculam, &c.*

Paulus itaque ait in l. 19. eum qui domi suę abditus est, qui domi suę latitat, etiamsi inde inuitus in ius vocari non possit, non ideo actorem facere quicquam damni, & illum satis pœnę subire, quia si boni viri arbitratu non defendatur, aduersarius mittitur in possessionem bonorum eius rei seruandę causa. pœna debitoris domi latitantis est missio in bonorū eius possessionem, *l. Fulcinius 7. ff. quib. ex caus. in poss. eatur.* Recte autem dicitur, inuitum ex domo sua non vocari ex *d. l. qui in domum*, puta domo eius vi aut fraude introita: nam si ipse vltro creditori vel aduersario suo prębet aditum in domum suam, tunc recte Paul. ait, *eum inde in ius vocari posse*, dicente creditore: *eamus in ius, veni, sequere me ad tribunal.* Potest etiam ex domo aliena, in qua diuersatur aut demoratur, videlicet si in eam creditori pateat aditus, vel ex domo principis, cuius rei est exemplum apud Tacit. 2. & 4. Annal. de Vrgulania, quam amicitia Augustę extra modum extulerat. Ea ob creditam pecuniam in ius vocata a Lucio Pisone sequi noluit, & Pisone contempto perrexit in domum Cęsaris: vnde Piso non destitit eam excire, spreta Augustę potentia, quoad pecunia quę petebatur, ad eum Augusta deferri iuberet. Idemque esse Paul. ait, *si quis in domo sua ex publico conspiciatur, e fenestra, scilicet, e conspectu in ius vocari potest*, potest etiam ex ianua, aut vestibulo domus suę, si in eo consistat. Et ita in *l. 20.* vbi ita scriptum: *sed etsi a binea*, pro a vinea. Gręci in Basil. habent, ἀπὸ πυλῶνος, id est, *a ianua*, quod ego valde probo. Nam & a vinea cur potius diceret in ius vocare licere, quam ab alio quocunque genere agri? sed etiam *a vinea*, inquit, *& balneo & theatro*, nemo dubitat in ius vocare licere. Rectius Basilica ἀπὸ πυλῶνος ἢ λουτροῦ ἢ θεάτρου, *a ianua*, vel vt veteres loquebantur, *ianea*, quibus & *Ianitor Ianius* apud Festum. Supra dictis a. casibus in ius vocari de domo sua debitor potest, puta si aditum ad se prębeat, si in fenestra domus suę, si in ianua conspiciatur: vocari, inquam, non etiam extrahi & abripi obtorto collo, vt fiebat, vt idem Paulus adiicit *in l. 21.* quę repetita est in *l. 103. de reg. iur.* A magistratu quilibet domo extrahi potest, hoc est certissimum, vt in oratione pro Cluentio, a Triumuiro Oppianicus domo latitans extrahitur, sed non etiam a priuato, nec si cum eo in iure experiri velit, quę lex est etiā apud Quintil. 7. c. 8. *de domo sua in ius deducere, ne liceat.* Quid vero, inquies, hęc pertinent ad edictum de damno infecto? Sane plurimum. Nam si absit dominus vitiosarum ędium, vel quod idem est, si domi latitet, nominatim edicto comprehensum est, quod iubeat prętor ei domum denuntiare, vel libello postibus affixo, vt postulanti vicino sibi caueri damni infecti, in iure de ea re agenda adsit, *l. 4. §. prætor. de dam. infec.* quem in locum Vlpia. annotat, verecunde prętorem denuntiare iubere, verecundiam prętorem desiderare in eo, qui denuntiat: verecunde, inquam, denuntiari iubere debere, non extrahi de domo sua. Hęc sunt verba Vlp. ex *l. 1. ad edict.* Proculdubio igitur ad idem edictum referuntur atque pertinent verba eadem, quę Paulus ęque vsurpat *l. 1. ad edictum.* Porro eodem edicto datur actio in factum aduersus magistratum municipalem, qui cum ab eo postularet is, qui periculum verebatur ex vitiosis ędibus vicini, vti curaret sibi caueri damni infecti, id non curauit, nec eum misit in possessionem earum ędium, quæ actio competit in id, quod actoris interest, rem enim persequitur, non pœnam, *d. l. 4. §. in eum.* Sed datur tantum, vt significaui, ei, qui a magistratu municipali, sedente pro tribunali ex edicto prętoris postulauit cautionem damni infecti, *d. l. 4. §. hæc autem.* Qui locus aperte ostendit, magistratus municipales tribunal habuisse. Quod notandum etiam est, nec enim omnes, qui iurisdictionem habent, tribunal habent, sed imam quandam sellam tantum, *l. 1. de iurisdict.* quin & lictores magistratibus municipalibus pręibant cum fascibus aliquot, *l. duumvirum 53. C. de decurion. lib. 10.* At illa actio in factum perpetuo datur in magistratum municipalem, qui postulanti non curauit caueri damni infecti: datur & heredi eius, qui postulauit, & in heredem magistratus non temere, sed causa cognita, *l. 6. de magistrat. conueniend.* quam coniungi velim cum *d. l. 4. §. vlt.* Et hęc omnia vt Vlpianus tractauit *lib. 1. ad edictum*, verisimile est etiam eadem tractasse ęque Paulum *lib. 1. ad edictum*, & ad illud idem edictum de damno infecto. & vero inde rapta occasione, quia vt dixi, ea actio perpetua est in magistratus municipales, eodem libro 1. Paul. tractauit generaliter, quę actiones prętorię essent perpetuę, quę temporarię, *l. in honorariis 35. de oblig. & actio.* Et quia actio in factum, quę ob negligentiam eorum in magistratus municipales datur, non datur etiam in Rempublicam, id est, in municipium, cuius vice fungitur magistratus, quia scil. ex propria culpa & delicto magistratus venit, cum nec detur in heredem eius, nisi causa cognita, *d. l. 6.* Adiecit Paul. in *d. l. 35.* ex contractu tantum magistratuum municipalium siue duumvirorum in Rempublicam perpetuo actiones dari, veluti ex locatione, ex venditione, ex mutuo, deposito scil. magistratu, & re versa in vtilitatem Reipub. *l. ciuitas 27. de reb. cred. l. 3. §. in eum, de administ. rer. ad ciuit.* Culpę autem nomine, quam in eo officio gerendo admisit magistratus municipalis, tantum abest, vt Respub. teneatur iis, quibus ea res fraudi fuit, vt in eum magistratum potius, & in fideiussores, qui pro eo interuenerunt & cauerunt Rempub. saluam fore, eo nomine Reipub. experiri liceat, si quid culpa eius Reipub. nocitū sit. Et huc pertinet ex eod. li. Pauli *l. 7. de administr. rerum ad ciuit.* cum qua coniungi velim, quod proponitur *in l. 6. eod. tit.* ex Vlp. lib. 1. ad edictum, quod ęque lib. primo annotasse Paulum credibile est, *magistratus municipales non tantum dolum, sed latam negligentiam, & hoc amplius, diligentiam Reipub. præstare*

oportere. His verbis etiam diligentiam ostendit in administratione Reipub.& leuem culpam magistratus municipales debere Reipub.præstare, vt in *l.contractus 23.de reg.iur.* Quosdam contractus, (ij sunt commodatum, mandatum, tutela, negotium gestum) non tantum dolum & culpam recipere: sed & diligentiam, id est, etiam in iis contractibus, quod commodatarius, procurator, gestor, tutor, leui aut leuissima culpa fecerit, quo quid abesset commodatori, mandatori, pupillo, vel domino negotiorum, venire, atque præstari: diligentiæ ex aduerso respondet culpa leuis & leuissima, *l. vlt. in fine, C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Huic vero sententiæ consequens est, quod proponitur *in d. l. 7.* vt si quis filiusfam. cum esset in duumuiratu, male gessit, ita vt ob eam rem aliquid Reipub. absit, ipse quidem teneatur Reipub. in solidum, vt ex cæteris omnibus causis certum est, filiumfamilias, tanquam patremfamilias teneri in solidum, *l.39.de oblig.& act.l.6.§.si filiusfam. de act.empt.* & vel carcere coërceri posse, si non habeat vnde soluat, *l.pen. & vlt. C. qui bon.ced. possunt.* Pater a. eius de peculio tantum, non in solidum, si eo nolente filiusfamil. magistratum municipalem gesserit, cum vterque esset decurio. Sumebantur enim magistratus municipales ex ordine decurionum, *l.3.§.vlt.de pecul.* At si volente patre duumuir filius factus sit, & pater ipse in solidum tenetur Reipubl. quasi fideiussor pro filio. Voluntas & consensus patris, etiamsi non interuenerit stipulationi, pro fideiussione, & pro stipulatione est, *l.2.ad municipal.l.si filiusfa.de tutel.* Et hactenus velutiin vnam lineam contuli ex lib. 1. Paul. ad edictum leges 9. quæ omnes sunt de magistratibus municipalibus. Et pertinent ad edictum de damno infecto, etiam l. 5. eod. quam heri exposui: nam etsi nominatim non loquatur de magistratibus municipalibus, quod tamen ait, *prætoris officium est, vt missus, &c.* sic exaudiri debet, prætoris vel præsidis officium, non etiam magistratuum municipalium, *l.4.§.si forte, eod.tit.* vt missus in possessionem videlicet a se vel a magistratibus municipalibus, ex 1. decreto, etiam secundo decreto a prætore vel præside iubeatur eam rem possidere & vsucapere permittatur. Aliæ leges 8. hæ sunt, *l.vlt. de iurisdict. l.19. & 21.de in ius voc. l.35.de obligat.& act. l.25.& 28.ad municipal.l.7. de administr.rerum ad ciuit.l.103.de reg.iur.* Cæteræ quæ restant ex hoc lib. 1. an etiam pertineant ad magistratus municipales, vel quorsum pertineant, explicabimus die crastina.

Ad legem II. Si quis in ius vocatus non ierit.

Ex quacumque causa ad Prætorem vel alios, qui iurisdictioni præsunt, in ius vocatus venire debet: vt hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit.§.1. Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudice mulcta pro iurisdictione iudicis damnabitur. rusticitati enim hominis parcendum erit. Item si nihil intersit actoris, eo tempore in ius aduersarium venisse, remittit prætor pœnam: puta quia feriatus dies fuit.

HÆc tituli verba; *si quis in ius voc. non ierit*, sunt Edicti verba, quæ in h.l. 2. Paulus interpretatur. Hoc vero edicto coërcetur is, qui in ius vocatus, vocantem, vt debet, non sequitur: sed statim se alio proripit, ne ducatur in ius, nam ire debet & sequi illico, (vt & l.12. tab. sancitum est his verbis: *si in ius vocatus est, atque eat*, id est, *protinus eat*,) etiamsi forte vocetur ad magistratum incongruum & incompetentem, cuius iurisdictioni suppositus non sit, vt vel hoc ipsum apud eum exploretur, an eius iurisdictio sit. Et eleganter Vlpian. *in l.5.de iudic.* ait, *eum qui ex aliena iurisdictione vocatur, ad prætorem venire debere: prætoris esse causa cognita existimare, an sua iurisdictio sit, vocati esse non contemnere prætorem, ad quem vocatur.* Nam etiamsi priuilegio fori sit munitus, venire debet, vt id priuilegium alleget, notumque faciat prætori, ad quem vocatur, & reuocet domum. Ac Paulus hoc loco indinstincte ex quacunque causa ad prætorem vel ad alios, qui iurisdictioni præsunt. Ergo si ad magistratum municipalem, in ius vocatum venire debere, vt hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit, quo genere ne dicas vt Accurs. *eum sibi ius dicere*, nec frustra & inepte vtare distinctione, qua vtitur Accurs. nec enim qui existimat, vel arbitratur vel statuit, an sua iurisdictio sit, sibi ius dicit, non sibi ius dicit, aut rei suæ familiari, sed tuetur auctoritatem maiestatemque publicam. Asconius Pædianus in pretura vrbana, *eum, qui potestatem suam non defendit, imminuti magistratus veluti maiestatis reum esse.* Et *l. item apud §.idem ait, eum qui, de iniur.* magistratum iniuriam factam sibi, dum præest iurisdictioni, factam honori, quem sustinet, potius quam sibi, ipsum vlcisci, nec tamen ideo sibi ius dicit. Alia est persona ipsius, alia est ciuitatis, quam sustinet. M. Tull. proprium magistratus esse, inquit, intelligere, se gerere personam ciuitatis. Illo a. veluti anteloquio præmisso subiicit Paul. *in h. l.2.* sententiam edicti, quæ est huiusmodi: *eum qui in ius vocatus non it, & se subtrahit statim, ne sibi manus iniiciantur, ex causa a competente iudice mulcta pro iurisdictione iudicis damnari.* A competente iudice inquit, quia non omnes iudices mulctæ dictionem habent. Prætores, præsides, atque etiam magistratus municipales dictionem mulctæ habent, *l.2.§.vlt.de iud.l.aliud est fraus §.vlt.de verb.sign.* non defensores ciuitatis, *l. 5.C. de defens.ciuit.* non procuratores Cæsaris, *l. 2. C. de modo mulctarum*, non curatores Reipub. *l.3.C.eo.* Et pro iurisdictione iudicis inquit, quia non in omnibus magistratibus, qui ius mulctæ dicendæ habent, idem seruatur modus, sed alij maiorem, alij minorem mulctam infligere possunt, vt ostendit titul. *de modo mulct. & l.5.C. quando prouocare non est necesse, & lex vn.de via publica*, quæ est Græca. Et ideo ait *pro iurisdictione iudicis, secundum iurisdictionem iudicis, secundum ius potestatis, quod a lege habet.* Rursus ait, *ex causa mulcta damnari*, id est, causa cognita. Basilica: *τῶν δὲ μετὰ διαγνώσεως.* Et hoc quidem, inquit, *adhibita cognitione causæ*, quia vt subiicit, *rusticitati hominis, qui in ius vocantem non sequitur, venia datur*, & tamen ex edicto superioris tituli *de in ius voca.* rusticitati hominis eius, qui in ius vocat, quem non vocare debet sine venia prætoris, veluti parentem, aut patronum, non parcitur, *l. 2. C. de in ius voc.* quia reuerentia, quæ his personis debetur, iure naturali debetur, cuius ne rustici quidem ignari sunt. Est enim huius iuris cognitio diffusa in omnes, & ea quoque irreuerentia punitur in omnibus, & quemadmodum puniatur, superiori titulo ostenditur, *l. 12. & vlt. & penult.* non hoc tit. Ideoque quod additur *in h. tit. siue quis eum vocauerit, quem ex edicto non debuerit*, proculdubio in superiorem tit. referendũ est, vt ille sit de in ius voc. *& si quis eum vocauerit, quem ex edicto non debuerit.* Huius vero tituli sunt hæc tantum prima edicti verba: *Si quis in ius voc. non ierit.* Cur etiã dixerit *ex causa*, alia ratione Paulus declarat, hoc loco, nimirum, quia si in ius vocatus die feriato non ierit, quo nihil interest actoris aduersarium in ius venisse, quia eo die, vt Plaut. loquitur, Alcedonia sunt apud forum, nulla ei mulcta ob eam rem irroganda est, qui etsi venisset, frustra venisset. Mulcta his irrogatur tantum, qui congruo loco & tempore vocantur, neque eunt. Et adiicitur in Basil. inter hanc l. & seq. ex *l.2.C.de annal. except. eum cui non est bona copia in ius vocandi aduersarium, vel quia abest, aut infans vel furiosus est, nec procuratorem, aut tutorem, aut curatorem habet, vel quia potens est dignitate, gratia, pecunia multa, atque ita conuentu difficilis, si velit interrumpere præscriptionem temporis, & ius, quod in illum habet, seruare incorruptum, idipsum debere contestatione complecti apud præsidem prouinciæ vel Episcopum.* Hanc contestationem vim habere interruptionis. Possis & in extremo huius l. quo loquitur de die feriato, addere, quod eodem lib. Paulus scripsit *in l.4.inf.de feriis*, ferias solemnes, veluti messium & vindemiarum, secundum consuetudinem cuiusque loci præsides prouinciarum statuere debere, non magistratus municipales, *vt l. si in aliquo 7. de officio procos.* de his Statius, libro 4. sylu.

Certe iam Latio non miscent iurgia leges,
Et pacem piger annus habet, messesque reuersæ
Dimisere

Dimisere forum, nec iam tibi turba reorum
Vestibulo, querulique rogant exire clientes.
Minutius Felix in Octauio: *ad vindemiam*, inquit, *Feriæ iudiciariam curam relaxauerant.* Et ea de re Theodos. Imp. ad Senatum in No. *ne decuriones ad Senatoriam dignitatem aspirent. Nos*, inquit, *otio quodam vos frui quodam tempore* (tempus illud vindemiarum & messium intelligit) *patimur, ne labore videamini defatigari continuo.*

Ad legem 1. in ius vocati vt eant.

Edicto cauetur vt fideiussor iudicio sistendi causa datus pro rei qualitate locuples detur, exceptis necessariis personis. Ibi enim qualemcumque accipi iubet, veluti pro parente, patrono.

ALiud edictum idem Paul. eod. lib. 1. proponit *in l. 1. in ius voc. vt eant*, quo scil. is, qui vocatur in ius, & fideiussorem dat iudicio sistendi causa, ne eat in ius statim, & ne mulctam subeat, iubetur assiduum & locupletem fideiussorem dare pro rei qualitate, *l. 5. §. 1. qui satisd. cog.* pro rei qualitate πρὸς τὴν ὑπόθεσιν, pro magnitudine rei, quam actor petit, *l. 234. de verb. sig.* Cum hac tamen exceptione, nisi is, qui vocatur (apagete a Ioannis & Accurs. interpretatione) nisi inquam is, qui vocatur, vocanti sit ex necessariis personis, puta pater, patronus, patrona, qui quæue vocatur cum venia prætoris vti oportet, vel ex liberis eius, qui vocat, vel vxor eius, vel nurus, vel pronurus, *l. 2. h. t.* vel quia ab iis personis prætor hoc edicto qualemcumque, id est, etiam non locupletem fideiussorem accipi iubet, qualemcunque ab iis oblatum pro locuplete habet, *l. 3. h. t.* Imo in eum, qui ab iis oblato fideiussore, eo non contentus, eos in ius ducit, qui oblato qualicumque fideiussore iudicio sisti eam sibi necessitudine coniunctam personam in ius ducit, actio in factum, siue iudicium pœnale 50. aureorum datur *l. 2. h. t.* Perinde atque si eum in ius vocaret sine venia, & hac & illa causa pœna 50. aureorum infertur, & persoluitur ei, qui in ius vocatus est, quia querela, iniuria, indignatio eius est, *l. 12. & l. vlt. sup. de in ius voc.* Et obserua necessariis personis annumerari liberos nostros, siue sint emancipati, siue in potestate nostra. Nam & eos, qui sunt in potestate nostra, nonnunquam in ius vocamus, maxime si castrense peculium habent, aut quasi castrense, *l. 4. de iudic. l. si quis vxori §. sed si filius, de furtis.* Et ab iis quoque non desideramus locupletem fideiussorem iudicio sistendi causa. Neque enim tam amare & seuere agendum cum illis est, qualicumque fideiussore contenti esse debemus. Et his adde parentes & liberos patroni vel patronæ ex *l. 2. §. prætor, inf. qui satid. cog.* vbi hoc edictum latius exponitur. Nam & cum patronis, parentibus & liberis eorum, nobis quædam coniunctio, necessitudo, cognatio est, *l. cum tale 72. de condit. & demonstr.* illo loco: *libertum coniunctum patroni liberis.* Et in l. vlt. quæ Græca constitutio Iustini est, *C. de bon. lib. videntur,* inquit, *liberti cognati esse patronorũ,* δοκοῦσιν συγγενεῖς τῶν. Non dubito quin ad hæc Paul. adiecerit etiam, quod Vlpian. notat, *lib. 1. ad Edict. si iudicio sisti detur fideiussor non subiectus iurisdictioni illius, ad quem quis vocatus est, pro non dato haberi, l. 1. sup. si quis in ius vocat. non l. 6. inf. qui satisd. cog.* nisi vt additur *in l. 1.* suo priuilegio, id est, præscriptioni fori specialiter renuntiauerit, *l. 7. inf. qui satisd. cog.* Ex quo intelligitur, fideiussorem iudicio sisti non alibi posse conueniri, quam in foro, in quo reus sisti promisit. Idcirco desiderari, vt ex eo foro sit.

Ad legem 4. de petit. hered.

Si hereditatem petam ab eo, qui vnam rem possidebat, de qua sola controuersia erat: etiam id, quod postea cœpit possidere, restituet.

HIs addam ex eodem lib. Pauli quod est in *l. 4. de petit. hered.* cuius verba hæc sunt: *si hereditatem petam, &c.* crediderim hæc verba P. referenda esse ad magistratus municipales, qui etsi de re maiori ius dicere non possint, nisi inter conuenientes, *l. vlt. de iurisd. l. 28. ad municipal.* tamen si apud eos actum sit de petit. hered. de re quadam hereditaria minima, quam possidebat is, cum quo agebatur: petitio enim hereditatis datur etiam aduersus eum qui vel rem minimam ex hereditate possidet pro herede vel pro possessore, *l. 9. & 10. h. t.* quamuis igitur apud magistratus municipales petitione hereditatis actum sit de re quadam minima: si tamen post iudicium acceptum reus eiusdem hereditatis alias res possidere cœperit, & hæ quoque res officio iudicis actori restituendæ sunt, etiamsi omnes coaceruatæ excedant modum iurisdict. eius. Et ratio hæc est, quoniam petitio hereditatis formatur ex persona actoris, non ex persona rei siue possessoris, nempe hoc modo: *si paret heredem non esse,* quod vbi constiterit, damnatur vt heredi id omne restituat, quod possidet ex hereditate rei iudicatæ tempore, *l. item veniunt §. pen. l. si quo tempore, h. t.* Et ad eundem modum sæpe fit, vt qua de re magistratus ius dicere non possit, neque adiri ab initio, cognitione suscepta alterius rei, quæ ad eius iurisdictionem pertineat, si & in eam cognitionem res illa inciderit, de qua principaliter adiri non possit, vt & de ea ius dicere possit, vt in *l. 1. C. de. ord. iudic. l. 3. C. de iu dic.* Notanda est ratio, quam attuli ad hanc *l. 4.* quia petitio hereditatis formatur ex persona actoris, non ex persona rei: secus si actio formaretur ex persona rei, veluti actio aquæ pluuiæ arcendæ, *si paret te opus fecisse, quo aqua pluuia mihi noceret.* sane in hanc act. venit tantum id operis, quod tum factum habuit, non quod post litem contestatam fecit, *l. Antæus 14. §. vlt. de aqua & aq. plu. arcend.* Et ita est accipienda *l. 23. sup. de iudic.* quam huic l. 4. obijcit Accurs. neque ab ea se expediuit, non animaduersa diuersa ratione formandæ actionis, modo ex persona actoris, modo ex persona rei.

Ad legem 2. de pop. act.

Si plures simul agāt populari actione, prætor eliget idoneiorem.

QVod attinet ad hanc l. 2. quemadmodum Vlp. lib. 1. ad Edict. inter cætera proposuit Edictum, *si quis ius dicenti non obtemp.* quod patet ex l. vn. *si quis ius dicenti non obtemp.* quæ ex eod. lib. sumpta est, ita & Paul. de eod. edicto egisse probabile est. Quæ autem ex eo edicto datur actio pœnalis in actorem vel reum, qui magistratui vrbano, vel prouinciali ius dicenti non obtemperat, ius, inquam, dicenti non obtemperat in eo, quod extremum iurisdictionis eius est, in extrema linea iurisdictionis, in executione vltimi decreti sui, puta dum iubet rem restitui, de qua agitur, & qui damnatus est, eam restituere detrectat, vel eam non patitur auferri vel abduci sibi: Quæ inquam in eum nec obedientem ex illo edicto datur actio in factum pœnalis, non perpetuo quidem, sed intra annum, & in eum tantum, non in heredem eius, *d. l. vn. §. vlt.* ea actio videtur quidem fuisse popularis, quoniam pertinet ad vindictam publicæ Maiestatis, quam reus vel actor contempsit in extremo articulo ius dicentis, in eo scil. quod rei caput est, & publice interest omnes ciues ad defendendam & vindicandam causam publicam, ad defendendam Rempubl. admitti, *l. 4. de no. op. nunt.* Qua ratione certum est, actionem etiam albi corrupti esse popularem, *l. 7. de iurisdict.* id est, permitti cuilibet ex populo agere volenti. Nam quod dicitur ex illo edicto: *si quis ius dicenti non obtemp.* actionem esse annuam & non dari in heredem, *d. l. vn. §. vlt.* id Vlp. eod. lib. generaliter ita se habere definit in omnibus popularibus actionibus, *l. vlt. h. tit. omnes,* inquit, *populares actiones neque in heredes dantur, neque in annũ extenduntur.* Quod confirmat etiam *l. 5. §. quæ autem, de his qui deie. vel effud.* Et omnes actiones, inquit, recte. Nam interdicta popularia quæ habemus sunt perpetua, vt interdictum, *de lib. homine exhib.* quod est populare, perpetuum est, quia tuendæ libertati nulla præscriptio

temporis obstare potest, *l.2.C. de præscript.long.temp.* pro libertate & aduersus libertatem. Itemque interdictum de via publica, ne fiat deterior: quod est populare, *l.licet, de procurat.* & perpetuum tamen, quia ius viæ publicæ tempore amitti non potest. Longeque est alia ratio actionum popularium, veluti sepulchri violati, quæ finitur anno, vel ex edicto de eiectis vel effusis, si quid transeunti nocitum sit, quæ est annua. Et similiter actio de albo corrupto, & actio ex illo edicto: *si quis ius dicenti non obtemp.* quod idem dicitur in *d.l.vn.§.vlt.* eam actionem non concludi ad id quod interest actoris, sed ad meram pœnam, *id est, quanti ea res est*, pro modo contumaciæ quantique ad eam rem æquum esse videbitur: etiamsi nihil intersit actoris, veluti agente quolibet ex populo vindicandæ tantum contemptæ maiestatis gratia, non quod ad rem eius familiarem quicquam ea res pertineat. Illud idem obtinet in plerisque actionibus popularibus vbi certa pœna lege vel edicto definita non est, vt in actione sepulchri violati *l.3. de sepulc. viol.* & in actione de eiectis vel effusis *l.1. de his qui deiec. vel effud.* Nec tamen in omnibus iudiciis popularibus. Nam interdictum de via publica deteriore facta datur in id, quod actoris interest, nimirum quia nullus est de populo, cuius non aliquid intersit viam publicam non deteriorem fieri. Illius vero actionis causa, quæ competit ex edicto, *si quis ius dicenti non obtemperauerit*, impulit Vlp. non tantum, vt eo lib. annotaret, quod est in *l.vlt.h.t. populares actiones non extendi in heredem, nec vltra annum*, sed etiam, vt de iis actionibus generaliter annotaret, siue ex causa edicti, *si quis ius dicenti, &c.* siue ex alia causa actum sit ab aliquo ex populo, post rem iudicatam, si alius ex eodem populo ex eadem causa experiri velit, obstare vulgarem exceptionem rei iudicatæ, *l.3.h.t.* quæ est ex eod. lib. Vlpian. Ab initio quidem patere omnibus ait actionem popularem vel publicam, sed eum qui occupauit agere, & qui peregit reum, excludere cæteros, nisi per collusionem causam egerit, & eius collusionem alius probet, qui denuo agere velit eadem de re, *l.eum qui §.in popularib. de iureiur. l.3.§.si tamen postea de lib. hom. exhib.* Denique extra hunc casum, non amplius, quam semel, populari actione agendum est. Quid si ab initio sint plures ex populo, qui populari actione agere velint, quid fiet? Arbitrio iudicis seu prætoris, quod *diuinatio* dicitur, delectu prætoris opus est, qui ex dignitate, diligentia, fide, consilio, auctoritate, probitate cuiusque arbitratur, vter agere debeat, ita tamen vt primum eligat eum, ad quem maxime ea res pertineat, id est, cuius maxime interest, *l.3.§.si tamen, de lib.hom.exhib.* Eius enim principaliter interest, cuius maxime interest, *l.35.sed vtrum, de minorib. l.seruo legato §.si testator, de leg.1.l.vlt. de collus. deteg. & l.19.C. de liber. causa.* Debet igitur eum prætor præferre cæteris omnibus cuius maxime interest, quod & Vlpian. notat in *l.3.h.t.* Illo autem cessante vel deficiente ex cæteris Paulus notat in *h.l.12.* causa cognita prætorem eligere debere idoneiorem ad sustinendam magnitudinem causæ, vt *d.§.si tamen plures. si plures*, inquit Paulus, *simul agant*, id est, *agere velint populari actione, prætor eligit idoneiorem, videlicet, si deficiat, cuius maxime intersit.* Et ita est hæc l. interpretanda & aptanda edicto, *Si quis ius dicenti non obtemperauerit.*

Ad legem 2. de verb. sig.

Vrbis appellatio muris: Roma autem continentibus ædificiis finitur, quod latius patet. Cuiusque diei maior pars est horarum septem primarum diei, non supremarum.

IAm ex superioribus ll. satis odorati sumus, libr. primo Paul. tractasse de iurisd. & consequenter de magistratibus, qui iurisdictioni præsunt, & de edictis ad eorum iurisdict. pertinentibus, & generaliter de officio eorum, quod quidem latius patet, quam iurisdictio, *l.1. de iurisdict.* Et sane quod in hac l.2. proponitur de definitione vrbis & Romæ, & maioris partis diei ad magistratus vrbanos, puta, ad Tribunos plebis pertinet. Qua ratione vero aut via? nempe hac: quia lege vetustissima sancitum erat, *ne tribuni plebis abnoctare*, vel quod idem est, *pernoctare vrbe possent, neue interdiu abesse maiorem partem diei.* Appian. 2. de bello ciuili: *non licet*, inquit, *tribunis extra muros exire.* Et Dio 39. μηδὲ μίαν νύκτα ἐκ τῆς πόλεως: *Tribuno plebis nullam noctem ab vrbe abesse licebit, quia scil. vt vim fieri vetaret, assiduitate eius & præsentibus oculis opus erat.* Dionysius Halicarn. 8. περιήγεσθαι τὴν δημαρχίαν. *Circumscribitur*, inquit, *potestas tribunorum plebis mœnibus vrbis, nec extra vrbem eis pernoctare fas est*, nisi, vt subijcit idem Dionys. *feriarum Latinarum causa*, de quibus in *l.2. de Orig. iur.* quæ in monte Albano celebrari solebant, aliquot diebus interuenientibus omnibus magistratibus vrbanis. Recte autem ibi, *non posse Tribunum pleb. abnoctare ab vrbe, extra vrbem, extra muros, extra continentia vrbis.* Idemque Seruius in illum locum Virg.

Torquet medios nox humida cursus,

scribens, diem ciuilem scil. secundum Rom. a media nocte incipere, illa re iuris indicari, quod cum tribuno pleb. inquit, abnoctare ab vrbe non liceret, licebat tamen exire post mediam noctem, & ante meridiem reuerti. Et ita quoque inuenio apud Liuium lib. 5. *Flamini diali noctem vnam manere extra vrbem nefas fuisse, nisi aduersa valetudo intercessisset.* Quo etiam casu nec vltra binoctium abesse potuit, vt *Cor. Tac. 3. annal.* Recte igitur omnes illi *extra vrbem, vel extra muros.* Et improprie Gell. 3. c. 2. qui *tribunum plebis dixit Roma nullum diem potuisse abesse.* Roma pro *vrbe* improprie. Aliud enim est vrbs, aliud Roma. Vrbis appellatio ostenditur esse in *h.l.2.* arctior: Romæ latior, quia, vt ait Paul. in *h.l.* vrbs muris finitur: Roma continentibus ædificiis, suburbiis, quæ sane sunt extra vrbem: id ostendit *l.pen.§.pen. de excus. tut. & in hoc ipso tit. de verb. sig. l.vt Alfenus. l.ædificia: & l.qui in continentibus*: vrbs igitur finitur muris, Roma continentibus ædificiis, *l.4.§.pen. de pen. legat. l.qui Romæ 84. de leg.3.* Ideoque in legem committit tribunus plebis, qui pernoctat siue abnoctat in suburbiis, id est, qui totam noctem manet in suburbiis, quia extra vrbem pernoctare vetatur. Et qui in suburbiis pernoctat, licet non pernoctet extra Romam, pernoctat tamen extra vrbem. Vis videre quam hoc exemplum conueniat huic loco, conferas cum h. l. *l. vrbana familia 166. inf. h.t.* quæ explicata vrbis appellatione, & inde vrbanæ familiæ, deinde explicat quid significet verbum pernoctare. Quo fine? nisi quia respicit ad illam l. qua tribunus pleb. extra vrbem pernoctare vetatur. Quia autem hoc loco subiicit Paul. quam dicamus esse maiorem partem diei, crediderim ex *d. l. vrbana §. pernoctare*, licet alia mens videatur fuisse Seruio in *d. loco.* hanc in l. illa fuisse factam differentiam inter diem & noctem, quod non licuerit tribuno pleb. ne minimam quidem partem noctis abesse vrbe; interdiu non licuerit abesse maiorem partem diei; cæteram partem licuerit: Quod sane hæc verba, *maiorem partem diei*, inter notas. Diaconi notata sunt singularibus literis tribus, id argumento est, ea verba esse ex formula legis alicuius, quam interpretatur Paul. hoc loco definiens maiorem partem diei, naturalis scilicet, qui constat horis 12. tam æstate, quam hyeme, sed hyeme breuioribus, æstate maioribus, Maiorem, inquam, partem diei esse 7. horarum primarum, non septem supremarum. Romani olim, imo & hodie pleræque ciuitates Italiæ a summo mane numerant horam 1. deinde 2.3.4.5. & deinceps. Atque ita sexta hora diei est meridies, hora autem 12. suprema tempestas, id est, vespera, maior vero pars diei est 7. horarum primarum non supremarum, quia mane homines integriores sunt ad negotia omnia. Et quia illæ horæ potissimum foro & negotiis insumuntur. Martialis, quem in hunc locum adducit Alciatus, *Sexta quies lassis, septima finis erit.* Octaua dabatur balneo, nona cœnæ, *Plin. lib. 3. epist. 1. vbi hora balnei nuntiata est. Est autem*, inquit, *hyeme 9. æstate 8. in Sole ambulat nudus, lautus accubat.* Spartian. in Adriano: *neminem nisi ægrum in publico lauari passum ante horam 8.* Idem Martialis,

Martialis, *Imperat extructos frangere nona thoros.* Cœnam intelligit. Maior pars diei est horarum 7. non supremarum. Sane ita est. Nam & melior pars diei horarum 6. primarum, non 6. postremarum, qua de causa & iis, qui operas a mane debitas præstiterunt, quos transacta meliore parte diei, id est, medio die interiungere, & vt Varro loquitur, suo insititio somno diffindere licet, *l. medicus* 23. *de oper. libert.* Item qui diurnas operas promisit, sed non a mane eas præstitit, sed a sexta hora, id est, a meridie, totius diei nomine tenetur, perinde ac si nihil egisset, *l. 2. de ann. leg.* quia deficit meliori parte diei. Quamquam & eum liberari constat, qui eas præstitit a diluculo vsque ad sextam tantum, *l. 3. de oper. libert.*

Ad legem 4. de verb. sig.

Nominis appellatione rem significari, Proculus ait.

HÆc verba, quo referenda sint, non tam facile est dicere, quam verba qualiacumque condere. Nihil nos iuuant interpretationes doctorũ, nihil etiam Alciat. qui in hunc titulũ scripsit melius, quam in nullam aliam partem iuris: ita tamen, vt plus, ne quid in hac parte iuris deesset, diffideret, quam in aliis omnibus. Et ille vero cum cæteris errans perperam legit in h. l. *pecuniæ* pro *nominis*, ac proinde nihil ipse, neque alij afferre possunt, quod proprie ad verba h. l. pertineat, quæ sunt de nominis non pecuniæ appellatione. Possunt quidem meo iudicio ea verba non improbabiliter referri ad edictum ante relatum, quo prætor iubet eum, qui in ius vocatus est, iudicio sistendi causa locupletem, fideiussorem dare pro qualitate rei, quam actor petit, *l. 1. in ius voc. vt eant. l. §. 1. qui satisd. cog.* vbi proculdubio est, rei appellatione non tantum contineri corpora, quæ actor petit, sed etiam nomina, id est, debita & obligationes, quas constat in iure, non in corpore consistere, res incorporales, non corporales esse, *l. 1. §. vlt. sup. de rer. diuis.* Et ita rem accipi constat in stipul. rem pupil. saluam fore, id est, non ea tantum, quæ in patrimonio eius sunt, sed etiam nomina, *l. 9. rem pup. sal. fore.* Et cum agitur de missione in possessionem rei seruandæ causa ⁜Rei enim seruandæ, id est, debiti siue nominis seruandi causa vt Nou. 53. debiti seruandi causa. Et sæpe apud Plaut. *rem soluere*, id est, nomen dissoluere, *res tibi soluta est*, recte in Curculione, & alibi sæpe, & in illo loco vexato Ciceronis, in eo decreto, *soluta re Scaptio*, vbi perperam Vrsinus legit. *Soluitur æs Scaptio.* Nam nihil elegantius, quam dicere, *rem soluere*, aut *dissoluere rem*, id est, dissoluere obligationem pecuniæ debitæ, factam per numerationem: at vt in illo edicto rei appellatione etiam nomen continetur: ita e contrario Paulus ex Proculo docet hoc loco, interdum nominis appellatione rem significari, id est, corpus, quod est in obligatione. Proprie nomen est ius, id est, obligatio, actio, res incorporalis, quæ intelligi potest; tangi non potest, vel cerni. Item chirographum non est charta, tabella, instrumentum, sed obligatio, actio, *l. seruum filij*, §. *eum, qui. de leg. 1. l. Lucius*, §. *ciuibus, de leg. 2. l. qui chirographum, de leg. 3.* At nonnunquam iis appellationibus nominis vel chirographi etiam res, quæ debetur, significatur, veluti prædium aut municipium. Et ita Basilica; quod hic de nomine Paulus, de chirographo interpretantur, quoniam vtriusque appellationis eadem vis est & potestas, τῇ ὀνόματι τῶ χραμματίῳ τὸ χρεωστούμενον πρᾶγμα σημαίνεται. *Appellatione chirographi etiam res debita significatur*, quæ tamen non est propria significatio, vel nominis, vel chirographi: hæc enim duo verba iuris intellectum habent.

Ad legem 105. de reg. iur.

Vbicumque causæ cognitio est, prætor desideratur.

HÆc l. vnico tantum versu constat: *vbicumque causæ cognitio est, prætor desideratur*, nec in procliui etiam est omnibus eam explicare. debui hãc legem siue regulam aliis nouem adiungere, quas initio exposui, quia & hæc vt illæ omnes possunt aptari iis, quæ diximus de magistratibus municipalibus, siue de duumuiris, & de causa damni infecti, qua in causa tria decreta interponi ostendi: Vnum, quo iubetur caueri *damni infecti*, alterum, quo *in possessionem iri*, & tertium, quo *eam rem possideri, qua de agitur*, tria decreta, & ea, inquam, interponi causa cognita, explorata & bene perspecta in consilio. Decretum enim est sententia, quæ sequitur causæ cognitionem. Hæc igitur duo fere simul commeant, decretum & causæ cognitio. Et quod notandum, ea tria decreta interponuntur die feriato etiam *l. 2. de feriis.* Ac rursus, vt dixi, interponuntur a prætore vel præside suo iure, id est, iure magistratus, quem gerit, & vi iurisdictionis, quam exercet. Et per consequens eorum decretorum interpositio mandari potest duumuiris, siue magistratibus municipalibus. Et vero iniungitur prætoris edicto, vt, quoties res celeritatem desiderat, & id a duumuiris postulatur, duo priora decreta interponantur, *l. 1. & 4. de dam. infec.* alioqui magistratus municipales, hisce rebus se immiscere non possunt, quia magis sunt imperij quam iurisdictionis, & quæ huiusmodi sunt, magistratus municipales facere non possunt, nisi ex mandato, ex vice aliena, *l. 26. ad municip.* Tertium autem decretum, quod est maioris momenti, quoniam eo dominium aut verius possessio iure dominij vel vsucapionis occasio præbetur ei, qui decretum illud obtinet: prætor etiam mandare, id quidem potest, sed mandare non solet: tertium sibi, suæ iurisdictioni reseruat. Sciendum est prætori vel præsidi alia competere iure magistratus, & iurisdictionis suæ: hæc mandare potest, aut mandata iurisdictione tacito iure transferre in alium: alia vero prætori vel præsidi specialiter competere iure legis certæ, aut Senatusconsulti, aut constitutionis Principum. Et hæc mandare non potest, quia legis sunt, aut permittente lege ei concessa, iurisdictionis non sunt. Hæc est certissima distinctio, quæ proponitur in *l. 1. de offic. eius, cui mand.* Secundum quam recte dicemus, aliam esse causæ cognitionem, quæ prætori vel præsidi pro sua iurisdictione, suo iure, suo marte, vt ita dicam, competit, veluti de *damno infecto*, & aliis quam plurimis causis. Et huius causæ cognitionem mandari posse magistratibus municipalibus siue duumuiris, vel etiam aliis priuatis, *l. vlt. de offic. eius, cui mand. est iurisd.* Nullus vero est magistratus, ne municipalis quidem, cui causa cognita ius decernendi non sit de rebus ad suam iurisdictionem pertinentibus. Imo & quacumque de re adeatur, an de ea re iurisdictio sua sit, vt generaliter definit *l. 2. si quis in ius voc.* quod non fit sine causæ cognitione, *l. 2. §. sed etsi, de iudic.* Ergo vbi hæc causæ cognitio est, ibi non omnino prætor desideratur, quia ea causæ cognitio etiam priuato mandari potest. Nec igitur ad id genus cognitionis, quæ pro parte iurisdictionis est, & competit cuique magistratui, iure suo, hæc regula pertinere potest. Verum alia est cognitio causæ, quæ specialiter lege, aut Senatusconsf. aut constitutionibus principum prætori vel consuli, vel præsidi datur, veluti ex Senatusconsulto Syllan. notio siue cognitio de domino in familia occiso, ad quam omnino prætor desideratur, nec a prætore hæc notio alij cuiquam mandari potest, quia ei lege datur, non ei pro sua iurisdictione competit, Et lege speciali datur, quæ noluit alterius notionem esse, quam prætoris, *l. 1. §. & si a familia, de offic. eius cui mand.* Et ex l. Cornel. cognitio inter sicarios, vel quæ alia quæstio & cognitio prætori permissa, qui legibus quærere propterea dicitur: legibus publicorum iudiciorum. Nam & hanc quæstionem siue notionem publici iudicij alij delegare, vel mandare non potest, *d. l. 1. de offic. eius cui mand.* Et ex oratione D. Marci cognitio de transactione alimentorum, quæ non temere permittitur iis, quibus alimenta relicta sunt, sed causa cognita a prætore ipso, non ab eo, cui eam cognitionem mandauerit, nec enim eam mandare potest, quia eam habet a lege speciali, non a se, non iure magistratus sui, *l. cum ij. §. sed nec mandare, de transact.* Item ex oratione Seueri cognitio de alienandis vel obligandis prædiis mi-

norum, quam 25. annorum, quæ etiam mandari non potest, *l. 2. de offic. eius, &c.* Hæ notiones omnes alij mandari non possunt, quia ex lege veniunt speciali, non ex iurisdict. magistratus propria. Adde ex l. Ælia Sentia cognitionem vel probationem causæ, quæ etiam mandari non potest, manumittendi serui, quem scil. minor 25. annis vindicta manumittere vult, vel etiam manumittendi serui minoris 30. annorum, quem maior ætate dominus vindicta manumittere vult, *d. l. 1. 2. vult, de offic. eius, &c.* Quæ quidem probatio & cognitio causæ manumissionis fit aut fieri potest a prætore solo in vrbe, vel a consule, & in prouinciis a præside solo aduocato consilio, quod quidem consilium in vrbe a Theoph. nostro & Vlp. lib. sing. reg. didicimus constitisse ex decem: prætore sedente in medio. Sexto igitur loco. *Liuius 29. sedebat prætor in medio consilij.* Vnde M. Tull. pro Cluentio: *quid est Quinti Naso, cur tu in hoc sexto loco sedeas?* id est, in medio. In prouinciis autem, vt idem Theoph. & Vlp. docent, præside præbente consilium aduocabantur 20. vt & in municipiis, quoties alia de re duumuiri consultabant, vt indicat inscriptio Neapolitana, in qua ita habetur: *hoc opus omne facito arbitratu duumuirorum, & duumuiratium, qui in consilio esse solent Puteolis, dum non minus 20. adsient.* vbi extitit Corrector lapidum, qui scripsit esse legendum, *duumuiralium*, non *duumuiratium*, perperam; cum ii, qui duumuiratu functi sunt, non tantum duumuirales dicantur, *l. 1. de albo scribendo*, vt consulares, sed etiam duumuiratij, vt prætoritij, vel ædilitij, imo & duumuiralitij, vt apud D. Augustin. *de cura pro mortuis agenda, Curialis, inquit, pauper vix eius loci duumuiralitius. Duumuiralitius*, vt prætoritius *& quinquennalitius*, in antiquis inscriptionibus. Sed ad rem. Adde superioribus, ex Senatusc. Turpil. iudice sedente pro tribunali dari, præberi accusatori postulanti abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis, quæ etiam a præside vel prætore alij mandari non potest, *l. 1. §. abolitio, ad Senatusc. Turpil.* Adde cognitionem tutoris ex inquisitione dandi lege Attilia, vel lege Iulia & Titia, quæ quæstio & notio etiam mandari non potest, & omnino desiderat prætoris vel præsidis curam & interuentum, *l. 8. de tut. & curat. dat.* Adde cognitionem indulgendæ creditoribus defuncti, & creditoribus heredis, vel indulgendæ inter hos & illos separationis bonorum, quæ notio, vt ait *l. 1. §. de iis autem, de separat. Est prætoris vel præsidis, & nullius alterius*, inquit. Omnino igitur & ea notio prætorem vel præsidem desiderat. Et ad hæc nimirum genera cognitionum hæc reg. pertinet, *vbicumque causæ cognitio est, ibi prætor desideratur.* Nam ad eam notionem, quæ prætori suo iure competit, veluti de damno infecto, omnino prætor non desideratur, quia eam duumuiris potest mandare, vel aliis quibuscumque. Quod cum Paulus ostendisset hoc libro, subiicit, vbi tamen causæ cognitio est, tributa scil. prætori specialiter lege, aut Senatusconsf. aut constitut. vbi, inquam, causæ cognitio proprie est, non iurisdictio: est enim ea cognitio legis, non iurisdictionis, ibi prætorem omnino desiderari, prætoris notionem & nullius alterius, *vt ait d. §.* De his autem prætorem scilicet vel præsidem, quem constat in prouinciis vice prætoris & omnium magistratuum vrbanorum fungi, *l. si in aliquem in fin. de offic. proconsul.* Et ne ex mandato quidem ad eas quæstiones & notiones, quorum exempla satis multa iam exposui, ne ex mandato quidem ad eas se adhibere magistratum municipalem posse. Et ita hæc regula est explicanda.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Libr. secundum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 12. de officio proconf.

Legatus, mandata sibi iurisdictione, iudicis dandi ius habet.

Vt primo, ita secundo libro tractauit Paul. de iurisdict. Neque enim omnis is tractatus vno libro comprehendi potest. Tractauit de officio eius, cui mandata est iurisdictio. Et quod huic tractatui proximum est, etiam de cautione iudicio sisti, de qua egerat libro primo, vt patet, ex *l. 1. inf. in ius voc. vt eant, &c.* pro qua l. ni fallor, heri adduxi legem 1. *si quis in ius vocatus non ierit*, cum agebam de fideiussore iudicio sisti, quem ex edicto prætoris idoneũ dare oportet, *l. 5. qui satisd. cog.* pro qualitate rei, quam actor restituendam esse petit, *l. 1. in ius voc. vt eant.* Et ex illis quidem tribus legibus quas hodie explicaturus sum, *l. 12. de offic. proconf. legatus*, inquit, *mãdata sibi iurisdictione, dandi iudicis ius habet*, de Legato proconf. loquitur, qui ante mandatam sibi iurisdictionem ius dandi iudicis non habet: post mandatam sibi iurisdictionem ius dandi iudicis non habet nisi ex lege, *l. cum prætor 12. de iudic.* Ideoque per se mandata iurisdictione Legato, non ideo & iudicem dare Legatus potest, sed quia hoc ei lex dedit, proinde atque proconsuli. Et hac in re longe melior est conditio magistratuum vrbanorum. Nam ij cuiuscumque ordinis sint, prætores, proconsul. quæstores, præfecti vrbi, suo iure siue lege speciali ius dandi iudicis habent in singulis causis, *l. vlt. inf. quis & a quo appell. l. 3. de iurisd.* suo iure vel quod idem est more maiorum, & propter vim imperij, vt ait, *l. cum prætor §. item hi. de iudic.* propter vim imperij, id est, magistratus iure. Et ideo iuxta regulam *l. 1. de offic. eius, cui mand.* iudicis dandi potestatem, alij mandare possunt, quia eam iure suo magistratus habent. Et vero mandata ab eis iurisdictione, ea quoque pars iurisdictionis mandata videtur.

Ad legem 6. de iurisdict.

Et quia nec principaliter ei iurisdictio data est, nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam iurisdictionem: ideoque si is, qui mandauit iurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri cœperit: solui mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.

Certum est eum, cui mandata est iurisdictio, eam alij mandare rursus non posse, *l. 5. hoc tit. l. vlt. de officio eius, cui mand.* Quæ sit ratio huius sententiæ h. l. ostendit, quia nimirum ei, cui mandata est iurisdictio, non principaliter data est, mandata, non data iure directo & principaliter. Principaliter data est magistratui, cuius beneficio eam habet, nec ipsa lex, vt ait, vel ipsum ius, quod est directum, ei iurisdictionem defert vt magistratui, cum nec magistratus sit, nec mandata iurisdictione magistratus fiat, sed mandatam sibi a magistratu confirmet. Quæ datur magistratui principaliter, defertur ei: quæ mandatur, non defertur aut datur, sed confirmatur. Et iurisdictionem quoque eum non habere suo iure, sed alieno beneficio, id est, beneficio magistratus, cuius vice fungitur, *l. solet. 16. h. l. 3. de offic. eius, cui mand.* vt apparet, ex eo, quod morte prætoris vel præsidis, id est, legati Cæsaris, qui mandauit suam iurisdictionem, si mors eius contingat re integra, id est, antequam pro iurisdictione sibi mandata quicquam agere cœperit, mandatum dissoluitur, & iurisdictionem habere desinit, qui eam non potest exercere, nisi alieno nomine, Et eius nomine qui desiit esse in rebus humanis nihil agere potest, & est certissima regula iuris, mandatum re integra finiri morte mandatoris, quæ obtinet non tantum in mandato negotij cuiusque, (qui contractus est bon. fid.) sed etiam in mandato iurisdictionis, itemque in iussu patris vel domini, *l. si per epistolam, de acquir. hered.* & in cessione tutelæ: quæ morte cedentis extinguitur, vt Vlpian. scribit *lib. sing. reg*

Denique

Denique mandatum omne quoduecumque mandato proximum est, re integra dissoluitur morte mandatoris, *l. mandatum, C. mand.* Secundum hæc recte dices cum *l. 1. §. qui mandatam, de offic. eius, cui mand.* eum cui mandata est iurisdictio, proprium nihil habere: sed eius, qui mandauit, iurisdictione vti, & quodammodo ei præbere vicariam operam. Ab hac sententia excipi tantum volo legatum proconsulis: quin *l. 13. de offic. proconsul.* ex contrario præbet argumentum, quod est probabile, & in iure frequens probabile est, vt Aristot. definit, *contraria de contrariis dicta esse probabilia*: ex contrariis, inquam, *d. l. 13.* ostendit legatum proconsulis mandata iurisdictione non tantum mandatam, sed quodammodo propriam iurisdict. habere, quia ait, legatum proconsulis nihil habere proprium, nisi a proconsule mandata ei iurisdictio fuerit. Ex diuerso igitur, si a proconsule ei mandata iurisdictio fuerit, proprium aliquid habet. Cur hoc sit exceptum in legato proconsulis causa hæc est, quia non eum sibi delegit proconsul. Prætor, aut præses suo arbitratu deligit, quem vult obire suas partes in iure dicundo, proconsul non item, sed ei datur legatus, cui mandet iurisdict. a Senatu vel populo, vt *Seruilio proconsuli a Senatu Pompeium legatum datum Appianus* scribit 10. *de bello ciuili*, & Capitolinus in Gordiano, *Gordiano proconsuli Africæ, legatum esse filium a Senatu datum.* Et Vopiscus Probum Imperatorem permisisse patribus, vt proconsules crearent, & legatos darent proconsulib. M. Tul. ad Quintum fratrem, *proconsuli Asiæ comites, & adiutores negotiorum publicorum Remp. ipsam dare.* propterea legato sibi dato proconsul mandare sibi cogitur suam iurisdictionem. Hoc scripsimus, & est verum. Ne turbet, quod ait lex *solent, de offic. proconf.* mandare vel non mandare iurisdictionem esse in arbitrio proconsulis, quia nec etiam in arbitrio eius est, cuicumque volet eam mandare, sed si velit eam mandare, aut, vt plerumque necesse est, quum distringitur maioribus negotiis & vrgentioribus, proculdubio cogitur eam legato mandare, nec enim alij cuiquam, quam legato eam mandare potest. Proprium etiam aliquid habere legatum proconsulis, cui mandata est iurisdictio, & quasi iurisdictionem propriam, argumento est, quod & adsessores habet, qui comites dicuntur, comites scil. sedendi, *l. 6. §. vlt. D. de pœnis.* Et in quibusdam etiam prouinciis habet legatus lictores, & fasces, & sellam curulem, vt legatus proconsulis Africæ *auctore Spartiano in Seuero.* Quod item ab eodem legato proconsulis ipse proconsul appellatur, quasi alius, *l. 2. quis & a qu. appell.* Et tamen ab eo, qui mandatu prætoris vel præsidis, id est, legati Cæsaris ius dicit, prætor vel præses non appellatur, sed maior magistratus, quia idem ab eodem appellari videretur, propterea quod ius dicit vice prætoris, vel præsidis, non sua, *l. 1. §. vlt. quis & a quo appell.* legatus autem proconsulis suo quodam proprio iure ius dicit potius, quam vice proconsulis, quamquam non ante ius dicere possit, quam ei assensus fuerit proconsul mandata iurisdictione. Ideoque & ampliora iura constitutionibus principum legato proconsulis dantur, quam aliis, quibus mandata est iurisdictio, qui nec legatorum nomen habent: nam & legatus proconsulis ex oratione Diui Marci tutorem dare potest, *l. 1. de tut. & curat. datis*: & iudicem, vt habuimus in *l. 12. de offic. proconsul.* Quod tamen non potest is, cui præses mandauit iurisdictionem, quia præsides prouinciarum suo iure, iudicis dationem non habent, sed ex lege speciali, *vt dixi in d. l. 12.* Omnium quidem vrbanorum magistratuum vice & officio & partibus funguntur, omnes præsides prouinciarum, etiam proconsules, *l. 7. inf. de offic. proc. l. 10. & seq. de offic. præsid.* Qua comparatione Aristoteles 4. Politic. vtitur: *Præsides prouinciarum, qui soli in prouinciis summam rem obtinent, sunt veluti* ὀβελισκολύχνια, quæ vasa militaria erant, auctore Polluce, variis vsibus apta, vt & præsides similiter variis officiis, & muneribus & functionibus variis, nempe omnium magistratuum vrbanorum. Sed vt illa vasa non omnes vsus præbent, sic nec sine exceptione vlla, & sua vi, suove iure omnia præsides habent, quæ omnes magistratus vrbani. Certe non iudicis dationem, nisi ex lege, *d. l. cum prætor.* Omnium vice & iure funguntur, sed non possunt omnia tamen qui omnium vice funguntur, qui in eorum vicem maxima ex parte veniunt. Datur etiam quandoque legato proconsulis, si ei mandata sit iurisdictio, quæ non datur ei, cui prætor vel præses iurisdictionem mandauit, iudicij publici, iudicij criminalis disceptatio, *l. 11. de offic. proconsul. l. 1. C. eod.* Qua ex re Græci interpretes rectissime ad *d. l. 11.* colligunt, legatum proconsulis iurisdictionem habere, non tam ex mandato, quam ex lege, proprio quodam iure, cum & nonnunquam criminale iudicium exercere possint, sicut & lege nonnunquam ei datur ius gladij, vt Capitolinus scribit, proconsuli Africæ Gordiano, filium eius legatum esse datum a Senatu cum iure gladij. Et hoc argumento fortiter defendi potest, mortuo proconsule, legatum, cui mandata est iurisdictio, etiam si mortuus sit proconsul re integra, id est, antequam legatus iurisdictionem exercere cœpisset, legatum non amittere iurisdictionem, quoniam eam proprio quodam iure habet, magis quam mandati iure. Ita vt plane hæc l. 6. intelligenda sit de iis tantum, quibus a prætore, vel præsidibus prouinciarum, id est, legatis Cæsaris mandatur iurisdictio, qui legatorum nomine donati non sunt, non etiam de legatis proconsulis, ita vt mortuo proconsule re integra, non finiatur iurisdictio mandata legato.

Ad legem 1. de receptis & qui arbit.

Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet.

Commodissime videtur referri hæc lex ad cautionem siue satisdationem iudicio sistendi causa, quam ex edicto prætor interponi iubet, ab eo, qui vocatur in ius, nisi in ius rapi velit, obtorto collo, de qua satisdatione, vt etiam dixi initio huius recitationis, Paulus egerat libro 1. Ad eam, inquam, satisdationem hæc lex referri potest. Quo argumento? nam ex *l. 9. & 13. si quis cautionem,* intelligimus seruum, qui quasi litigaturus satisdedit iudicio sisti, sub pœna, vt fit, nisi sisteret vadimonium, id est, nisi sisteret se in iudicio, non teneri pœnæ nomine ex stipulatu, neque fideiussorem eius, quia seruus in ius vocari non potest, qui non potuit antestari, vt *l. 6. & 7. C. de iudiciis.* Idemque dicendum est, si seruus, qui cum libero homine aliqua de re contendebat, compromiserit in arbitrum sub pœna. Nam ab eo seruo, vel a domino eius actione de peculio ex stipulatu, pœna ob causam compromissi peti non potest, *l. 3. §. si seruus, de peculio*, quæ id aperte ostendit. *Compromissum,* inquit, hæc lex prima *ad similitudinem iudiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet.* seruus non est iustus litigator, ergo nec iure compromittit; cum seruo non est iudicium, ergo nec compromissum, siue arbitrium ex compromisso: argumentum a iudicio ad compromissum optimum & verum est, vt in *l. 6. hoc tit.* filiusfam. de re patris iudex esse potest. ergo & arbiter compromissarius. Et in *l. 46. hoc tit.* minor 20. annis iudex esse non potest, ergo nec arbiter compromissarius: compromissa comparata sunt ad similitudinem iudiciorum.

Ad leg. 4. de vsufr. & quemadmodum, &c.

Vsusfructus in multis casibus pars dominij est: & extat, quod vel præsens, vel ex die dari potest.

Quæ sequuntur leges, quas explicabimus, cui parti iuris, vel edicto reddendæ sint, non liquet, ideoque in eis interpretandis abstinebo ab huius rei expositione vel notione. Series ipsa & cohærentia librorum, & aliarum legum forte nobis adferet lucem aliquam, & quod spero patefaciet menda plerisque inscriptionibus inesse quamplurima. Ait autem Paulus in *l. 4. de vsufr.* *vsusfructus in multis casibus pars dominij est, & extat, quod vel præsens, vel ex*

die dari potest: vsusfructus in multis casibus pars dominij est, id est, pars proprietatis. quod non est ita accipiendum, quasi vsusfruct. reuera sit pars proprietatis, qui certe non est pars proprietatis, sed pars, vel species potius seruitutis, per quam homini res aliena seruit, *l. 25. de verb. signif.* & in iure, non in parte consistit, vt ait *l. Maeuius §. pen. de leg. 2.* Denique ius est seruitutis, quod quis in alieno fundo habet, non pars fundi, non pars proprietatis. Et recte dico fundi proprietatem totam esse meam: recte totum fundum meum esse vindico, etiamsi vsufruct. meus non sit, sed nuda proprietas tantum. Et vsumfructum, non esse partem fundi, vel quod idem est, partem proprietatis, Papinianus ostendit in *l. 35. §. 1. h. tit.* hoc argumento, quia si cum mihi & Titio coniunctim fundus legatus esset, ab herede petiero partem fundi, nec obtinuero; deinde partem suam Titius repudiarit, pars Titij mihi non adcrescit; quia pars rei parti adcrescit, veluti alluuione pars parti adcrescit, & non habeo partem meam: ideoque mihi petenti partem iure adcrescendi, obstat vulgaris exceptio rei iudicatae, quia quum iudicatum est partem meam non esse, & hoc iudicatum est, partem alteram consequenter mihi adcrescere non posse, quia partem non habenti pars non adcrescit. Pars enim parti, non personae adcrescit. Sed si cum mihi & Titio vsusfructus fundi legatus esset, partem vsusfructus petiero, nec obtinuero, deinde Titius repudiarit portionem suam, eam vindicare possum sine metu exceptionis rei iudicatae, quia portio vsusfructus non adcrescit portioni fundi, sed personae, cui vsusfructus legatus est, quod ius personale est, etiamsi portionem suam amiserit, *l. interdum, de vsufr. adsc. l. & an eandem §. qui cum partem, de except. rei iudic.* Atque ita in hac specie non est eadem ratio partis fundi, & partis vsusfructus: pars enim fundi adcrescit parti fundi: pars vsusfructus, non adcrescit parti fundi, sed personae: in multis casibus nec igitur vsusfructus, pars fundi, aut dominij est. Quod autem ait Paulus hoc loco, *vsumfructum partem dominij esse*, sic accipi oportet, esse instar partis dominij, habere & obtinere instar partis dominij, vt cautius loquitur *l. cum filius 66. §. dominus, de leg. 2.* habere effectum partis dominij, vt in *d. l. 33.* veritate inspecta ait Papinianus, vsumfructum in quibusdam casibus non obtinere effectum partis, id est, partis dominij, vt Basilica supplent, ἐν ἐοικέναι τῷ μέρει τῆς δεσποτείας, *vsumfructum non similem esse parti dominij.* Et vt subiicit Pap. in *d. l. 33.* illum casum, quem supra exposui, quo portio vsusfruct. longe distat a portione fundi, vel dominij. Et potest addi alius casus ex *l. 13. §. illud, de acceptil.* si is, cui fundus debetur, debitori vsumfructum accepto ferat, nihil agit, quia qui accepto fert, vel totum, vel partem eius, quod stipulatus est, accepto ferre debet, vt acceptilatio congruat stipulationi, *l. nisi, eod.* vsusfructus autem si verum amamus, neque fundus est, neque pars fundi. Item alius casus ex *l. iusto, §. non mutat, de vsurp. & vsucap. & l. locum, §. penult. hoc tit. & l. 2. de vsufr. leg.* si vsucepero fundum, proprietatem adquiro, quae fuit aliena, non etiam vsumfructum, qui a proprietate separatus fuit, quia vere pars proprietatis non est: at vt videamus tamen, quibus casibus vsusfructus habeatur pro parte fundi, vel rei cuiusque, siue pro parte proprietatis, aut dominij, non pro seruitute, licet reipsa nihil aliud sit vsusfructus, quam seruitus, quam res aliena homini debet. Multos vero Paulus dicit esse casus in hac *l. 1.* & nos etiam multos proferamus. Heres a quo fundus legatus est, si eius fundi vsusfructus alienus sit, vel ipsius heredis, non nudam proprietatem, sed & vsumfructum, id est, plenum dominium legatario praestare debet, quia vsusfructus totius fundi emolumentum continet, & ideo pro parte rei habetur. Haec est ratio legis *Maeuius §. pen. de leg. 2.* Certe parum mihi proficit proprietas rei, nisi reipsa vtar fruar. Denique vsusfructus totius rei emolumentum continet: & ideo pro parte rei habetur. Item ab eo, qui fundum debet, recte accipitur fideiussor in vsumfructum fundi, *l. si a reo, §. si reo, de fideiuss.* Quia fideiussor & in partem rei accipi potest, *l. 9. eod. tit.* & vsusfruct. pro parte rei est, quia, vt ait *d. §. si reo*, ius rei, ius fundi est, vbi ius fundi, (longe caue interpretari seruitutem fundi) nam & in seruitute fundi, veluti viam, vel iter, a debitore fundi inutiliter fideiussor daretur, & acciperetur, quia alia res est fundus, alia via ad fundum, & in aliam rem fideiussor inutiliter accipitur, & vsusfructus quoque non est seruitus fundi, sed seruitus hominis, siue personae, *l. 1. §. quoties, de seruitut.* seruitus in fundo, *l. 2. h. tit.* quae scil. homini debetur, non seruitus fundi: nam seruitus fundi ea est, quae fundo debetur: haec personae debetur, non fundo. Ius illo loco est emolumentum & vtilitas omnis fundi, vbertas, bonitas, fertilitas, commodum & perceptio fructuum, *l. quid aliud, de verb. signific.* Sequuntur alij casus, quibus vsusfr. etiam pro parte fundi est, vt si stipuler fundum, deinde vsumfructum, non nouandi causa, posteriore stipulatione nihil ago, quia similis sum ei, qui post totius stipulationem, frustra partem stipulatur, non nouandi animo, *l. qui vsumfructum, de verb. obl.* Vsusfructus, vt recte hoc loco Rogerius dixit, similis est parti fundi, non pars fundi: est similis parti fundi, quia vsusfruct. vt dixi, omne emolumentum fundi continet seu amplectitur. emolumentum ab eo, quod fruges emolantur, vt apud Persium, *& granaria fas est emole.* Saty. 2. & apud Caes. 1. de bello ciuili, *sine magno commeatu & emolumento*, commeatus & emolumentum idem sunt. Praeterea si petiero fundum, nec obtinuero, postea petenti mihi vsumfruct. obstat exceptio rei iudicatae, *l. si cum. §. si fundum, de except. rei iudic.* Si pactus sum de fundo mihi debito nõ petendo, & petam vsumfructum, mihi obstat exceptio pacti, *l. si vnus §. item, si pactus, de pactis.* Si emero fundum, venditor euicto vsufruct. eius fundi, quasi euicta parte, actione ex empto mihi tenetur euictionis nomine pro bonitate, & parte fructuum quos fundus ferre solet, *l. 1. l. 15. l. vaccae emptor, de euict. l. in vendendo, de cont. empt.* Item si mihi fundus legatus sit, quia legatum pro parte adimi potest, mihi eius fundi vsusfruct. adimitur recte, *l. 2. de adim. leg.* Et alia ratio est acceptilationis, quae fundo debito ex stipulatu non fit recte in vsumfructum, *vt supra dixi*, quia acceptilatio est actus solemnis, *l. actus, de reg. iur.* cuius verba ad amussim respondere debent obligationis verbis in totum, vel ex parte. Legati autem ademptio fit nuda voluntate citra proprietatem vllam verborum.

Ad §. & extat quod, &c.

SEquitur in hac l. *& extat, quod vel praesens, vel ex die dari potest.* Ait extat, quod est constat, *l. vnica §. item si ex die, quand. dies vsusfruct. cedat, & in l. Statius, de iure fisci*, testamentum non extare, id est, non constare, non valere, testamentum, ruptum esse: extat igitur siue constat inter prudentes, quod vsusfructus praesens, id est, pure, vel ex die dari potest, adde vel ad diem, *d. §. item si ex die, l. & puto §. vsufruct. fam. ercisc. l. 2. quando dies leg. ced.* Et obserua diligenter haec Paulum scribere de vsufruct. ad differentiam seruitutum praediorum vrbanorum vel rustic. Vsusfruct. in multis casibus pro parte dominij habetur, vel pro parte fundi: seruitus nullo casu, *d. l. cum filius, §. dominus, de leg. 2. leg. 25. de verb. signif.* vsusfruct. ex die, & ad diem potest constitui ipso iure, vt & dominium, *l. Seia, de mort. causa donat. inf. l. vlt. C. de legat. l. 2. C. de donat. quae sub modo*, seruitus praedij non item. His addamus paucula quaedam, quae idem Paulus proponit in *l. 1. de oper. seru.* his verbis: *Opera in actu, &c.*

Ad legem 1. de oper. seru.

Opera in actu consistit; nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est: quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arethusa natum erit.

REcte hanc l. aptamus superiori, quae est de vsufructu: nam in vsufructu serui sunt operae, & retro fructus serui consistit in operis, aut mercedibus operarum, *l. 3. & 4. hoc tit.* Multum tamen interest, quo respicit haec lex prima, vsusfructus

vsusfructus serui legetur, an operæ. Opera in actu consistit, vt ait initio huius legis, & vsusfructus quoque in actu consistit, & in facto, *l. 1. in princip. quand. dies vsusfr. leg. ced.* Sed opera in actu consistit eius, qui operam debet: vsusfruct. autem in actu vel facto eius, cui vsusfruct. debetur. Vnde oriuntur multæ aliæ differentiæ inter vsumfructum & operas serui. Vsusfructus, fructuario non vtente fruente per modum & tempus, amittitur, quia deficit actus, in quo consistit: nam capitis deminutione fructuarij vsusfructus amittitur, quia is in cuius actu consistit per capitis deminutionem tollitur e medio. At operæ, omittente vel capite deminuto eo, cui debentur, non amittuntur, quia is, in cuius actu consistunt puta seruus, idem manet, *l. 2. hoc tit. l. 2. de vsufr. leg.* Eademque ratione legatum vsusfruct. ad heredem fructuarij, vel legatarij non transmittitur, quia cum persona, cui cohæret, extinguitur: operarum legatum transmittitur, si modo superuiuat seruus, in cuius actu operæ consistunt, *d. l. 2. de vsufr. leg.* Item vsusfruct. legati dies cedit statim ab adita hereditate, & ab eo die peti vsusfr. potest, intelligiturque esse in rerum natura, etiam antequam messium aut vindemiarum, aut fœnisicij, aut oliuitatis, aut mellis messionis maturitas aduenerit, *l. vnica §. dies, quan. dies vsusfruct. leg. cedat. l. 2. quand. dies leg. ced.* Operarum vero dies non cedit statim ab adita hereditate, quod Glossa scripsit male. Operarum dies non cedit, antequam is dies venerit, quo præstandæ sunt, & exhibendæ legatario, quia, vt ait in hac *l. 1.* nec ante sunt operæ in rerum natura, *l. operæ, de oper. libert.* sicut (qua comparatione vtitur Paulus hoc loco) nec si legetur, quod ex ancilla natum erit, ante dies legati cedit, quam ancilla pepererit, *l. cum ita, in princ. quan. dies leg. ced.* nec ante etiam id esse in rerum natura notissimum est, quia quid sit paritura est incertum, *l. vbi autem §. illud, de verb. oblig.* Et operæ similiter sunt incertæ, antequam edantur, præstentur, exhibeantur, vel indicantur, & petantur, *l. interdum, eod. tit.* Addam & alias differentias. Seruo vsucapto vsusfructus non perit, *vt dixi ad legem superiorem*, operæ pereunt, vt ex contrario significat *dict. l. 2. de vsufruct. leg.* quia seruus dominum mutat. Iterum, vsusfruct. diuisionem recipit, *l. 5. de vsufruct.* operæ sunt indiuiduæ *l. 1. §. sed operas, ad leg. Falcid.* Et ideo recte in *l. 5. hoc tit.* operis serui legatis vsum datum intelligi. Vsum dicit, non vsumfructum, quia vsus cuiusque rei indiuiduus est, sicut operæ, *l. vsus pars, de vsu & habit.* At vsusfructus est diuiduus. fundo pro parte frui, pro parte non frui possum, nimirum demetendo partem fructuum tantum: at fundo vti pro parte non possum, & pro parte non vti: non possum per partem vnam fundi ambulare, quin videar per totum ambulasse; qui vsum partitur, naturam eius corrumpit. Cum igitur tot sint differentiæ inter vsumfructum & operas, recte ait *l. 5. in fine, vsufructuar. quemadm. cau.* operas non per omnia imitari vsumfructum, vt *d. l. 2. de vsufruct. leg.* eum, cui operæ legatæ sunt, non esse fructuarium, & *d. lex 1. §. sed operas, ad l. Falcid.* in legato operarum, neque vsum, neque vsumfructum esse, per omnia scilicet, sed proprium ius quoddam, vt de habitatione dicitur in *§. pen. Institut. de vsu & habit.* Quamobrem & proprius titulus datur de operis serui, separatus a titulo de vsufr. & a titulo de vsu & habitat.

Ad legem 6. depositi.

Proprie in sequestro est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.

SCiendum est, tria esse genera depositi, imo quatuor, si respiciamus ad ius antiquum, quo fiducia erat in vsu, vnum scilicet genus depositi. Est præterea depositum quasi diu positum, quo datur custodiendum aliquid in longum tempus. Hodie igitur primum est genus depositi, quod diu datur custodiendum. Secundum genus est, quod dicitur seruandum datum, quod ad breue tempus custodiendum datur. Et huius differentiæ inter depositum & seruandum datum, auctor est Paulus 2. Senten. apud Licinium Rufinum. Est & tertium depositi genus, quod dicitur sequestro depositum. Dico *sequestro* per aduerbium, quod quidem a deposito & seruando dato hoc distat, quod deponere, aut seruandum dare, tam plures, quam vnus possunt. Vnus potest deponere, vel seruandum dare; sequestro autem deponere non nisi duo, vel plures possunt, *l. sequester, de verb. signif. l. licet, l. pen. h. tit.* nam tunc fit sequestro depositum, quum inter duos, vel plures de re aliqua mobili lis aut controuersia est. Eam enim rem, vel, vt in *l. 4. & 5. C. eod. tit.* instrumenta ad eam rem pertinentia, vel vltro, vel auctore iudice deponunt apud tertiam personam, cuius fidem sequuntur, eligunt, & quasi apud mediam litis manum, vt Fabius loquitur. Item, quæ est alia differentia, cum duo, vel plures deponunt apud alium veluti rem communem, non singuli eam in solidum deponunt, sed pro sua quisque parte, & pro parte dominij, quod in ea re habent, & singulis quoque depositarius tenetur pro parte tantum, nisi aliud actum sit, vt vel vnus totam rem tolleret, vel vt vni tota res redderetur, *l. 1. §. sed si duo, d. l. licet, hoc tit.* At apud sequestrum vnusquisque in solidum rem, de qua agitur, videtur deposuisse, ea scilicet lege & conditione, vt ei, qui vicerit, in solidum reddatur. Et finita lite, id est, re iudicata: victori quoque in solidum datur actio depositi in sequestrum, quæ appellatur actio depositi sequestraria *l. in Asia §. cum sequester, h. tit. l. 9. §. Labeo, de dolo.* Et recte igitur Paulus hoc loco ait: proprie in sequestro depositum esse, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum, reddendumque traditur. Conditio illa, est conditio rei iudicatæ. Plautus Aulularia, *Ego seruabo*, inquit, *quasi sequestro detis, neutri reddibo, donec hæc res diiudicata fuerit.* At præterea rei depositæ proprietas & possessio, quia depositarius eam tenet nomine deponentis, apud deponentem remanet: rei autem apud sequestrum depositæ possessio plerumque ad sequestrum transit, quoniam id plerumque agitur inter partes, vt interim pendente conditione neuter eam rem possideat, neuter vsucapiat, sed vt possessio sit apud sequestrum, denique ambo dimittunt possessionem apud sequestrum. Potest quidem id agi, vt possessio non transeat in sequestrum, vt sequester custos tantum sit, non possessor, quo casu medio tempore vsucapio victori processisse intelligitur. At plerumque vtraque pars apud sequestrum possessionem dimittit, *d. l. licet h. tit. l. interesse, de acq. pos.* ait autem hoc loco Paulus, *proprie in sequestro est depositum.* Proprie nam improprie etiam sequester dicitur, qui a Græcis dicitur *σωματοφύλαξ, qui garde les gages*, id est, custos pignoris positi, quasi apud arbitrum, ab iis, qui aliqua de re inter se sponsione contendunt, vt apud Macrob. 3. cum Cleopatra Antonium sponsione prouocaret, se insumere posse in vnam cœnam sestertium centies, & contra vicissim contenderet sponsione Antonius, id eam præstare non posse, tunc electo eius rei veluti arbitro, vt ait digno sculna Numantio Planco, sculnam dicit veteri vocabulo quasi *seculnam*, pro *sequestro.* Sic vero Lactantius, siue Luctatius in 7. Thebaidos, *sequestrum esse eum, qui certantibus medius interuenit, apud quem cuiuscumque certaminis futuri pignora deponuntur.* Verum improprie, vt dixi, quia quod vnus pro sua parte pignus deponit, id etiam alter non deponit, sed aliud & seorsum quisque quasi suum, non fit vnius eiusdemque rei depositio, sed duarum: denique apud illum duo vel plures eandem rem singuli in solidum non deponunt, sed duas. Ideoque in illum victori non est actio depositi sequestraria, sed quasi de nouo negotio actio præscriptis verbis, *l. 18. §. vlt. de præscript. verb.* Proprie autem, *vt ait*, sequester est, apud quem duo pluresve eandem rem, de qua inter se litigant, vel controuersantur, singuli in solidum deponunt ea lege, vt ei reddatur, qui vicerit, qui causam obtinuerit. Et hoc fortasse Paulus scripsit, cum tractaret de cautionibus iudiciariis, veluti iudica-

Paul. B

tum folui, vel rem pupilli saluam fore, vel eam rem recte A præstari. Quæ cautiones si non præstantur, & possessoris, id est, eius, qui rem possidet, qua de agitur, suspecta persona sit, ex qua cautio desideratur, arbitrio iudicis res mobilis, de qua agitur, apud officialem iudicis sequestro deponitur apud acta, donec cautio præstetur, vel lis finem accipiat, *l. 7. §. vlt. qui satisd. cog. l. 11. §. pen. ad exhib.* Sequestro deponuntur res mobiles tantum, vel se mouentes, non res immobiles, non fundi, non agri, non vineæ, sed fructus agri quidem, ex causa sequestro deponuntur; fructus agri, de quo agitur, si forte periculum sit, ne forte possessor agri eos fructus deuastet, & depopuletur. Hoc casu solent fructus apud sequestrum, vel sequestros deponi, *l. imperatores §. vlt. de appellat. l. postquam §. sed nec si ipsi, vt leg. nom. cau.* Et ex simili causa, B quæcumque res mobiles etiam sequestro deponi possunt, vel auctore iudice, & consentiente vtraque parte, *l. ab executione, C. quorum appellat. non recip. l. vlt. C. de ord. cogn. l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non lic.* Solent & res dotales constante matrimonio ob dissolutos mores mariti, ne ab eo dissipentur, sequestro deponi postulante muliere, *l. si cum dote §. si vero dotem, sol. matrim.* Imo vero & in interdicto, quo agitur de liberis exhibendis, qui ab aliquo detinentur, si is controuersiam faciat actori, & litis longior mora futura videatur, apud notæ auctoritatis matronam sequestro deponitur puella, de qua exhibenda agitur, vel etiam puer prætextatus, *l. 3. §. vlt. de lib. exhib.* vel etiam puella, de cuius nuptiis inter aliquos disceptatur (Græci ὅπιδιον appellant) *cap.* C *cum locum, ext. de spons.* Hoc fit quotidie. Sola pecunia numerata certa quæ petitur actione, si certum petatur, vetatur sequestro deponi, *l. vnica, C. de prohib. seq. pec. l. 1. Cod. Theod. si certum petatur de chirographis.* Et ratio euidentissima hæc est: quia qui certam pecuniam petit, non petit certa corpora nummorum, sed certam quantitatem, puta 100. Quantitatis autem nullum subest corpus, quod corrumpi aut interuerti possit. Periculum rei corrumpendæ, aut perdundæ exigit, vt sequester eligatur: nullum periculum subest, quum de quantitate certa agitur. Genus perire non potest; quantitas autem debetur in genere, ergo quantitas perire non potest, nihil est igitur periculi. At res corporales, siue sint mobiles, & inanimæ, siue animales, quæ in litem deducuntur, corrumpi interim, & vitiari, D dum lis pendet, & interuerti possunt. Et ideo ex causa consultius est, eas res interim apud sequestrum deponere.

Ad legem 6. de rescind. vendit.

Si conuenit, vt res, quæ venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, vt Sabinus putat: aut proxima empti in factum datur.

IN hac l. probatur hæc pactio siue lex emptionis venditionisque, *vt si res vendita & tradita intra certum tempus emptori displiceat, venditori reddatur & inempta fiat.* Idemque est si non sit adiectum certum tempus, quo tamen casu, nisi aliud suadeat iustissima causa, emptor non potest E resilire ab emptione venditione eo prætextu, quod sibi res displiceat, nisi intra 60. dies, nisi nominatim conuenerit: nam & hæc conuentio valet, vt emptor in perpetuum, quandocumque ei res displiceret, eandem rem redhibere posset. Et apud Plautum in Mercatore dixit, *si redhibere si non placeat, & in l. quod si nolit §. si quid ita, de adilit. edict.* Et ideo si res emptori displiceat, ait Paulus hoc loco ex Sabino, emptori aduersus venditorem competere actionem ex empto, vt eam rem recipiat, & pretium reddat actione ex empto redhibitoria, *l. pen. C. de adil. action.* Verum addit Paulus quodammodo corrigens Sabinum: *Aut proxima empti, in factum datur:* ex empto, inquit, actio vt Sabinus putat, id est, actio præscriptis verbis, quæ proxima, vicina, finitima, similis est actioni ex empto. Omnis actio præscriptis verbis est similis alicui actioni ex iis, quæ ciuile & proprium nomen habent, *l. naturalis, sup. de præscrip. verb.* Ex hac causa si agatur in factum siue præscriptis verbis, quæ appellatio non est proprium nomen actionis, atque adeo actio omnis præscriptis verbis nomine vacat proprio: similis tamen erit actioni ex empto, quæ proprium nomen habet. Tutius autem est ex ea causa agere præscriptis verbis, siue in factum, quod est narrato facto, & narrata pactione, nec expresso vllius actionis proprio nomine. Tutius, inquam, est ita agere in factum, id est, διηγηματικῶς, narratiue, vt Theop. interpretatur, quia agitur in hoc, vt finiatur & resoluatur emptio. Et dubitari potest, an in id recte agatur directa ex empto actione, *l. ex empto §. is qui vina, de act. emp. l. si fundus, de leg. commiss.* Igitur dubitationis tollendę causa, scrupuli eximendi causa, melius est agere præsc. verbis, siue in factum ciuili actione, omissa actione ex empto directa. Addamus etiam breuiter, quod subiicit Paulus in *l. 15. de tut. & curat. dat.*

Ad legem 15. de tutor. & curat. dat.

In omnem rem curator dandus est in eius tutoris locum, qui Reipub. causa abfuit.

IN omnem rem, inquit, curator dandus est, in eius tutoris locum, qui Reipub. causa abest. In omnem rem, id est, in omnem vtilitatem pupilli, non in lites tantum. In negotia omnia pupilli, in vniuersum patrimonium pupilli. Et curator, inquit, vt in *§. item si Reipub. Institut. de excus. tut.* Curator non tutor, si strictam iuris rationem sequimur, quia tutorem habenti, tutor dari non potest; & tutorem habet, qui habet absentem Reip. causa: nec enim definit esse tutor, sed excusatur tantum ad tempus ab administratione, *l. seq. hoc tit.* Sed placet etiam stricta iuris ratione insuperhabita, & in locum tutoris absentis reip. causa tutorem dari posse: neque enim illa regula est perpetua, sed perdit in plerisque causis suum officium, & vitiatur. Idque demonstrat *l. 3. §. si absfuturus, de suspect. tut. l. si tutor reip. de tut. & rat. distrah. l. quæsitum, de tutel. l. 1. C. in quibus caus. tut. hab. tut. det.* Loquor de absente reip. causa, nam in locum tutoris absentis alia ex causa, forte suæ rei causa, neque tutor, neque curator datur. Et ita est accipienda, quæ videtur huic obstare *l. 11. hoc tit. curator,* inquit, *pupillo, vel pupillæ non datur, si tutor eorum absfuerit, videl. non Reipub. causa.* Forte hoc scripsit Paulus ad tractatum de stipulatione iudicio sisti, quæ si reus, qui promisit iudicio sisti, abesse cœperit reip. causa, neque in eum committitur, neque in fideiussorem eius, *l. 6. sup. si quis caut.* vt scilicet ostenderet idem esse in stipulatione, rem pupilli saluam fore, quæ a tutore interponitur, nec committitur ob id, si aliquo tempore absfuerit reip. causa, nec tutelam eo tempore attigerit, sed de eo, quod gestum fuerit eo tempore, pupillo in eum est actio, cui tutor vel curator datus est in locum prioris tutoris absentis reip. causa.

Ad leg. 68. de verb. oblig.

Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses: certa est, & vtilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

MVltum interest scire an stipulatio certa sit, an incerta, quia non eadem ex vtraque datur actio. Ex certa datur certi condictio, ex incerta actio ex stipulatu, quæ & incerti, & incerta actio dicitur sæpe in iure nostro, & quia plenior & securior est stipulatio certa, quæ quantitatem continet certam, quam stipulatio incerta. Nam quantitas eius minui, vel obliterari non potest, & nullum actori, qui agit ex stipulatione certa, probationis onus incumbit. At incerta stipulatio sæpe ad exiguam, aut nullam summam redigitur, vel quia parum, aut nihil actoris interest, quod solum in eam stipulationem venit, vel quia difficile est actori probare, quanti sua intersit, *§. vlt. Instit. eod.* Vtriusque stipulationis certæ & incertæ exempla ponuntur

ponuntur in hac lege. Si certam pecuniam, puta. 100. stipulatus fuero, si pecuniam, quam spem faciebas te mihi crediturum, mihi non credidisses in negotia mea, certa est stipulatio pœnalis in centum, & valet, quia neque turpe, neque inciuile est, oblata officia pœnæ vinculo constringere: at si hoc tantum stipulatus fuero, te mihi pecuniam crediturum, incerta stipulatio est, quia si pecuniam mihi non credideris, mihi non competit ex illa stipulatione petitio vlla pecuniæ, aut pœnæ certæ, quam intendam mihi dari oportere, sed petitio eius, quod mea interest, creditam mihi pecuniam non esse: cuius probatio & æstimatio difficilis & incerta est, quia in facto consistit, siue pendet ex facto, siue ex qualitate negotij, quo de agitur, quæ plerumque in obscuro est, *l. vlt. de prat. stipul. l. quatenus, de reg. iur.* Stipulatio illa (*te pecuniam crediturum*) est in faciendo concepta, & in omnibus in faciendo conceptis stipulationibus venit id, quod interest, *l. 72. infr. hoc tit.* vbi, inquit, si quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, id est, æstimationem eius, quod interest actoris; denique litem pecunia æstimari oportere, vt quum quis a patre stipulatus est filiam in matrimonium sibi datum iri, ea vxore non data, ex Seruio Sulpitio Iurisconsulto Gellius refert lib. 4. c. 4. litem pecunia æstimari, & quanti interest eam vxorem dari, patrem stipulatori damnari, quia scilicet ea stipulatio in faciendo consistit. Et hæc est sententia huius legis, quam existimo Paulum adiunxisse iis, quæ hoc libro scripserat de stipulatione iudicio sisti. Quæ certa est, si certa pœna adiecta sit, ni iudicio statum esset, vt apud Liuium 3. *Sisti reum, & triginta millia æris, nisi sistatur, populo dari.* Incerta autem est, si nulla pœna adiecta, ita simpliciter concipiatur (*iudicio sisti se, vel alium pro quo quis interuenit*) incerta, inquam, est stipulatio, quia in eam venit, quanti stipulatoris interest reum sisti, *l. vlt. si quis in ius voc. non ierit, l. pen. si quis caut. l. 81. hoc tit.* Et quod refert ex prætoris edicto Vlpianus in *l. 2. §. vlt. qui satisd. cog.* in fideiussorem, qui non expressa certa quantitate aliquem iudicio sisti promisit, quanti ea res erit, actionem dari, recte interpretatur, referri ea verba ad veritatem, id est, ad id, quod reuera actoris interest, id est, quod actori ob eam rem abest, vel non abest, ad quantitatem æstimatam iureiurando actori præstito in litem; referri, inquam, ad quantitatem veram, non ad quantamcumque quantitatem ex actoris libidine & affectu: alioqui pœnalis esset actio, *l. 1. §. vlt. si quis ius dic. & l. pen. §. 1. D. ne quis eum qui in ius voc. est vi exim.* Eam igitur actionem, quæ datur in fideiussorem, iudicio sistendi causa datum, quanti ea res est, rem persequi, non pœnam. Quod & similiter dicitur de actione in factum, qua tenetur magist. municipalis, qui postulanti non curauit caueri damni infecti, *l. 4. §. in eum, de dam. infec.* Obseruamus igitur ex hac *l.* 68. stipulationem, *tot pœnæ nomine dari*, esse certam, quod & de qualibet stipulatione certæ rei, vel summæ dici potest, quæ modo sit in dando concepta, *l. vbi autem §. vlt. hoc tit.* Idemque dici potest de stipulatione, *te mihi* 100. *crediturum esse*, vel 100. *te mihi mutuaturum*, vel 100. *te mihi daturum*, quoniam id agitur, vt 100. dentur: nec enim est credita siue mutuata pecunia, nisi quæ datur, id est, quæ fit accipientis. Et inde etiam mutui nomen, vt Paulus noster paulo subtilius, σοῖγῶνεω, interpretatur. Stipulatione autem, non expressa certa quantitate, ita simpliciter concepta, *spondes te mihi pecuniam crediturum, vel mutuaturum, vel daturum mutui nomine:* nam non est, cur Glossa inter hæc differentiam statuat, spondes te mihi pecuniam crediturum, vel daturum, vel mutuaturum ad expedienda negotia mea, vel ad illam rem mihi emendam, stipulationem, inquam, illam, quia in ea non est expressa certa pecuniæ quantitas, esse incertam; & quia ita in faciendo, non in dando consistit, quum id quod dandum est, certo non demonstretur. Si igitur in negotio illo meo, me non iuueris tua pecunia, tanti mihi competit actio incerti, quanti mea ob eam rem interest, quod non feceris, quod te facturum promiseras & receperas. Ad hæc notandum, quod Accursius in hac l. obiter significat, eum, qui pecuniam credidit, nulla solutioni die prædicta, statim pecuniam repetere posse, non esse verum, quia alioqui nullus fuerit pecuniæ creditæ vsus, nulla vtilitas, si statim pecuniam creditam reposcere liceret. Commodatum statim repeti non potest, *l. in commodato §. si quid, commod.* mutuum quasi commodatum est. Illud, mutuum est ad vsum, hoc vero commodatum ad abusum, *l. item legato §. 1. de leg. 3.* Ergo interuallo aliquo iusto & moderato opus est, quo qui accepit, vtatur, vel abutatur, & abusus deinde conquirat, quod reponat. Et ita Bartolus recte hoc loco. Potest etiam ad cautionem iudicio sisti referri *l. 5. de verb. significat.*

Paul.

Ad legem 5. de verb. signif.

Rei appellatio latior est, quam pecuniæ; quoniam etiam ea, quæ extra computationem patrimonij nostri sunt, continet: cum pecuniæ significatio ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt. §. 1. *Opere locato, conducto: his verbis Labeo significari ait, id opus quod Græci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Potest etiam ad cautionem iudicio sisti referri hæc lex, quia certum est, ex edicto Prætoris, eam cautionem, siue stipulationem, si non sit expressa certa pœna, vel actionem, quæ ex ea competit, concludi quanti ea res est, vel quanti eam rem esse paret, *l. 2. §. vlt. l. 3. qui satisd. cog. l. pen. si quis caut.* Plus dixit Prætor rem dicendo, quam si pecuniam dixisset, quia vt ostendit hoc loco, latius patet rei, quam pecuniæ significatio. Pecuniæ significatio refertur tantum ad ea, quæ sunt in bonis nostris, in patrimonio nostro, vt in *l. 12. tab.* Paterfam. vti legassit super pecunia, tutelave suæ rei, ita ius esto: & in alia lege, vt qui prodigus existeret, ei prætor causa cognita bonis eius interdiceret, inque ipsius pecunia agnatorum gentiliumque potestas esset. Rei autem significatio refertur non tantum ad ea, quæ sunt in bonis nostris, in dominio nostro, sed & ad ea, quæ sunt tantum ex bonis nostris, veluti ad rem locatam nobis, vel pigneratam, vel a nobis bona fide possessam iusta ex causa, vel ad eam, cuius vsusfructus ad nos pertinet. Et ita explicandus est hic locus Glossa circumscripta ex *l. 2. §. in hac actione, vi bon. rapt.* Hæc sunt extra computationem nostri patrimonij: nec enim res locata, aut pignerata nobis, aut fructuaria, aut bona fide possessa, dominij nostri est. Et hæc tamen si petituri sumus, hæc si in litem deducamus, recte agimus eorum nomine ex stipulatu iudicio sisti, quanti ea res erit: nam & rei appellatione illa continentur, quæ tamen non continerentur pecuniæ appellatione: proinde augendæ orationis gratia in *l.* Falcidia scriptum est, *quas pecunias, quasque res*, itemque in definitione bonorum possessionis, *l. 3. de bon. possess.* persequendi patrimonij siue rei. Sequitur in hac lege §. 1. *opere locato vel conducto*; videtur hic locus accommodari posse edicto, *quod quisque iuris*, de quo Paulus tractauit libro sequenti, & Vlpian. quoque, & Caius prioribus libris ad edictum de eo tractarunt. Ac forte, vt in Cod. Theodos. & in Cod. Iustinian. euenit sæpe, vt inscriptioni legis respondeat prima pars tantum legis, non extrema, & e conuerso, vt inscriptioni extrema, non prima: ita sæpe deprehendimus in his libris ad edictum, primam partem legum respondere numero inscriptioni præfixo, extremam vero partem non esse ex eodem libro, sed ex sequenti, vel ex alio. Ita vero commodissime hic locus de opere locato conducto referri potest ad edictum, *quod quisque iuris statuerit*, in quo, vt ait *l. 1. §. vlt. eod. tit.* verbum, *statuerit*, significat rem perfectam, & consummatam, iniuriam (inquit) non cœptam, quod idem dici potest fere de omnibus verbis iuris, vt cum dicitur, libertum Latinum ius Quiritium consequi, si Romæ domum ædificarit, apud Vlp. *lib. reg. tit. 3.* eod. verbo significamus consummatum ædificium, quod iam in vsu esse possit, *l. ædificia, inf. hoc tit.* Et similiter, vt ostendit hoc loco,

cum locatur conducitur domus construenda, vel quod aliud quodcumque opus faciendum, his verbis significatur consummatio operis, ἐντελεία, siue, vt ait, ἀποτέλεσμα, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum, non τὸ τυχὸν ἔργον, veluti impositio vnius, vel alterius cæmenti, opus inchoatum, imperfectum, informe. Et eleganter illa lex, *si is, qui quadringenta §. vlt. ad leg. Falcid.* non videri eum opus fecisse, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit. Et huic loco conuenienter, *l. ea lege §. vlt. loc.* opere locato conducto, vniuersitatem consummationis ad conductorem pertinere, vbi Basilica habent, τὸ ἀποτέλεσμα τοῦ ἔργου πρὸς τὸν μισθωτὴν φέρεσθ.

Ad legem 7. de verb. signif.

Sponsio appellatur, non solum quæ per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque.

PVto etiam ad cautiones iudiciarias pertinere hanc legem, quæ est ex eod. libro. Sponsio, inquit, appellatur non solū, quæ per sponsus interrogationem fit: sed omnis stipulatio, promissioque. Inter stipulationes iudiciarias vna erat, quæ specialiter sponsio dicebatur, qua reus actorem prouocabat, lacessebat, stipulando certam pecuniam, quam amitteret, nisi probaret intentionem suam, vt Asconius declarat 3. in Verrem, & vicissim actor reum prouocabat, æque restipulando ab eo certam pecuniam, ni vinceret, & plerumque stipulabantur tertiam, vt in oratione pro Roscio Comœdo, aut frequentissime decimam partem litis æstimatæ; vt in §. *hac autem, Institut. de pœna temere litig. l. 2. §. antiqua, C. de iureiur. propter calumniando, & Nouella* 112. Ad hanc cautionem, quæ sponsio dicitur, & mutua sponsio est, Paulus notauit, etiam generaliter sponsionem dici, omnem aliam quamcumque stipulationem & promissionem, nedum illam, qua aduersarius aduersarium prouocat initio litis calumniæ plectendæ causa, quæ, *vt ait*, per sponsus interrogationem fit, nimirum hoc verbo *Spondes, spondeo.* Vnde ex sponsu dicitur actio: ergo & quæ fit hoc verbo, *promittis*, vel *fide promittis*, *fideiubes*, vel *dabis*, aut *facies*, vel *dari fieri, sisti*, sponsio dici potest, quæ per *sponsus* interrogationem fit: Sic enim recte Florentini scriptum habent: & per sponsus, id est, per interrogationem eius, qui vicissim roget, & rogetur pecuniam certam, vt in stipulationibus, aut in sponsalibus futurarum nuptiarum, quoniam vtrinque fit stipulatio, siue restipulatio potius. Et hoc significari sponsus nomine demonstrat Varro 5. & 6. *de ling. Lat.* his verbis: sponsus contra sponsum rogatus.

Ad legem 106. de reg. iur.

Libertas inæstimabilis res est.

HÆc lex potest etiam bellissime referri ad stipulationes illas iudiciales, si seruum, de quo noxalis actio erat, iudicio sisti promisero, & sine facto meo manumissus fuerit, non teneor ex stipulatu, ne in æstimationem quidem, quia liberi hominis, id est, manumissi nulla æstimatio fieri potest: libertas res est inæstimabilis, libertas res est sine pretio pretiosa, res quæ pecunia lui aut reparari non potest, *l. 9. §. pen. de statuliberis.* sed noxa manumissum sequitur, *l. pen. si ex noxali causa ag.* Iam si quis procurator alieno nomine libero homini faciat controuersiam status, in stipulatione rem ratam haberi liber homo comprehendere debet certam summam, quam procurator amittat, si dominus rem ratam non habuerit: certam, inquam, summam; alioqui non adiecta certa summa liber homo nihil ex stipulatu consequeretur, quia libertatis, de qua periclitatus est, infinita æstimatio est. Quæ est sententia legis *procurator §. vlt. rem rat. hab.* qua ratione, vt opinor, etiam, qui ex testamento libertatem accipit, nec præterea legatum aut hereditatem cepit, nullo fideicommisso onerari potest, quia libertas quam accepit, nullam æstimationem recipit, *l. plane si filium §. vlt. de leg. 1.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Libr. tertium Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 9. de iurisdict.

Si familia alicuius album corruperit; non similiter hic edicitur, vt in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, vnius nomine præstiterit, quantum liber præstaret, fortasse quia hic & contempta maiestas prætoris vindicatur & plura facta intelliguntur: quemadmodum cum plures serui iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt: quia plura facta sunt; non vt in furto vnum. Octauenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curauerint, vt ab alio album corrumperetur: quia tunc vnum consilium fit, non plura facta. Idem Pomponius libro decimo notat.

SAtis perspicuum est, hanc legem pertinere ad edictum de albo corrupto, quod etiam Vlpianus proposuit *lib. 3. l. 7. hoc tit.* Illo edicto non tantum liber homo continetur, qui corrupit album prætoris; sed etiam seruus & familia, qui quæue id fecit. *Familia*, id est, grex seruorum, qui sub vnius domini potestate sunt. Verum eo nomine pro seruis noxalis actio albi corrupti in dominum non competit, sed si a domino non defendantur, in ipsos seruos datur actio extra ordinem, inflicta & irrogata pœna corporali, nam pecuniaria in seruos non cadit, *l. 7. hoc tit.* Cur vero ex hac causa non est in dominum actio noxalis? An (quod Accursius, qui profecto rationem huius legis non præuidit, tentat in *l. 3. §. penult. de sep. viol.*) an igitur, vt ille tentat, quia de albo corrupto popularis actio est, quod est verum, non actio priuata; & in priuatis tantum actionibus, quæ oriuntur ex priuatis delictis, videtur adiici clausula noxalis, vt scilicet dominus, quo cum agitur, vel subeat litis æstimationem pro seruo, aut seruis, vel eos in noxam dedat: An igitur hæc est ratio, propter quam ex causa albi corrupti, non est in dominum eius, qui corrupit, noxalis actio? Minime, nam actio ex edicto de deiectis & effusis, proculdubio est popularis, si seruus insciente domino fecisse dicetur noxalis est, ergo & popularis actio noxalis est, nedum priuata, *l. 1. §. 1. l. 5. §. prætor ait, de iis qui deiecerunt, vel effud.* Si, inquam, vt hoc explicem solertius & verbosius, seruus ex cœnaculo, in quo dominus habitat, deiecerit vel effuderit aliquid, quod transeunti nocuerit; vel etiam, si quid seruus ibi posuerit, aut suspensum habuerit, cuius casus periculosus sit, in dominum est actio noxalis, non etiam, si seorsum a domino seruus habitarit, & ex cœnaculo, in quo seruus habitabat seorsum quadam alia parte vrbis alius deiecerit, vel effuderit aliquid, non ipse seruus, eo scilicet nomine non est in dominum noxalis actio, quia cum serui nulla sit noxia in ea re, id est, nullum factum, non potest de eo in dominum noxalis actio esse: sed quia tamen in ea re vertitur culpa serui, quod eos scilicet in habitationem suam receperit, qui id fecerunt, seruus culpæ nomine, quod parum sibi cauerit, extra ordinem officio iudicis coërcetur *l. 1. §. cum seruus, de iis qui deiec. vel effud.* Et hæc quidem ita se habent in actione populari ex edicto de deiectis & effusis. At alia est actio popularis de sepulchro violato,

violato, quæ tamen, si seruus in sepulchro alieno habitauerit, vel ædificauerit habitandi causa, iuxta vel supra sepulchrum, in dominum non est noxalis, sed in ipsum seruum datur actio, quasi ex maiore delicto, actio sepulchri violati, *l.3.§.pen.de sep.viol.* vt scilicet in corpus torqueatur ob eam rem: quod Græci notant in hoc loco, ὥστε σωφρονίζεσθαι αὐτὸν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ, *vt a iudice corrigatur, castigetur, d. l.1. §. cum seruus.* datur, inquam, eo nomine actio in seruum, extraordinaria scil. vt in corpore luat pœnam. Ordinaria actio cum seruo nulla est, *l.cum seruo nulla, de reg.iur.l. quoties, si quis cautionibus l.44.de iudiciis.* Extraordinaria potest esse, non tam in seruum, quam in corpus seruile. Quo sensu etiam actiones quædam, quæ sunt ex priuatis delictis & priuatæ, non populares, dicuntur in seruum dari, id est, in serui corpus extra ordinem, veluti de damno in turba dato, *l. 4. §.pen.vi bon.rapt.* Et de damno dato ex incendio, ruina, naufragio, rate, naue expugnata, *l. 1. §.1. de incend. rui. & nauf.* Ex his causis dicuntur dari actiones, extra ordinem scilicet, in seruum, & in familiam. Vno tamen casu actio sepulchri violati est noxalis, quasi ex minore noxia, non in ipsum seruum, qui casus proponitur in *d. l. 3. §.pen.de sep. viol.* puta si in sepulchro seruus neque habitat, neque ædificauit, sed domunculam, vt ait illo loco (quamuis Grammatica exigat, vt potius domiculam dicamus) sed, inquit, domunculam ibi habeat, neque in ea habitet tamen. Aliud est ædificium, aliud domuncula. ædificium est κατασκεύασμα, domuncula est ἔργον. ædificium effectus: domuncula, actus fere non effectus. Et si domunculam, inquit, ibi habeat, si modo habere posse videatur. Hæc sunt verba. Placet valde exceptio illa siue προσδιορισμὸς, *si modo habere posse videatur,* quia ipso iure nihil proprium sane seruus habere potest, sed habere tamen nonnunquam videtur, veluti somno conniuentibus oculis domini, vt ait lex 4. §. 1. *de manumiss.* cum permittente domino quasi testamentum faciat, apud Plinium 8. epist. Porro ex ea *l.3.§.pen.* intelligimus, actionem sepulchri violati, quæ est popularis, regulariter non esse noxalem, & illo vno casu esse noxalem. Videndum nobis illud restat, cur actionum popularium aliæ sint noxales, in dominum scilicet; vt de deiectis & effusis, & illo casu de sepulchro violato: aliæ non sint noxales in dominum, sed in corpora ipsa seruorum dentur, in terga, in scapulas exerceantur, vt de albo corrupto, & regulariter de sepulchro violato. Cur item ex priuatis actionibus, quæ ex priuatis delictis nascuntur, quæ plerumque solent esse noxales, quædam non sint noxales, sed eæ quæ in corpora seruorum exerceantur, veluti de turba, de incendio, ruina, naufragio. Ratio varietatis, vt breuiter absoluam, pendet ex edictis, quibus actiones proditæ sunt. pro qualitate admissi, siue noxiæ, Prætoribus visum est, alias facere noxales, alias non item: nec alia ratio varietatis quærenda est, neque enim vlla est actio noxalis, nisi quam edicto nominatim prætor noxalem fore edixit; non arbitratu, aut interpretatione nostra actiones fiunt noxales: sed tota hæc res pendet ex edictis. Igitur si seruus album Prætoris corruperit, nec dominus eum defendat, corpus serui torquendum est. Sin autem dominus eum defendat, pro eo inferre debet pœnam edicto comprehensam, quingentorum aureorum, *l.7.hoc tit.* At quid si plures serui eiusdem domini, quid si familia album corruperit, & dominus familiam defenderit? Videamus quatenus dominus teneatur, an satis est dominum semel inferre quingentos aureos, perinde atque si vnus tantum seruus deliquisset, non plures? Quod posset tentari hac ratione, quia familia, cum sub vnius potestate sit, vnius personæ vice fungi videtur, tamquam eodem vinculo potestatis vinciente omnes, & faciente vnum corpus, & quasi vnum hominem ex multis. Qua ratione & pater vna cum filiis pluribus, qui in eius potestate sunt, vnus homo esse censetur, vna persona, vnum corpus. An vero si familia album corruperit, & dominus eam defendere paratus sit, an pro singulis seruis, dominus debeat inferre aureos quingentos, veluti pro tribus mille & quingentos, pro quatuor, duo millia? Et Paulus ostendit in hac *l. 9.* quot sunt serui, qui proterue album Prætoris corruperunt, tot dominum, qui eos defendit, pro numero eorum ex edicto debere pœnas dependere, quia securitate opus est in maiestate Prætoris vindicanda, & quia reuera plurium plura facta sunt. Plures igitur pœnas exigunt, plura remedia: nam pœnæ sunt remedia delictorum. Nam & ita si familia iniuriam priuato homini fecerit, quot sunt personæ iniuriam facientium, tot iniuriæ, tot facta sunt, & toties sufferre dominus debet litis æstimationem, *l. si plures, de iniuriis,* si eos noxæ dedere nolit: nam actio iniuriarum noxalis est. Verum obstat & turbat, quod habetur in edicto, *si familia furtum fecisse dicatur,* si familia furtum fecerit, satis esse a domino præstari pœnam semel dupli vel quadrupli, quæ præstanda foret, si vnus tantum furtum fecisset. Cur non idem seruatur, quum familia corrupit album Prætoris, vel quum priuato homini iniuriam fecit? Dico quod & verissimum est, illo edicto, *si familia furtum;* Prætorem specialiter (& ideo datur specialis titulus) dominis prospexisse, ne serui, quibus hoc ingenitum est, vt furaces sint, vnde & seruile probrum pro furto apud Cornel.Tacit.1.Annal. *Seruili,* inquit, *probro respersus est, tanquam scyphum aureum in conuiuio Claudij furatus:* ne, inquam, serui dominos euertant omnibus fortunis suis, vel vnum tantum furtum faciendo, furtum vnius rei, si ob id dominus, vel omnes noxæ dedere cogatur, qui forte seruos tantum in patrimonio habet, vel pro singulis eandem litis æstimationem offerre. Plura quidem sunt furta, si familia furtum fecerit, quamuis vna tantum sit res, quæ subripitur, quia plures sunt personæ, quæ furtum fecerunt, sed beneficio edicti Prætoris habita ratione dominorum, vnum factum tantum esse intelligitur, vt vnam tantum pœnam domini pro seruis exoluant. At rursus turbat, quod est certum, si familia damnum iniuria dederit alij, satis esse a domino præstari, quod præstandum foret, si vnus tantum damnum dedisset, *l.1.§. vlt. si fam. furt. fec. dic. l. illud, ad leg. Aquil.* Sed vt respondeam, quæ ratio est edicti, *si fam. furt. fec. dicatur.* in actione furti, eadem versatur, & valet in actione damni iniuria dati ex lege Aquilia, ne ob damnum, quod vni rei illatum est, dominus tota sua familia, totoue suo patrimonio careat. Quid igitur est, quod ait Paulus hoc loco? *si familia damnum dederit, plura esse facta,* veluti si familia iniuriam fecerit, vel si album Prætoris corruperit, non vnum factum, sicut si furtum fecerit. Admittit Paulus, quod est in illo edicto, vnum factum esse intelligi, si familia furtum fecerit. At idem non admittit, si familia damnum dederit. Sed & hoc casu vult plura esse facta, sicut plura sunt facta, si familia album corruperit, vel si conuitium homini priuato & iniuriam fecerit. Hoc vero ita explicandum esse censeo. Respicit Paulus hoc loco ad id, quod in re est, in veritate, quia reuera si familia damnum dederit, plura sunt facta, nec vlla est lex, vllumve edictum, quæ quodue hoc specialiter caueat, sicut in furto, vt pro vno facto habeantur; si familia furtum fecerit, id pro vno facto habetur, quia edicto cautum est. si familia damnum dederit, id non habetur pro vno facto, quia id nullo edicto cautum est. Benigna tamen interpretatione receptum est, vt & in hoc casu, videlicet cum familia damnum dederit, domino subueniatur, quia vt dixi, eadem ratio interuenit in damno dato, & in furto facto, & quia, vt ait *d. l. illud, ad l. Aquil.* plerumque damnum ob delictum, quod ex lege Aquil. venit, in leui re versatur atque consistit, & non ex dolo, sed ex culpa facientis, aut facientium proficiscitur. Et ideo æquum est, vt & damnum a familia datum, sicut furtum, pro vno facto habeatur, quamuis id nullo edicto specialiter expressum, & cautum sit. Eandemque benignitatem Octauenus, vt Paulus hic refert, extendebat ad causam albi corrupti: sed refellitur Octaueni sententia, & præualet durior sententia, venerandæ & vlciscendæ prætoriæ Maiestatis causa, vt scilicet, quia sunt plura facta, etiam plura esse delicta intelligantur, & plectantur vt plura, cum & vindicandæ iniuriæ

priuato factæ causa, si familia iniuriam fecerit, plura facta non tantum sint, sed etiam esse intelligantur *d. l. si plures, de iniuriis.* Vnde sic statuamus, familia iniuriam faciente priuato, vel prætoris albo corrupto, & plura facta esse & intelligi: familia autem furtum faciente, vel damnum iniuria dante, plura quidem facta esse in veritate, sed ex æquo & bono propter vtilitatem dominorum non intelligi plura, sed vnum, domini alleuandi gratia. Et differentiæ rationem hanc esse, quia grauior est iniuria & atrocior imminutæ & contemptæ maiestatis prætoriæ, imminuti honoris alieni, quod fit illata iniuria imminutæ dignitatis alienæ; Et certe tanto grauior est, quanto a pluribus admittitur, *d. l. si plures.* grauior est iniuria, quæ tibi fit a pluribus, si plures te pulsauerint, quam si vnus te pulsauerit tantum: non grauius est furtum neque grauior causa imminuti patrimonij, furto facto, vel damno dato a pluribus: neque enim numerus plurium delinquentium efficit, vt ratio damni crescat. Nam re mea mihi subrepta, aut deteriore facta a pluribus, non plus damni mihi fit, non plus damni patior, quam si vnus fecerit. At longe grauius læditur honos meus, si plures, quam si vnus tantum mihi conuitium dicat, vel quid aliud faciat, quod pertineat ad iniuriam meam. Idemque est in contumelia prætori facta multo magis. Et ideo facile patimur furtum vel damnum, quod familia fecit vel dedit, pro vno facto haberi: non item contumeliam prætoris aut priuati. Et vno tantum casu in causa albi corrupti, Paulus adiicit hoc loco, Octaueni sententiam esse probandam, si familia non corruperit album prætoris, sed curauerit ab alio corrumpi, quia tunc verum est, familiæ vnum esse consilium, vnum eundemque motum animi, non plures. Quum autem ipsamet familia album corrupit, plura sunt facta, & quidem audaciora, plures manus, plures offensæ. Et ideo hoc casu, non est probanda Octaueni sententia, qui & ex eo existimabat, benigne plura facta pro vno habenda esse. Et si animus est, consule de hac re lib. obseruat. 8. *cap.* 20.

Ad leg. 4. de popular. act.

Popularis actio integræ personæ permittitur, hoc est, cui per edictum postulare licet.

AD hæc vero, me auctore etiam coniunge *l.* 4. *de pop. act. inf.* quæ est ex eod. lib. Pauli. nam quũ de actione albi corrupti hoc libro tertio tractaret Paulus, quæ popularis est, *l.* 7. *de iurisd.* docuit, eam patere omnibus, qui scilicet integræ frontis, opinionis & existimationis sunt, non infamibus & ignominiosis, qui ex edicto, vt postulare non possunt, ita nec vllo populari iudicio experiri possunt. Non posse infames postulare constat ex *l.* 1. § *ait prætor, de iis, qui not. inf.* Et ratio est optima, quia ordo aduocatorum, qui postulant pro aliis, est seminarium dignitatum, vt ait eleganter Valentinianus *in Nou. de postulando,* & infames in perpetuum omni dignitate priuantur, omnique spe perueniendi ad dignitatem, *l.* 8. *de interd. & releg. l.* 1. *ad l. Iuliam de vi priuata. l.* 2. *C. de dignit. lib.* 12. *l.* 8. *C. de decurionibus. l.* 3. *C. de re militari.*

Ad legem 2. quod quisque iuris.

Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri. Nam si adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori.

EX hoc edicto punitur dolus malus magistratus, qui aliter ius dixit, quam oporteat. Et ita punitur, vt & ipse, postulante quocumque aduersario, cum quo ei res sit, quandoque priuatus, idem sibi ius dici patiatur. Dolus, inquam, malus magistratus punitur, imprudentia eius vel imperitia non punitur, puta si per imperitiam iuris & legum ius iniquum statuerit, & adsessoris eius, siue consiliarij imperitia, quæ vtique culpæ adnumeratur, vt est in regula iuris, & imputatur iis, qui se iurisperitos esse præ se ferunt, adsessoris, inquam, imperitia punitur ex hoc edicto, in persona scilicet ipsius adsessoris, non in persona magistratus. Quia quod consilio eius iuris dixit magistratus, id ipse adsessor dixisse videtur, qui in partem magistratus habetur, vt Cassiodorus ait 11. variarum, ex *l. omnis. C. Theod. de iis qua administ. vel gerentibus tradita sunt,* quæ lex ait, adsessorem esse quandam vniuscuiusque iudicis portionem. Ratio autem differentiæ inter iudicem siue magistratum & adsessorem, vt imperitia magistratus hoc edicto non puniatur, sed adsessoris eius imperitia puniatur, hæc est; quia adsessor præstare debet scientiam iuris & legum: neque enim vllus est adsessor, qui se non profiteatur esse iurisperitum, alioquin in consilium magistratuum non adsumeretur, *l.* 1. *sup. de offic. adsess. l.* 1. *C. de adsess.* magistratus autem neque profitentur, neque præstare debent scientiam iuris, quia plerumque ex nobilibus erant, & principibus ciuitatis, ex militaribus viris, vt apud nos, præsides Prouinciarum, aut Senescalli, quibus curæ magis sunt arma, quam leges, ex iis pauci iurisperiti reperiuntur. Atque ideo adsessores sibi optant, quorum in iure dicundo consilio vtantur. Iuris imperitum iurisdictioni præesse nihil vetat, sed adhibere in consilium debet certum numerum adsessorum. M. Tullius *in orat. pro Plancio: In magistratibus,* inquit, *si qua est ars, pop. Rom. facile patitur, sin minus: virtute eorum & innocentia contentus est. Quotus enim quisque disertus, quotusquisque iurisperitus est?* Significans plane ex magistratibus paucos esse iurisperitos, qui tunc iuri dicundo præerant. Quamobrem, quæ datur actio in factum aduersus iudicem, qui per imprudentiam male iudicauit, *l. vlt. de extraord. cognit.* non est existimandum, eam dari aduersus magistratum, qui non debet præstare peritiam iuris, sed dari aduersus iudicem datum, quia & iudices, qui dabantur a Prætore vel Præside in singulis causis, ex numero iurisperitorum erant. Ideoque vt est in Nou. 82. iudices dati, id est, pedanei, præstare debent scientiam, νόμων, καὶ πείρας πείραν vocat continuatam & tritam meditationem vsus forensis. Igitur iudices dati præstare debent scientiam legum, & scientiam illius trituræ forensis. Ab hoc edicto transeamus ad edictum de edendo.

Ad legem 2. de edendo.

Si legatum petatur, non iubet prætor verba testamenti edere. Ideo fortasse, quia heredes solent habere exemplum testamenti.

AD edictum de edendo pertinet ex eod. libro Pauli *l.* 2. *&* 7. *&* 9. eiusdem tituli. ex iis quatuor tres explicaturus sum. Porro ex edicto, aut ex eius parte prima, qui aduersus alium acturus est, ante omnia ei debet edere genus actionis, qua experiri instituit, *l.* 1. *in princip. hoc tit. l. edita, C. eod. l.* 33. *inf. de iudiciis.* Edere etiam ei debet instrumenta litis futuræ, quibus in litigando vsurus est, veluti chirographa, vel tabellas, & auctoritates prædiorum, vel rationes accepti & expensi, vt *l.* 5. *&* 6. *C. eod. tit.* non quidem ipsa authentica, id est, originalia edere debet, sed exempla eorum, siue ἀντίγραφα, aut descripta, *l. exempla h. tit.* quod *& l.* 1. § *editionis h. tit.* demõstrat. quę ait ea edi debere sine die & consule. ergo exempla non authentica. nam authentica non ederentur sine die & consule. Et hinc pendet ratio *l.* 2. *h. tit.* quæ est Paul. Sententia legis est, legatarium qui vult agere ex testamento aduersus heredem, hoc edicto non posse heredem compellere, vt edat sibi testamentum, quo sibi legatum relictum est, non posse, inquam, legatarium heredem cogere, denique legatario agente aduersus heredem ex testamento, hoc edicto heredem non cogi edere verba testamenti, quia heres, inquit, habere solet exemplum testamenti: frustra, inquit, quis desiderat sibi edi quod habet. Qua de causa maxime, qui desiderat sibi edi instrumenta iurare debet, se calumniæ causa id non desiderare. Quid enim, inquit *l.* 6. § *exigitur, hoc tit.* si postulet sibi edi, quod habet vexandi aduersarij causa? Ergo frustra etiam

etiam desiderat heres a legatario agente ex testamento, sibi exhiberi, vel edi testamentum, quia exemplum eius solet heres apud se habere. Vix enim aut ne vix quidem quisquam adit hereditatem, antequam testamentum aperuerit, inspexerit, descripserit. Et hæc est sententia legis 2.

Ad leg. 5. & 7. de edendo.

L. 5. Spatiumque ad perferendas eas tribuendum est.

L. 7. Veluti si peregre habere, quod primum editum est, doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdiderit. nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit. §. 1. *Hæc vox iterum duas res significat, alteram qua demonstraretur tempus secundum, quod Græci δεύτερον dicunt: alteram quæ ad insequentia quoque tempora pertinet, quæ Græce dicitur πάλιν. quod ita accipitur quotiens opus erit. Nam potest fieri vt bis editam sibi rationem quis perdiderit, vt verbum* iterum *pro sæpius accipiatur.*

ALia vero parte edicti Prætor argentarios siue τραπεζίτας iubet postulantibus, & similiter iurantibus, se non calumniæ causa postulare, rationes edere, quæ ad eos pertinent (& quodammodo eorum instrumenta sunt rationes) puta authentica ipsa rationum, codices ipsos rationum, siue exempla eorum adiecto die & consule, *vt l. 4. in prin. h. tit.* Et cur edat, aut edere cogatur argentarius instrumenta rationum adiecto die & consule, nec tamen instrumenta litis edat actor adiecto die & consule, si scire a-ues, adi si placet obseruat. 10. *cap.* 14. Hac igitur parte edicti Prætor iubet argentarios edere rationes iis, quorum causa eas confecerunt, vnde illi se instruant, & comparent, vel ad agendum aduersus argentarios, vel aduersus alios, siue ipsi argentarij adhuc faciant argentariam, siue desierint facere, eoque nomine prætor in argentarium, successoresque eius pollicetur actionem in factum in id, quod interest, *l. 4. & 9. §. vlt. & l. 10. hoc tit.* Argentarij non sine magno quæstu in foro multorum pecunias, cautiones, nomina tractabant, exercebant, occupabant, & omnes actus sui rationes conficiebant, quas edere compellebantur iis, quorum intererat, qui fidem eorum, quasi publicam elegerant, vel secuti erant. Et inde *l. 10. hoc tit.* officium argentariorum, atque etiam ministerium publicam habere causam, & hanc principalem eorum operam esse, vt actus sui rationem diligenter conficiant, vt scilicet præscribant, quas, cuius pecunias, quo die, quo consule acceperint, crediderint, fœnori occupauerint, quarumque pecuniarum nomina fecerint cum aliis, quas soluerint, quas receperint se soluturos pro aliis. Quod & Demosthenes ostendit aperte in oratione πρὸς Τιμόθεον illo loco, Οἱ τραπεζῖται εἰώθασιν ὑπομνήματα ἐκφέρειν, &c. Illa autem actio in factũ, quæ datur in argentarios, qui detrectant edere rationes, postulantibus & iurantibus, vt dixi, in argentarios intenditur illo in loco, quo officium illud suum administrauerint, quo argentariam exercuerint, eo scilicet loco coguntur codices rationum edere & exhibere, & eo nomine conueniri possunt eo loco, quo mensam argentariam fecerint, quo mensam argentariam in foro positam habuerint, ac si forte rationes in aliam prouinciam transtulerint, coguntur suis sumptibus eas in illum locum referre, quo argentariam fecerunt, quo mensam argentariam in foro positam habuerunt *l. heres. §. 1. l. argentarium, infr. de iudic.* At si quis aduersus eos agat alio loco, quam quo officium illud publicum administrauerint, vbi actus sui rationem habent, non compelluntur ad editionem, quia incongruo loco cum his agitur, nisi forte actor desideret suis sumptibus, & suo periculo in eum quo agit locum rationes perferri, & æque suis sumptibus sibi earum exemplum edi, *l. 3. §. vlt. h. t.*

Ad leg. 5. de edendo, cuius verba supra posita sunt.

QVo casu Paulus subiicit in l. 5. omnimodo dandam esse argentario dilationem ad perferendas rationes a loco, in quo confectæ sunt, vbi est mensa argentaria, vbi exercetur, vbi ἀργυροπρατεῖον, in eum locum, quo agitur, illo, *inquam*, casu, quo alibi petitur rationes edi, quam vbi confectæ sunt, non temere danda est dilatio argentario, qui eas transtulit in alium locum, sed causa cognita, *d. l. argentarium*, quia plerunque argentarij frustrandi & fraudandi causa simulant se alibi codices rationum habere, vel etiam dolo malo eos in alium locum transferunt, quibus non est æquum, vllam dilationem dari: sed protinus, nisi edant, damnandi sunt in id quod interest, quia & in hoc maxime deliquerunt, quod alio rationum instrumenta transtulerint, quam quo loco eas confecissent. Eodem vero edicto Prætor declarat, se non iussurum edi iterum rationes mensæ argentariæ ei, cui iam semel editæ fuerint, nisi ex iusta causa, *l. 6. §. vlt. h. t.*

Ad l. 7. eod. tit.

IVstæ causæ exempla tradit Paulus in l. 7. Si peregre habeat exemplum, quod sibi primum editum est, quo nunc maxime indigeat: vel id casu maiore vel (vt Caius Manilius loquitur) forte magistra amiserit, veluti, incendio siue ruina, aut naufragio, non culpa sua, vel etiam si prior editio manca fuerit, & imperfecta: ex iis causis quia iustissimæ sunt, etiam iterum rationes argentariæ mensæ eidem edi iubebit prætor. Idem Paulus *in l. 7.* quia Prætor ait, ei qui iterum rationes mensæ argentariæ edi postulauit, causa cognita edi iubebo, docet hanc vocem, *iterum*, duas significationes habere. Alteram, qua demonstratur tempus secundum, & quod Græcis est δεύτερον, siue ἐκ δευτέρου *pour la seconde fois, vt in l. cum plures §. vlt. de reb. auct. iud. pos.* creditoribus missis in possessionem bonorum debitoris concessam semel recognitionẽ & dispunctionem rationum eius, iterum permitti, si iurauerint, non calumniæ causa se postulare, nec habere, quod prius dispunxerint & disputauerint, nec amplius, quam bis permitti: ergo illo loco δεύτερον est, *iterum* non permitti, nisi vna & altera vice. Alteram vero significationem huius vocis *iterum* non solum tempus secundum demonstrare, sed & insequentia tempora, vt *iterum* pro sæpius accipiatur, quotiens opus erit, vt Græcis πάλιν, siue, εἰς τοὐπίσω, quod Gallice dicimus *derechef*. Et hoc sensu in hoc edicto *iterum* accipitur, quia ex causa etiam amplius quam bis, vel decies easdem rationes, ex causa, *vt dixi*, prætor edi iubebit. Et sic etiam iterum accipitur in *l. oratione, supr. tit. prox. de feriis*, oratione Diui Marci instrumentorum causa, non amplius, quam semel dilationem dari, sed vtilitatis litigantium gratia, causa cognita & iterum dilationem dari, id est, iterum atque iterum, ex eadem prouincia vel ex alia, maxime si quid inopinato emergat, & iusta causa interueniat.

Ad leg. 9. de edendo.

Quædam sunt personæ, quas rationes nobis edere oportet: nec tamen a prætore per hoc edictum compellentur, veluti cum procurator res rationesue nostras administrauit, non cogitur a prætore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem, & cum dolo malo socius negotia gessit, prætor per hanc clausulam non interuenit: est enim pro socio actio, sed nec tutorem cogit prætor pupillo edere rationes, sed iudicio tutelæ solet cogi edere. §. 1. *Nihil interest, si successores, aut pater aut dominus argentarij eiusdem fuerunt professionis: quia cum in locum & in ius succedant argentarij, partibus eius fungi debent. Is autem, cui argentarius rationes suas legauit, non videbitur contineri: (quia iuris successor his verbis significatur) non magis, quam si ei viuus eas donasset. Sed nec heres tenebitur, cum non possideat, nec dolo malo fecerit. Sed si ei, antequam eas legatario traderet, renuntiatum fuerit, ne ante eas tradat, tenebitur, quasi dolo fecerit. Item antequam eas tradat, tenebitur. Quod si nihil dolo fecerit: causa cognita legatarius cogendus est edere.* 2. §. *Nummularios quoque non esse iniquum cogi*

rationes edere, Pomponius scribit: quia & hi nummularij sicut argentarij, rationes conficiunt: quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partes, quarum probatio scriptura, codicibusque eorum maxime continetur, & frequentissime ad fidem eorum decurritur. 3. §. *Cæterum omnibus postulantibus & iurantibus, non calumniæ causa petere, rationes, quæ ad se pertineant, edi iubet.* 4. §. *Ad nos enim pertinet, non tantum cum ipsi contraximus, vel successimus ei, qui contraxit, sed etiamsi is, qui in nostra potestate est, contraxit.*

IN hac lege persequitur Paulus materiam edicti de edendis ab argentario rationibus, postulante eo, ad quem pertinent, cuiusve causa confectæ sunt, & de act. in factum in id, quod interest, quæ eo nomine in argentarium datur, qui dolo malo eas non exhibet. Ac primum quidem ostendit *in h. l. cur eod. edicto.* vt in argentarios, ita in alios etiam, qui rationibus edendis, & reddendis obnoxij sunt, eadem actio non detur. Rationibus edendis & reddendis obnoxius est procurator, vel gestor, qui res, vel negotia nostra administrat, vel socius, qui communes, vel tutor, aut curator, qui pupilli vel adolescentis. Cur in eos, qui pariter rationes nostras administrauerunt, sicut in argentarios ex hoc edicto, id est, ex hac parte edicti, non datur, vel, vt infra ait, ex hac clausula edicti, non datur actio in factum? nempe, quia in hos comparatæ sunt propriæ & speciales actiones: in procuratorem actio mandati: in gestorem, qui procurator & amicus voluntarius dicitur, actio negot. gestor. in socium actio pro socio: in tutorem actio tutelæ: in curatorem vtilis actio negot. gestor. nulla vero earum actionum in argentarios congruit, aut competit. non mandati, non negotiorum gestorum, quia non est gestor negotiorum nostrorum, sed omnium negotiorum, quæcumque pertinent ad eos, qui illorum opera & ministerio vti volunt. non pro socio competit, quia non est socius eius, qui cum eo contraxit. non tutelæ, quia non est tutor, non vtilis negot. gest. quia non est curator. Videbatur tamen non improprie, neque inepte in argentarios, quasi in procuratores dari posse actio mandati, quia mandatu nostro argentarij vel procuratores rationes nostras tractant, *l. 6. §. ex hoc edicto, hoc tit.* Sed & hæc actio mandati huic negotio, quod administrat argentarius, apta non est, nec conueniens, quia non vt procuratoris, ita argentarij priuata fides est, sed publica, *l. si ventri §. in bonis, de reb. auct. iud. poss. alias de priuil. cred.* nec argentarius procurator est singulorum: sed publica persona, vt hodie tabellio, qui instrumenta singulorum accipit, & conficit. Sane singulorum procurator non est, sed publica persona. Et hac quidem ratione dicimus, neque proprie, neque apte in argentarium, vt rationes edat, quasi in procuratorem agi posse mandati. Aptam cuique negotio actionem, qua agitur, & proposito competentem esse oportet, *l. 1. C. de form. & impetrat.* Inepta actione agitur frustra *l. si fideiussor, de negot. gestis, l. 1. si mensor. fals. mod. dix.* nec tantum si inepta actum sit, ideo consumitur vel amittitur, quæ negotio proprior & aptior est. Licet enim ad eam redire, *l. cum indebiti, de cond. indeb. l. 3. C. de edendo.* Ideo, quoniam in argentariũ inepta erat actio mandati, propriam in eum actionem de edendis & reddendis rationibus proponi oportere visum est. Cæterum hæ omnes actiones, quæ de reddendis rationibus sunt, eodem loco instituendæ sunt, eo scilicet loco restituenda quæque ratio est, quo & administrata est, submota omni præscriptione fori. Ratio mensæ argentariæ, quo loco argentarius contraxit & argentariam exercuit, *l. 4. §. vlt. hoc tit.* Ratio tutelæ, quo loco tutela est gesta, & similiter quæcunque alia ratio, vbi gesta est, *l. heres 19. §. 1. argentarium 45. de iudiciis. l. 1. C. vbi de ratio. ag. op.*

Ad §. 1.

QVia ex hoc edicto actio in factum datur etiam in successores argentarij, ad quos rationes peruenerunt, si eas dolo malo non exhibeant, *l. 6. §. 1. hoc tit.* subiungit hoc esse verum etiamsi successores eorum, eiusdem professionis non sint. Recte, nam & ipsi argentarij eadem actione tenentur, ex causa scilicet ante gestæ argentariæ, tametsi argentarij esse desierint, *l. 4. §. is etiam, hoc tit.* Et præterea docet Paulus, id esse intelligendum de successoribus iuris vniuersi, qui coguntur edere rationes, non de successoribus rei, qui in vnius rei dominium argentario successerunt, quia ij non coguntur edere rationes, etiamsi eas penes se habeant. Alij sunt successores iuris, alij successores rei. Successores iuris sunt heredes, bonorum possessores, fideicommissarij Trebelliani, bonorum emptores, & ij quibus libertatum conseruandarum gratia bona addicuntur, & patres, qui filiisfam. defunctis intestatis, bona eorum castrensia iure suo occupant, & patres adrogatores, *l. 53. de oblig. & act. l. 25. § si operas, de vsufr. l. 5. vsuf. quemad. caueat. l. si cum quis § 1. l. si dominium, de furtis, l. actione §. societas, pro socio, l. 7. de pecul. leg.* Ac præterea domini, in quorum potestatem aliqua ex causa liberi homines rediguntur, & fiscus in quem damnatorum bona recidunt, *l. 2. de fundo dot.* Itemque pater vel dominus, cui per filiumfamilias, vel seruum adquiritur hereditas, vel quæ alia successio vniuersi iuris, *l. quamuis, ad Trebell.* vel vt in specie proposita, cui iure potestatis adquiritur quæstus omnis mensæ argentariæ. Nam & filiusfamil. argentariam facere potest, & tabulas rationum aliis conficere, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Nec obloquitur Cicero, qui pro Cælio, *Tabulas,* ait, *eum, qui in potestate patris est, nullas conficere.* Nam sibi quidem nullas conficit, qui nihil suum habet, vt rationes de eo conficere possit, sed conficit aliis, si tutor sit, si procurator, si argentarij officio fungatur, & seruus alienus quoque, quem & argentariam constat exercere posse, *d. l. 4.* Pater autem vel dominus, quo sciente, & volente filiusfamil. vel seruus argentariam exercuit, si & ad eum quæstus mensæ argentariæ redierunt, perinde tenetur actione in factum, ac si ipse rationes confecisset. Ergo tenetur in solidum in id, quod interest, de peculio autem duntaxat, vel de in rem verso, cum quæstus non ad eum, sed in peculium filij, vel serui redit, nisi forte rationes pater, vel dominus penes se habeat, nec edat eas. Hoc enim casu in solidum tenetur indistincte, siue scierit, siue ignorauerit filium aut seruum argentariam exercere; quæ omnia ostenduntur *in d. l. 4.* Et secundum ea est accipiendum, quod Paulus ait hoc loco, *patrem vel dominũ argentarij hac actione teneri,* quia, *inquit,* cum in locum & ius succedant argentarij, puta omni quæstu, omni iure, omnibus nominibus, cautionibus, actionibus ad eos relatis, quæ ex causa argentariæ veniunt; æquum est, vt partibus eius fungantur hi omnes, qui successores iuris sunt, si argentario successerint, coguntur edere rationes mensæ argentariæ, per metum actionis in factum, quæ in id quod interest intenditur, aduersus eos, qui dolo malo rationes edere detrectant. Successores autem rei, vel in rem, non iuris, sunt legatarij, vel donatarij, quibus argentarius legauit aut donauit rationes suas, *l. fluminum §. adijcitur, de damn. inf. l. 6. C. de except. l. 19. C. de donat. §. legatarij, Institut. de testam.* Iis addi possunt victores, ad quos forte iure belli, capta vrbe, rationes argentarij peruenerunt, ex Fabio *lib. 5. Instit.* qui aliam scribit esse conditionem victoris, aliam heredis: ad heredem ius, ad victorem rem transire, hoc est, heredem esse successorem iuris, victorem successorem rei. Et in hos quidem successores rei, dicimus ex hoc edicto non dari in factum actionem, etiam si in rationes argentarij successerint, easque possideant. Ad summam ita res se habet. Actionem in factum hoc edicto propositam in successores iuris dari, non in successores rei, & vt postea adiicit, quod maxime notandum est, in successores iuris, vt in heredes argentarij, ita demum dari, si rationes argentariæ possideant, aut dolo malo desierint possidere, quia dolus malus pro possessione est. Quod si heredes argentarij, neque eas rationes possideant, neque dolo fecerint, quominus possiderent, proculdubio non tenentur; quia ex facto suo tantum tenentur, puta quod dolo malo non edant rationes, quas possident, vel dolo malo desierunt possidere, *l. vlt. hoc tit.* Quid ergo? Si ab heredibus argentarij

argentarij alij rationes legatæ sint, & ante traditionem, id est, antequam heredes argentarij legatario rationes ediderint; vel præstiterint, tradiderint, æque tenentur hac actione, quia rationes possident, quas nondum præstiterunt legatario; & similiter post traditionem tenentur eadem actione, si modo denuntiatum, siue quod idem est, renuntiatum eis ante sit, ne eas traderent legatario, quia si nihilominus eas tradiderint legatario, intelliguntur dolo desiisse possidere. Sed si, vt dixi heredes, vel alij successores iuris rationes argentariæ neque possideant, neque dolo desierint possidere, neque ipsi tenentur, neque legatarij, quibus forte traditæ sunt ante denuntiationem, legatarios, vtpote successores rei non teneri. Et aperte dicit Paulus hoc loco, & significat etiam satis, dum ait, *quum eo nomine in heredem argentarij agi non potest, puta, quia neque possideat rationes, neque desierit dolo malo possidere: causa cognita legatarium teneri ad editionem rationum sibi legatarum.* Si nonnisi causa cognita, ergo non regulariter, qui non nisi causa cognita permittit aliquid alicui, id sane vetat & prohibet interim. Quod aperte ostendit *l. 6. §. prætor, hoc tit.* Sic igitur statuo, eum, cui legatæ sunt rationes, non esse cogendum eas edere, quia non est successor iuris, nisi causa cognita, id est, ex decreto Prætoris data vtili actione in legatarium ex iusta causa. Omnis actio vtilis est decretalis, & contra, *l. si finita §. eleganter, de damn. inf.* si prætor, *inquit*, putat, quod vtiliter actionem daturus sit, decernat.

Ad §. pen. Nummularios.

Sequitur *in §. pen.* huius legis, hac actione de rationibus edendis teneri non solum argentarios, sed etiam nummularios. Ii sunt quasi minuti, minimi, infimi argentarij, certe argentarijs adsimiles; si essent absimiles, *ἀνόμοιοι*, hac actione non tenerentur, *l. seq. in princ.* illo loco, *ideo argentarios cogi rationem edere: nec vllos alios absimiles eis cogi*; nummularij coguntur edere, ergo argentarijs proximi sunt, non absimiles. Plerumque sunt coactores, qui cogunt pecuniam, & collectarij argentariorum, & *κολλυβισταί*, qui pecunias solent permutare, siue cambire (*quod sane verbum latinum & vetustissimum est, apud Carisium & Priscianum*) veluti qui solent mutare nummos veteres cum recentibus, & asperis. Vnde & quod datur illis pro præmio mutationis appellatur aspratura in glossis Philoxeni (*vide obs. 10. cap. 14.*) Vel etiam aureos cum argenteis, aut contra, maiores cum minoribus, aut contra. Et quod datur ijs nummularijs, quasi minutorum nummorum attrectatoribus (inde enim nomen habent) etiam Collybus dicitur, & *κέρμα ἀ κείρω, tondeo, diuido in minutas partes, inde κερματα, χρήματα, nummuli, minuta æra*) & vt dixi, aspratura. Hi vero etiam coguntur rationes edere, quia ij nummularij, inquit, sicut argentarij, rationes conficiunt, quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partes, *κατὰ μέρος, vt in l. 2. §. nouissime, de orig. iur. per partes euenit, &c.* Erogant per partes, per minutias æris, quas & Græci *κέρματα* vocant, quarum probatio, inquit, scriptura, codicibusque eorum maxime continetur, & frequentissime ad fidem, inquit, eorum nummulariorum decurritur, quæ tamen sublata est, & fallit multos, illis foro cedentibus, *vt ait l. si hominem 7. §. quotiens deposi:* quoties, inquit, foro cedunt nummularij, id est, quoties fugiunt abiecta mensa, *qu'ils font banqueroute:* Plautus in Persa act. 3. sc. 3. *faceres, inquit, quod partim faciunt argentarij, vbi quid credideris, citius & extemplo a foro fugiunt, quam ex porta ludis cum est emissus lepus.* Et in sequentibus: *citius tam a foro argentarij abeunt, quam in cursu rotula circumuortitur.* Postremo docet Paulus in hac lege, *edendas rationes esse a nummularijs vel argentarijs iis, ad quos pertinent*, vt est in edicto Prætoris, puta iis quibuscum contraxerunt, vel successoribus eorum. Nam & hæc actio successoribus eorum perpetuo datur, *l. vlt. h. tit.* Item patri & domino, in cuius potestate est, qui cum argentario vel nummulario contraxit, & edendas esse postulantibus & iurantibus, se calumniæ causa non postulare, quod prætor omnino exigit in edicto *l. 6. §. exigitur, hoc tit.* ne forte vel superuacuas rationes, vel quas habet, edi sibi postulet, vexandi argentarij causa. Et ita etiam *in l. cum plures §. vlt. de reb. auctor. iud. poss.* creditor es qui iterum postulat, sibi permitti dispunctionem rationum debitoris, ante omnia iurant se calumniæ causa id non postulare, & similiter, qui postulat a vicino cautionem damni infecti ex edicto Prætoris, iurat se calumniæ causa non postulare, *l. 7. in princip. l. qui bona §. qui damni, de damn. infect.* Iisdem verbis ita descriptum est in fragmento legis Seruiliæ, (*quod Petro Bembo debemus*) *ad iudicem in eum annum, qui ex ea lege pactus erit, in ius ducito, nomenque eius deferto, si deiurauerit calumnia causa non postulare.* Hoc Cœlio in epistolis ad Cic. & Liuio 33. est calumniam iurare, quam & qui publico iudicio accusaturi aliquem erant, ante omnia iurabant.

Ad leg. 4. de noxal. action.

In delictis seruorum, scientia domini quemadmodum accipienda est? vtrum cum consilio, an & si viderit tantum: quamuis probare non potuerit? quid enim, si ad libertatem proclamans domino sciente faciat? aut qui condemnat dominum: vel cum trans flumen sit seruus, vidente quidem, sed inuito domino, noxiam noceat? rectius itaque dicitur, sententiam eius accipiendam, qui prohibere potest, & hoc in toto edicto intelligendũ est circa scientiæ verbum. §. 1. Si extraneus seruus sciente me fecerit: eumque redemero: noxalis actio in me dabitur: quia non videtur domino sciente, fecisse: cum eo tempore dominus non fuerim. 2. §. Cum dominus ob scientiam teneatur, an serui quoque nomine danda sit actio, videndum est, nisi forte prætor vnam pœnam a domino exigi voluit. Ergo dolus serui impunitus erit: quod est iniquum. Imo vtroque modo dominus tenebitur. Vna autem pœna exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. 3. §. Si detracta noxæ deditione, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta, & finito iudicio, amplius agendo cum noxæ deditione, exceptione rei iudicatæ summouebitur: quia res in superius iudicium deducta, & finita est. Donec autem prius iudicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda pœniteat, tum ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo, qui scit, cum noxæ deditione, actum sit: amplius in dominum, detracta noxæ deditione, danda actio non est. In ipso autem iudicio, si voluerit & scientiam domini arguere, non est prohibendus.

Priusquam veniam ad interpretationem leg. 2. & 4. *de pact.* leges quasdam, quia ad edictum de edendo pertinent, coniungam superioribus, & interpretabor. Hæ sunt *l. 4. de noxal. acti. l. 14. de iureiur. l. 7. de naut. fœn. l. 38. de obligat. & action. & l. 8. de verbor. signif.* ac primum quidem *lex 4. de nox. act.* nam ex eo edicto dominus, quo sciente & volente seruus argentariam fecit, compellitur postulantibus iis, quorum interest, rationes edere, & eo nomine perinde in eum datur actio in factum, ac si ipse argentariam fecisset, sed si inscio domino seruus argentariam fecerit, satis est dominum iurare, eas se rationes non habere, satis est, si se de ea re purget iureiurando: nec ab eo quicquam amplius requiritur. Hæc est sententia *l. 4. §. etsi seruus, de edendo*, vbi scientiæ aut conscientiæ verbum cum ostendisset forte Paulus accipi pro taciturnitate & patientia, puta, si prohibere dominus potuit, ne seruus argentariam faceret, nec prohibuit. Eodem quoque modo & eadem saliua Paulus docuit, scientiam dominorum accipi in delictis seruorum, &, vt ait hoc loco, in toto edicto, id est, in omnibus partibus, in omnibus titulis edicti prætorij, vbicunque fit mentio scientiæ domini, scientia pro silentio accipitur, atque patientia domini.

Quod comprobat, *d. l. scientiam, in princ. ad leg. Aq.* & *l.* 6. §. *is autem, si famil. furt. fec. dic.* Distinguitur autem merito conscius dominus ab inscio in delictis seruorum, vt & in alijs plerisque caussis. Nam si conscio domino seruus deliquerit, suo nomine in solidum tenetur dominus, detracta noxæ deditione, id est, non adiecta actioni hac clausula, *aut noxæ dedere*, quia nec dedendo seruum dominus liberari potest, sed plane in solidum defungi debet æstimatione integra damni vel pœnæ; sed si inscio domino seruus deliquerit, serui tantum nomine dominus tenetur *noxali actione, l. 2. hoc tit. in princip.* Scire autem videtur dominus non tantum qui iubet, sed & qui patitur seruum delinquere, id est, qui cum prohibere seruum potest, non prohibet. Atque ideo merito tenetur suo nomine in solidum, quia hæc patientia siue conniuentia pro iussu est: vel vt ait *d. l. 2. huius tit.* ipse dominus delictum admisisse videtur, id est, ipse dominus delicti reus est, qui id ne fieret, cum posset impedire, non impedierit, qui id fieri perpessus est. Seneca in Troade: *Qui non vetat*, inquit, *peccare, cum possit, iubet.* Et Saluianus 7. de prouidentia: *in cuius manu est, vt prohibeat, iubet agi, si non prohibeat admitti.* Contra si dominus prohibere non potuit, etiamsi sciuerit, & viderit seruum delinquere, non tenetur, nisi noxali actione, quia quantum in ipso est, sane ipse dominus noluit id fieri, neque probauit, quod seruus fecit, & ea tantum scientia obligat dominum in solidum, quæ habet vel tacitam voluntatem, id est, patientiam, etiamsi non propalam eius rei seruo auctor fuerit. Cæterum, si cum non posset seruum prohibere cum effectu, & absterrere a delicto, non prohibuit, vel si prohibuit frustra, seruo vel dominum contemnente, vel proclamante ad libertatem; vel etiam, vt ponit initio huius legis, si cum seruus esset trans flumen, dominus cis flumen, seruus noxam nocuerit, vidente & *sciente*, sed reclamante domino, dominus non tenetur, nisi noxali actione, quia a scientia domini longissime abfuit consilium & voluntas approbandi factum. id fecit quidem seruus sciente & vidente domino, sed inuito & reclamante. Et ita accipiendum est, quod ait *d. l.* 1. §. *is autem, si fami. furt. fec. dic.* Cæterum, *inquit*, si scit, prohibuit tamen, dicendum est, vsurum edicti beneficio, perinde scilicet, atque eum, qui omnino nesciuerit. Ita scilicet ea verba accipienda sunt, *si scit, prohibuit tamen*, verbo tenus, non cum effectu, vt & Græci interpretantur, ἐὰν ἐκώλυσεν, ὡς περιγένετο δὲ κρείττων, id est, *si prohibuit quidem, sed superior non fuit, si dicto audientes serui non fuerunt, si vim domini, vi & audacia sua vicerunt.* Et hoc quidem ita definit Paulus initio huius legis.

Ad §. primum.

Si extraneus.

SVbiicit in §. 1. quod & lex 2. §. 1. *hoc tit.* significat, vt ex noxa serui dominus ob scientiam teneatur in solidum, perquam necessarium esse, vt dominus fuerit eo tempore, quo non prohibuit, cum prohibere posset. Nam si seruum alienum non prohibeat, tametsi satis virium habeat ad eum prohibendum, non tenetur in solidum, quamuis postea eius serui dominium adquisierit; quia eo tempore, quo deliquit, eius dominus non fuit, sed tantum tenetur noxali actione; quia, vt est *in l. nullus, 109. de regul. iuris, nullum crimen patitur, qui non prohibet, quum prohibere potest.* Sic habent Florentini & Basilica. Sic constanter legunt interpretes Græci. Vulgo male additur negatio, *quum prohibere non potest*, quoniam etiamsi addita negatione vera sit ea regula, tamen additio eius expungit sententiam præclarissimam & verissimam, & persæpe nullum pati crimen eum, qui non prohibet, quum prohibere potest, (quod latius explicabitur, libro 5. ex quo est illa lex, *si quis seruum alienum aut liberum hominem non prohibeat, quum prohibere potest*) quia ius ei imperandi non habet: sed non etiam, si seruum proprium, vel filium familias non prohibeat, quum prohibere potest; hic enim non prohibendo, crimen facit suum. Ego te non prohibendo a scelere, qui tui iuris es, non mei, etiamsi prohibere potuerim, quamquam honestius fecerim si etiam prohibuerim, non tamen propterea cessando, crimen illud faciam meum.

Ad §. cum dominus.

ADditur in §. *cum dominus*, dominum, qui ob scientiam tenetur in solidum suo nomine, teneri etiam serui nomine noxali actione, quod & *l.* 2. §. *vlt. hoc tit.* docet. Itaque, quæ constituitur differentia inter scientem dominum & nescientem, vt sit plana, ita dicendum videtur, nescientem aut eum qui nescienti comparatur, noxali tantum actione teneri, scientem tam suo in solidum, quam serui nomine, noxali iudicio teneri, vtroque modo teneri, ita scilicet: (nam res indiget interpretatione, neque ita abscisse pronuntiata, vera est hæc sententia) ita, inquam, vt liberum sit actori, vel cum domino agere in solidum ob scientiam, vel noxali iudicio ob serui dolum. Verum vna pœna exacta, vel domini, vel serui nomine, quam actor elegerit, altera tollitur & consumitur, optima ratione, quia vtroque modo teneri dominum placuit, ne eluderetur actor, ne luderet operam, non etiam vt lucrum faceret, bis exacta eadem pœna, *vt in l. electio, in prin. infr. hoc titu.* eluderetur actor, si haberet tantum actionem ex scientia domini, & dominus non esset soluendo, vel si noxalem tantum actionem haberet, & seruus qui noxam nocuit, vilissimus esset, & nullius propemodum pretij, vt eum habere non expediret. Itaque electio ei datur, vt prout ei videbitur hoc vel illo modo agendo vnam pœnam, non duas exigat. Vnius facti duæ pœnæ nunquam proditæ sunt. Itaque si seruus exempli gratia, furtum manifestum fecerit conscio domino, & actor a domino duplum exegerit pœnæ nomine, ac præterea simplum vti oportet, condictionis nomine, id est, rem furtiuam, vel æstimationem eius; deinde non potest seruum petere sibi dedi ad noxam, non potest agere noxali actione. Et e conuerso, si seruus petitus sit in noxam & deditus, non potest a domino duplum petere pœnæ nomine, nec condictionis nomine simplum. Quod tamen ita procedit, & hoc summe notandum, si ex pretio serui noxæ dediti, quod computari placet, *l. si ex duobus, l. quod ait, hoc tit.* si, inquam, ex pretio serui noxæ dediti, tantumdem colligatur: nam si minus colligatur, æquum est, in id, quod amplius est, in damni aut pœnæ persecutione, dominum qui sciuit, suo nomine conueniri & condemnari, *d. l. si ex duobus.* Bene autem Paulus ait hoc loco, *vna pœna exacta*, quia non petitione vnius pœnæ, sed exactione demum, altera tollitur. Sicut si duobus dominis scientibus seruus deliquerit, vno quidem exacto, & soluente solidum, alter liberatur, *vt l. electio §. si seruum inf. hoc tit.* Sed vno conuento tantum, nondum exacto, alter nondum liberatur, quia fieri potest, vt ab eo, qui conuentus est, propter eius inopiam, aut aduersam fortunam, quæ subito contigit, nihil exprimi, nihil exigi possit. Ita recte Azo interpretatur *l. sequ. illo loco, nec altero conuento alter liberabitur.* Bene, *conuento*: nam altero exacto, certe alter liberabitur; alioqui vnius facti actor duas ferret pœnas, & duo remedia. Huic autem dicto Pauli obstare videtur *l.* 1. §. 1. *si fam. furtum. fec. dic.* nec vt ei respondendum sit, ne quid dissimulem, interpretes sciunt. Sententia eius §. hæc est. Si familia furtum fecerit vel damnum culpa dederit, ignorante domino, dominum, vel omnem familiam noxæ dedere debere, vel ex beneficio prætoris, quod in eo edicto proponitur, si soluat vnam pœnam, perinde ac si vnus tantum fecisset, retinebit omnem familiam, nec dedet in noxam. Summum est beneficium quod exposui *in l. 9. de iurisdict.* vt plura furta, plura damna, plura facta pro vno habeantur, vt dominus vnius tantum pœnæ præstatione defungatur. Et hoc, si familia deliquerit domino insciente & ignorante: sed si sciente

sciente domino, dominus in solidum & suo nomine tenetur, & singulorum seruorum nomine noxali actione, nec vti potest beneficio illius edicti, id est, in eius arbitrio non est, vel omnes seruos noxæ dedere, vel si omnes retinere malit, vnam tantum pœnam sufferre, quam sufferret liber homo, si id fecisset. Sed si omnes retinere velit, nullum dedere in noxam, debet pro singulis pœnam inferre, pro singulis duplum, si familia furtum fecerit: nec vna pœna exacta tollitur altera. Hoc est verum, nec tamen vllo modo pugnat cum sententia §. 1. *cum dominus*, quia & id verum est, quod proponitur in *d. l.* 1. §. 1. & hoc quoque. Quod omnino congruit cum hoc §. dominum scilicet si pro singulis seruis, quum familia noxam nocuit, pœnam intulerit, cum singulorum nomine noxali iudicio conueniretur, rursus suo nomine conueniri non posse: & contra, si prius suo nomine conuentus solidum præstiterit, quantum scilicet efficiunt pœnæ omnium nomine, non posse conueniri noxali actione. Nec alia est sententia huius §.

Ad §. penult. & vlt.

IN §. penult. ostendit Paulus, eum, qui cum domino egit in solidum, quasi cum sciente, qui non erat sciens, per errorem post rem iudicatam, absolutumque dominum, quia actor probare non poterat scientiam domini, agentem noxali actione, qua debuerat agere initio, repelli vulgari exceptione rei iudicatæ, quia etsi eadem actio non sit, qua nunc agit, tamen eadem res est, eadem serui noxa, *l. 5. l. 8. §. generaliter, de except. rei iud.* Et potest ei præscribi, quod M. Tull. ait *5. de finibus, & 13. epist.* quodque sumit a nobis, *de eadem re agi alio modo, aliaue actione.* Hæc est exceptio rei iudicatæ, quæ non opponitur tantum mouenti eandem actionem de qua agitur, sed mouenti aliam actionem eadem de re tamen. Ergo post rem iudicatam, qui male egit aduersus dominum quasi scientem in solidum, non potest redire ad noxalem actionem. Verum ante rem iudicatam etiam si lis contestata sit, mutare actionem potest, puta, agere noxali actione, & errorem suum corrigere. Idemque ait obtinere ex contrario, si prius egerit noxali actione, cum ignoraret scientiam domini: nam post rem iudicatam agere in dominum non potest in solidum, ante rem iudicatam mutata agendi forma, domini scientiam arguere potest. Quæ est elegantissima sententia §. vlt. Ergo sic statuo. in ipso iudicio, id est, pendente iudicio, cognitione suspensa, actorem posse errorem suum corrigere: Quod & aperte proditum est in §. *si quid, Instit. de act. & in l. huiusmodi §. qui seruum, de leg. 1.* posse eum, qui agit ex empto mutata formula ante rem iudicatam agere ex testamento. Sed dico Prætoris decreto opus esse, qui scilicet decernat, licere ei mutare genus actionis, quia iudex datus, certa iudicij forma tenetur. Et vt semper existimaui, sententia *l. 3. C. de edendo*, hæc est; *ante litem contestatam mutari editam actionem posse ex edicto de edendo, edita alia actione; post litem contestatam & ante rem iudicatam non posse, nisi ex decreto ius dicentis.* Mutatio actionis vel fit ex edicto ipso iure. Ex quo vero alio, quam ex edicto de edendo? mutatio nimirum editæ actionis nondum in iudicium perlatæ, nondum contestatæ, quæ prima causæ conflictio est. Ex decreto autem mutatur post litem contestatam, ideoque adeundus est prætor, qui in ipso iudicio, quod iam initium cœpit, permittat mutari actionis genus. Et hæc quidem sententia vera est, non tantum si qui egit cum vno, cum eodem mutata actione eadem de re agere velit, ante rem iudicatam priore iudicio, sed etsi priore aduersario dimisso, cum quo agere cœperat, cum alio experiri velit. Et quidem multo magis, quia etiamsi rem non obtinuerit a priore, vtputa, si prior absolutus fuerit post rem iudicatam, integrum est ei transire ad alium. Quod ostendit aperte *l. cum indebitum, in fine, de cond. indeb.* Sed si priorem vicerit, atque ita quod petebat, consecutus fuerit, sane non potest transire ad alium ne bis idem consequatur. Et ita recte Accursius accipit *l. 7. §. 1. hoc tit.* quo loco ait Pomponius, *si emptor serui noxali conuentus sit, venditorem, quo sciente factum est, conueniri iam non posse.* Accursius rectissime verbum *conuentus* accipit cum effectu, vt exactus fuerit emptor, id est, vt vel præstiterit æstimationem litis, vel seruum in noxam dederit, alioquin pugnaret *l. 7. §. 1. cum §. cum dominus, & cum l. electio §. si seruum, hoc tit.* quibus locis exactio desideratur, & perceptio vnius pœnæ, nec sufficit conuentio, aut sola litis contestatio. Ergo si vnum conuenero, & nondum exegero, non prohibeor mutato aduersario alium conuenire. Sed si conuenero vnum, & exegero, aliud dicendum est. Agendi, conueniendi, petendi verba sunt ἀμφιζεῖν, & varie accipiuntur pro subiecta materia: alias agere est exigere, *vt l. 3. coniuncta, l. 4. supr. tit. prox.* Itemque petere, non tantum est petere, sed exigere petitum & extorquere, *l. 2. de duob. reis.* vbi petitione sic accipitur pro exactione ex *l. si vt certo §. vlt. commod. l. 8. §. 1. de leg. 1. l. 8. §. 1. de neg. gest.* Alias eadem verba rem inchoatam tantum demonstrant, non perfectam, non finitam, puta editionem actionis, aut litis contestationem.

Ad legem 14. de iureiurand.

Quotiens propter rem iuratur, nec parenti, nec patrono remittitur iusiurandum. Propter rem autem iusiurandum exigitur, veluti de pecunia credita, cum iurat actor sibi dari oportere, vel reus, se dare non oportere. Idem est cum de pecunia constituta iusiurandum exigitur.

HÆc lex ideo eidem edicto reddenda est, quia ex eo edicto is qui postulat ab argentariis, vel nummulariis sibi edi rationes, quæ ad se pertinent, ante omnia iurare debet, se id calumniæ causa non postulare, *l. 6. §. exigitur, l. 9. §. pen. de edendo.* Ad quam partem edicti cum adnotasset Paulus, id tamen iusiurandum remitti parentibus, & patronis, qui postulant a liberis vel libertis suis editionem rerum ad se pertinentium (a liberis, inquam, vel libertis suis, qui argentariam faciunt vel fecerunt) quod & in omnibus aliis causis remitti solet propter reuerentiam personarum, *l. licet, de obseq. par: l. de die, §. 1. qui satisd. cog. l. qui bona §. pen. de damn. inf. l. 16. h. tit.* Vnde quod est in Florentinis *l. 34. §. qui iusiurandum, hoc tit.* iusiurandum scilicet de calumnia, neque patrono, neque parenti remitti; portento simile est, & verius rectiusque est, quod vulgo, & in Basilicis, æque patrono parentibusque remitti. Cum igitur scribens Paulus ad edictum de edendo adnotasset iusiurandum propter calumniam parentibus & patronis remitti, subiecit, quod est in hac *l. 14.* iusiurandum tamen propter rem eis non remitti. Propter rem scilicet, qua de agitur, veluti propter creditam pecuniam, quæ certa petitur ex nominum obligatione, si a parente, vel patrono petatur, vel si parens, aut patronus petat, & deferatur parenti vel patrono iusiurandum, vt iuret sibi dari oportere, aut se dare non oportere, ei hoc iusiurandum non remittitur, & vel iurare debet, vel iusiurandum referre. Idemque erit, vt ait in fine huius legis, si de pecunia constituta agatur, quæ res frequens est in argentariis, qui plerumque pro se, vel pro aliis constituunt, se pecuniam soluturos, vt recte Vlpianus dixerit *in l. 6. §. rationum, de edendo*, constitutum ex argentaria venire, id est, officij argentarij partem esse, vt Basilica interpretantur, ἀντιφώνησιν μέρος εἶναι τῆς πραγματείας, *constitutum esse partem officij huius, quod argentarius vel nummularius exercet.* Id quoque confirmat *l. pen. §. vlt. C. de constit. pec.* Et hoc argumento fortissime defendi potest, hanc legem edicto de edendo esse reddendam. Cur enim alioqui de pecunia credita, factis scilicet nominibus, vel de constituta tantum diceret? Cur de credita & constituta potius, quam de legata aut relicta per fideicommissum, aut deposita, aut indebita soluta, vel qua alia? Iusiurandum igitur, quod propter calumniam exigitur, separauit Paulus a iureiurando propter rem: hoc non remitti parenti vel patrono, illud remitti: quia non

de re est, vel contractu, quo de agitur, sed de persona, *l.*28. *§.*1. *infr. hoc tit.* & in personam patroni vel parentis calumniæ suspicio non cadit, vt de ea re purgare se debeat iureiurando, *arg. leg. pen. §. de vno, de ritu nupt.* Ridiculus hoc loco est Accursius, qui rem interpretatur veritatem, cum satis aperte declaret Paulus, rem esse, exempli gratia, pecuniam creditam, & constitutam, qua de agitur: denique rem esse id, de quo lis est, rem esse quod nos vocamus, *Qua de re agitur*, in formulis nostris. Et sæpissime iteramus, quod rhetores τὸ κρινόμενον & Plato in Phædro, περὶ οὗ ἂν ᾖ βουλὴ, quum ait, *in consiliis maxime animaduertendum esse, περὶ οὗ ἂν ᾖ βουλὴ, de qua re agitur.* Rursus ridiculus, quum ait iusiurandum calumniæ esse iusiurandum de credulitate, quo verbo plerunque error significatur, & persuasio qualibet, etiam falsa: ridiculus, quum comminiscitur olim iusiurandum calumniæ omnibus fuisse remissum: nunquam enim frequentior huius iurisiurandi fuit vsus, quam olim. Fac igitur, vt totam Glossam Accursij in spongiam tuam adducas.

Ad legem 7. de nautico fœnore.

In quibusdam contractibus etiam vsuræ debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem traiectitia, vt salua naue sortem cum certis vsuris recipiam: dicendum est, posse me sortem cum vsuris recipere.

HÆc lex respicit etiam ad rationes argentariorum. In argentariis hoc ius singulare est, vt pecuniarum, quas aliis crediderint vsuræ eis debeantur sine stipulatione ex pacto nudo, ex perscriptione sola, vt extat in Nouella 136. relatum ex iure veteri, regulariter pecuniæ creditæ vsuræ non debentur sine stipulatione, *l. Titius, de præscr. verb. l. qui negotia, mandati: l. 3. C. de vsur.* At iure singulari argentariis, aut nummulariis ex pacto nudo perinde, atque ex stipulatione vsuræ debentur. Quod cum scripsisset Paulus, tractans de rationibus argentariorũ edendis, exhibendis, subducendis, siue calculo subiiciendis, facta collatione expensarum, & acceptarũ pecuniarũ, debitarũ & creditarum subiecit, *non in mensariis siue argentariis hoc tantũ obtinere, vt creditarum pecuniarum vsuræ eis debeantur ex pacto nudo sine stipulatione: sed etiam in omnibus, qui pecuniam credunt traiiciendã trans mare,* quod in iure nostro est in Græciam, *ea lege, vt periculum pecuniæ sit eorum, qui credunt, non debitoris, contra quam ferat conditio, & lex communis aliarum pecuniarum,* quoniam aliarum pecuniarum, quæ creditæ sunt proculdubio periculum statim pertinet ad debitorem, qui eas accepit, *l. incendium, C. si cert. pet.* quoniam mutui acceptione domini fiunt pecuniarum, quas acceperunt. At in illis, qui contrahunt traiectitium fœnus, id quoque obtinet, vt vsuræ eis debeantur, etiam ex pacto nudo pensandi periculi gratia, quod in se suscipiunt, *l.* 5. *hoc tit.* quod & in hac l. 7. ex Paulo relatum est, qui vtique & alios similiter casus addiderat, quibus vsuræ debentur ex pacto nudo, quia non in hoc tantum contractu nautico, sed vt loquitur, & in quibusdam aliis contractibus idem obtinet, id est, in quibusdam contractibus creditarum pecuniarum, non tantum in iis, qui contrahuntur ab argentariis, aut nummulariis, vel in iis, qui contrahuntur a fœneratoribus nauticæ pecuniæ: sed etiam in contractibus creditarum pecuniarum reip. vel ciuitatis, *l. etiam, sup. tit. prox.* & in contractibus creditarum earum rerum, quæ mensura constant, vt puta frumenti, vini, olei. Namque & earum rerum creditores ex nudo pacto vsuras recipiunt, propter incertũ pretium earum rerũ, *l. frumenti C. de vsur.*

Ad legem 38. de oblig. & actionibus.

Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.

EOdem referenda est lex 38. *de oblig. & act.* nempe ad obligationes, quæ per scripturam mensæ argentarij vel nummularij, nominibus contrahi dicebantur. Dico perscripturam mensæ, vt Donat. in Phormione, qui *rescribere* interpretatur esse *per mensæ scripturam*, siue *de mensæ scriptura dare, aut reddere pecunias.* Vnde & hodie chirographis addi scribit, de domo, ex arca sua, vel ex mensæ scriptura. Et ita in *l.* 9. *§. pen. de edendo,* pecuniarum acceptarum & erogatarum probationem scriptura & codicibus nummulariorum maxime contineri, id est, scriptura mensæ. Et in *l.* 2. *h. tit.* obligationes, quæ solo consensu fiunt, neque verborum, neque scripturæ vllam proprietatem desiderare. *Verborum* dicit, vt eas obligationes distinguat ab obligationibus, quæ verbis fiunt solemnibus & propriis. *Scripturæ* vero dicit, vt eas discernat ab iis, quæ nominibus fiunt ad mensam argentarij, vel nummularij, sine stipulatione, vt *l. si plures, de pactis, l. si duo, de recept. & qui arbit. recep.* quæ & literis fieri dicuntur, *l. 6. C. Theod. de denuntiat. rescript.* Quamquam vt Paulus in hac l. 38. non figura literarum contrahantur, sed oratione potius, quam exprimunt literæ, *quatenus*, id est, quia placet, vt sæpe loquitur, non minus valere, quod scriptura mensæ continetur, quam quod vocibus lingua figuratis significatur. Hoc tantum teneamus, eam l. pertinere ad mensæ scripturam, siue perscriptionem, aut rescriptionem argentariorum. Ab hac lege transeamus ad *l.* 8. *de verb. signif.*

Ad leg. 8. de verb. signif.

Verbum, Oportebit, *tam præsens, quam futurum tempus significat. §.* 1. *Actionis verbo non continetur exceptio.*

HÆc lex etiam pertinet ad eam de edendo edicti partem, qua prætor iubet, eum, qui acturus est, ante litem contestatam aduersario edere actionem suam, & demonstrare genus futuræ litis, vt ille se comparet ad litem agendam & sustinendam, vel cedat omnino actori, vel cum eo transigat, *l.* 1. *in princ. de edendo, l.* 3. *C. eod.* Hæc actio forte in personam, quæ edi solet hoc modo, *quod te mihi ex illa causa,* puta ex causa locati, conducti, *dare facere oportet,* si ita edatur, *quod te mihi dare facere oportebit,* tantundem potest, nec perperam edita intelligitur. Nam vt in actionibus verbũ *oportet,* nõ tantũ præsens, sed & futurum significat tempus, vt scilicet lis ex mora iudicij recipiat incrementum vsurarum & fructuum. In actionibus, inquam, vel in stipulationibus prætoriis, quæ actionum instar obtinent, veluti legatorum, aut damni infecti, *l.* 76. *§.* 1. *de verb. oblig. l.*1. *§. bellissime, vt leg. nomine caueatur.* in actionibus, inquam, vel stipulationibus quæ instar actionum sunt, non etiam in stipulationibus conuentionalibus, quæ strictius accipiuntur, nempe vt verba illa stipulandi, *quod te mihi dare oportet,* significent tantum præsens tempus, & eum, qui volet comprehendere etiam futurum tempus, necesse sit ita stipulari, *quod te mihi, verbi gratia, ex locato, dare facere oportet, oportebitque, d. l.* 76. *§.* 1. *& l.* 89. *& l.* 125. *eod. tit.* Vt autem in actionibus & stipulationibus prætoriis, quæ instar actionum habent, verbum *oportet,* & præsens & futurum tempus significat, ita & in iisdem verbum *oportebit* vtrumque tempus significabit. Et qua comparatione vtitur Iurisconsultus *in l. verbum erit, inf. hoc tit.* ad hoc exemplum, vt quemadmodum verbum (*est*) non solum præsens, sed etiam præteritum tempus significat, ita & hoc verbum (*erit*) vtrumque tempus demonstrat; eadem licet nobis quoque vti comparatione in proposito, vt quemadmodum verbum, *oportet* non tantum præsens, sed etiam futurum tempus significat, quod alij vocant *exstans*, præsens, scilicet & instans, id est, futurum, ita & verbum, *oportebit,* significet vtrumque tempus. Et ita, quod ait initio huius legis, verbum *oportebit,* tam præsens, quam futurum tempus significat, facile liquet, pertinere ad formulas editarum actionum ex edicto prætoris. Quod & omnino persuadebit; quod sequitur in hac lege, *actionis verbo non contineri exceptionem.* Nam & id ad eandem causam editarum actionum pertinere, plusquam manifestum est, hoc nimirum sensu, vt in edicto de edendo,

edendo, quo prætor ante litem contestatam edi actionem iubet, *actionis* verbo contineatur intentio actoris tantum, non exceptio rei. Nec enim vt actor actionem, ita reus exceptionem suam edere debet. Prouocanti & lacessenti alterum incumbit onus edendæ suæ intentionis, siue iuris, non se defendendi, antequam communis lis contestetur inter partes; qui me prouocat ad certamen, debet mihi indicare, quo telo me ferire aut persequi velit, non ego, quo me clypeo defendere ac tueri decreuerim. Actio est telum, exceptio clypeus. In edicto quidem de dolo malo his verbis, *si alia actio non sit*, exceptio etiam continetur, *l. 1. §. ait prætor, de dolo.* sed non in edicto de edendo, ad quod huius legis sententia coangustanda est. Ideoque ad illud quoque edictum, quod est de edenda actione scribens Vlpianus lib 4. adnotauit, reum, qui exceptione vtitur, tametsi agere videatur, & esse actor in exceptione, *l. 1. de except.* quæ est ex eod. lib. 4. Vlpian. tamen non compelli reum ad editionem exceptionis suæ, *& l. 37. de oblig. & act.* idem Vlp. eod. lib. cum recenseret ea, quæ in edendo continentur actionis verbo, merito omisit exceptionem, quia non vt actio actoris, & actio rei, id est, exceptio, edenda est ante litis contestationem. Hactenus de ll. ad edictum de edendo. Pergamus ad edictum de pactis conuentis.

Ad l. 2. 4. & 6. de pactis.

L. 2. Labeo ait, conuenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuntium, inter absentes quoque posse, sed etiam tacite consensu conuenire intelligitur. Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conuenisse, ne peterem: profuturamque ei conuentionis exceptionem placuit.

L. 4. Item, quia conuentiones etiam tacite valent, placet in vrbanis habitationibus locandis inuecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim conuenerit. §. 1. Secundum hæc & mutus pacisci potest. §. 2. Huius rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta. Nam ante nuptias male petitur: quasi si hoc expressum fuisset: & nuptiis non secutis, ipso iure euanescit stipulatio. Idem Iuliano placet. §. 3. Ex facto etiam consultus cum conuenisset, vt donec vsuræ soluerentur, sors non peteretur, & stipulatio pure concepta fuisset: conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.

L. 6. Legitima conuentio est, quæ lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuuatur.

IN l. 2. ait Paulus, conuentionem fieri posse vel re, vel per epistolam, &c. conuentionem dicit, non pactum, conuenire, non pacisci, quæ duo inter se eo distant, quo genus a specie. Conuentionis enim nomen latius patet: nam & pactum continet, & contractum qualemcumque, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Pactum nusquam accipitur pro contractu, sed pro conuentione ea tantum, quæ nomine vacat, & quæ intra primum placitum stetit, nec datione vlla, vel facto, vel stipulatione sumpsit effectum. Conuentio genus est, sub quo duæ species summæ: contractus & pactum siue pactio, siue pactum conuentum, siue pactum & conuentum. Hæc omnia idem possunt. Re autem fit conuentio, vt Græci interpretantur, & ex Latinis Fortunius Garsias Hispanus, vir sane doctissimus, quæ fit inter præsentes per nosmetipsos, vel re aliqua interueniente, vel nudis, & quibuscumque verbis, vt societas, quæ species conuentionis est, cum sit contractus, coiri dicitur & re & verbis, hoc est inter præsentes, & per nuntium, vel per epistolam, id est, inter absentes, *l. 4. pro soc.* Re, veluti re aliqua, aut rebus vniuersis in commune collatis, & verbis quibuscumque non propriis, non solemnibus, vt fit in stipulatione. Pacta quoque fieri verbis quibuscumque ait *l. qui autem §. vlt. de constit. pecun.* Et addit, *vel per nuntium, vel per epistolam*, sicut & contractus, qui consensu contrahuntur omnes, veluti emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, non tantum inter præsentes contrahuntur, sed per nuntium, vel per epistolam, *l. 2. de oblig. & act.* Quia vero conuenire inter absentes, & conuenire per internuntium, vel per epistolam idem esse manifestius est, quam vt dicendum sit, ideo omni asseueratione confirmo, in *l. 2.* hæc Pauli verba ductim & vno spiritu esse legenda, *vel per epistolam, vel per nuntium inter absentes quoque posse*, mox addit Paulus, *etiam tacito consensu conuentionem fieri posse citra sermonem vllum*, quod in contractibus, qui consensu perficiuntur verissimum est, *l. 48. de oblig. & actionib. l. si stipul. §. vlt. de verb. oblig.* Et in pactis quoque idem obtinere, vt tacite fieri possint, quatuor exemplis Paulus demonstrat. Primum hoc est, si creditor debitori chirographum reddiderit (quo reddito remittitur obligatio, vt corrupto & concremato data opera) quoniam hoc genere videtur creditor ei remisisse ius obligationis quod habuit, quasi tacite pactus de non petenda pecunia chirographo comprehensa, & ideo petenti pecuniam obstat exceptio pacti taciti, vel quæ cum ea concurrit semper, exceptio doli, *l. 3. in princ. inf. de lib. leg. l. mortis causa, §. pen. de mort. caus. donat.* Et ita reddito chirographo pignoris, tacite videtur remissa pignoris obligatio *l. 7. C. de remis. pig. & capit. 4. extra, vt lite pendente nihil innouet.* reddito chirographo pignoris, inquam, tacite videtur remissa pignoris obligatio, non etiam principalis, si sors soluta non sit, nisi id in reddendo chirographo pignoris specialiter actum esse probetur, *vt in leg. seq. & in l. 1. in fin. de liberat. leg.* Speciali conuentione opus est: nam ex redditione pignoris vel chirographi pignoratitij sola obligatio pignoris remissa videtur, nec ex redditione pignoris ducitur idoneum argumentum remissæ sortis, sed pignoris tantum remissi. Vt & remissa sors videatur, reddi etiam oportet, aut corrumpi chirographum sortis, aut in reddendo pignore id specialiter agi, & nominatim, vt & sors remittatur: alioquin redditionis pignoris hic tantum effectus est, vt debitum, quod erat hypothecarium, fiat chirographarium. Et ex diuerso tamen reddita cautione principali, etiam pignus remissum videtur, nimirum, quia accessio est principalis obligationis *arg. legis 5. §. 1. quib. mod. pig. vel hypoth.* Et regulariter accessio sine principali non consistit, contra, principale sine accessione consistere potest. Dixi remissam videri tacito pacto sortis obligationem, chirographo, aut syngrapha reddita, vel corrupta. nam & qui instrumenta seruitutis seruo reddit, vel corrumpit testibus præsentibus, eum liberare videtur, *l. vn. §. pen. de lat. libert. toll.* Et boni imperatores sæpe, quum iubebant publicorum debitorum instrumenta comburi, ea remittebant, vt de Cæsare Dio scripsit 53. τὰ παλαιὰ συμβόλαια τῶν χρεωφειλόντων τῷ δημοσίῳ. Et de Gratiano Ausonius, *tu argumenta omnia flagitandi publicitus ardere iussisti.* Et de Iustino Corippus Africanus vetus Poeta nuper in lucem restitutus, inquit lib. 2.

Hinc Rutuli lucent chartis ardentibus ignes,
Hinc chartas flammis subigunt, &c.

Et ipsemet Imperator Constantinus in *l. 6. C. de iure fisci*, inquit, *præcipimus concremari.* Et ad eundem modum creditor qui comburit chirographum debitoris, ei debitum remittere videtur, si modo id non casu quodam, sed præsente debitore, consulta opera, & reddendi animo faciat. Sicut D. Ambrosius ait 1. offic. *Id scindens restituat, nihil a debitore debiti consecutus.*

Ad l. 4. eod. cuius legis verba supra sunt adscripta.

SEcundum exemplum tacitæ conuentionis proponitur initio huius legis his verbis: *Item quia conuentiones etiam tacite, &c.* vbi illa verba *quia conuentiones item tacite valent*, mihi subolent esse glossographi, quia superuacua ea repetitio est. Cæterum exemplum, quod ibi proponitur, tale est: Quæ in vrbanum prædium sibi locatum conductor induxit inuexit, intulit, tacite pign. nexa locatori videntur pro mercede habitationis, vel si culpa conductoris deterior habitatio facta fuerit, *vt l. 4. inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. cont.* Dico, *in vrbanum prædium*, vel vt Paulus, *in vrbanis habitationibus*, quas natura fructus nullos ferre manifestissimum est:

nam in prædium rusticum, quod natura fructibus ferundis comparatum est, nihil necesse est statuere, inducta & illata a conductore tacito iure pignori esse, quod abunde sufficiat, si fructus ibi nati ob mercedem pignori esse intelligantur, quæ alia est species taciti pignoris. Et in vtraque specie inducta & recepta est tacita conuentio pignoris, non alia via & ratione, quam quod coloni, id est, conductores rusticorum prædiorum vulgo solerent ob mercedem fructus, quos perciperent, pignori obligare. Inquilini vero, id est, conductores prædiorum vrbanorum supellectilem, & cæteras res omnes, quas in ea prædia inferrent, importarent. Quod pacisci solebant nominatim, vt aperte indicat *lex si seruus* §. *locaui, de furtis*, id vsu paulatim inualuit, vt etsi expressum non esset, tamen tacite pacti locator & conductor semper inter se intelligerentur. Quod vulgo fieri solet, sæpe abit in legem, & habetur pro facto, vel pro dicto, etiamsi dictum non sit, *l. vlt. C. de fideiuss.* Denique paulatim obtinuit, vt locato prædio rustico, fructus ob mercedem tacite pignorati essent, non inducta & illata, nisi id nominatim conuenisset, *vt l. 1. inf. de Saluian. interd. l. 5. C. in quib. caus. l. 5. C. de locato, §. item Seruiana, Instit. de act. §. interdictum quoque, Institut. de interd.* Locato autem prædio vrbano, vt inducta & illata locatori ob mercedem pignori essent, etiamsi nihil nominatim conuenisset, idque indistincte siue locator sciisset, quæ inducta essent, siue ignorasset. Facessat hæc distinctio Accursij. Et hoc in titulo *in quibus causis*, multæ leges docent, & in aliis titulis quamplurimæ. Et hoc iure vtimur, vt ait *lex 4. inf. in quib. caus. pign.* hoc scilicet vsus introduxit, non lex scripta. Et initio huius legis 4. placet, id est, vsu comprobatum est.

Ad §. 1.

Svbiicit *in l. 4. secundum hæc & mutuu pacisci potest.* Hoc quoque subsentio aliud esse glossema siue ἐμβλημα. Primum quia non suo loco hoc adnotatum est, vel enim adnotari debuit post omnia exempla tacitarum conuentionum in fine huius legis 4. vel initio illius propositionis, quæ est *in l. 2.* Sed etiam tacito consensu conuenire intelligitur: secundum quam propositionem, & hoc loco dicere debuit Paulus conuenire, non pacisci, secundum hæc & mutuum conuenire posse, quia conuenire latius patet, quam pacisci (etiam contrahere posse mutuum certum est.) Et verum est, mutum non tantum pacisci, sed & contrahere posse, vt Paulus scribit 2. *sent. titulo ex empto vendito*, mutum emere & vendere posse. Ergo & alia similia negotia, quæ consensu perficiuntur contrahere posse absque dubio.

Ad §. huius rei.

Porro tertium exemplum proponitur *in* §. *huius rei.* Et est huiusmodi. Si pure interponatur stipulatio dotis constituendæ causa, quoniam in contrahenda stipulatione, etiamsi hoc expressum non sit, statim ab initio tacite actum videtur, vt non aliter teneat stipulatio, quæ fit dotis causa, quam si nuptiæ sequantur. Et ideo ante nuptias ea pecunia, quæ cauta est dotis nomine, male petitur, vt ait, quia plus tempore petitur, id est, antequam conditio, quæ tacite stipulationi inest, exstiterit: male petitur, quod plus tempore vel summa petitur, quod actorem periculo subiicit plus petitionis, *vt l. 4. de compensat. l. 1. §. vlt. quand. dies vs. leg. ced.* ergo ante nuptias ea pecunia male petitur, quia ante conditionem petitur. Nuntio autem remisso, & plane repudiata conditione nuptiarum, quia defecit conditio, quæ stipulationi inerat ipso iure, vt ait, euanescit stipulatio, & qui post nuntium remissum ex ea stipulatione agit, nihil agit. Iam non male agit, sed nihil prorsus agit, quia nullam actionem habet, nullamve speciem actionis. Et hæc est differentia inter male agere, aut plus petere, & nihil agere, quæ satis indicatur in *d. l. 1. §. vlt.* Iterum dico, qui post nuntium remissum, post repudium ex ea stipulatione agit, nihil agit, quia ipso iure euanuit stipulatio, quia pactio siue conditio, quæ stipulationi adiicitur incontinenti, vel quod tantundem valet, adiecta esse intelligitur, inest ex parte rei, & ipso iure liberat reum. Hoc enim est inesse, *l. rogasti* §. 1. *l. lecta* 40. *de reb. cred.* Inest ex parte rei, adeo vt non sit necesse reo opponere exceptionem pacti, sed a iudice protinus absoluatur: alias omissio exceptionis, quæ non inest actioni, causæ omissio est, *l. Papin. de Pub. in rem act.* Et ita omnino explicandus est hic §. *huius rei*, cuius vim aut non tenent alij, aut supprimũt.

Ad §. vlt.

Et quod obtinet in hoc tertio exemplo proposito *in sup. § huius rei.* idem obtinet in exemplo quarto, quod proponitur *in* §. *vlt.* Si pecuniam creditam stipuler pure mihi reddi, & vsuras certas, id est, in menses singulos, & mox nullo interuallo intermisso paciscar, ne sortem petam, quamdiu mihi vsuræ soluentur: nam si nihilominus sortem petam, cum debitor non cesset sua quaque die vsuram inferre ex fide bona, nihil ago, quia pactio illa siue conditio, cum sit stipulationi apposita in continenti, inest stipulationi ex parte debitoris, nec necessaria est exceptio pacti, quæ tamen necessaria esset debitori, si id conuenisset ex interuallo. Quod si ea pactio nõ fuisset apposita, debitor etiamsi offerret vsuras, posset in sortem conueniri, *l. vlt. §. vlt. C. de iur. dot.* quæ maxime pertinet ad hunc locum, nec notatur a Glossa. Eam vero fuisse appositã in cõtinenti ex eo colligo, quod eam stipulationi inesse dicat: neque enim vlla ex parte inest stipulationi, quæ fit ex interuallo: facta igitur hic est in continenti, quæ inest stipulationi ex parte debitoris, quamuis per se fuerit stipulatio pure concepta, sed recipit eam legem, quæ mox stipulationi subiecta est, ac pro ea habetur, ac si sub ea lege atque conditione siue pactione initio concepta stipulatio fuisset.

Ad l. 6.

Ad hæc sciendum est, ad idem edictum scripsisse Paulum, quod & Vlpian. scripsit *l. 4. in l. 5. hoc tit.* conuentionem aut publice fieri aut priuatim. Publice fit inter duces belli, inquit, pacis aut induciarum gratia. Hæc conuentio fit pacto, quod & pacis nomen indicare Vlpianus ait *eod. lib. 1. in prin. hoc tit.* Pax dicitur, quod pacto fiat, & inde pactorum pacis mentio in *l. in bello, in pr. de capt. & postl. reuers.* Et alij auctores sæpe pactionem pacis solent dicere. Et M. Tullius elegãter & fortiter 10. Epist. *Pacem victoria non pactione esse pariendam.* Et, *per pacem*, ait Vlp. in *d. l. 5.* id est, per conditionem pacis, Basil. de pace. περὶ εἰρήνης. Et recte duces belli, quia ducum est, vt Apollonius 3. Argon. συνθεσίας μετὰ χερσὶ βαλέσθαι. Quæ autem priuatim conuentiones fiunt aut sunt iurisgentium, de quibus in *l. 7.* quæ sequitur: & eæ conuentiones iurisgentium sunt contractus, non pacta: aut hę sunt legitimę cõuentiones, & sunt pactiones, non contractus. Pactiones, quæ ab initio lege aliqua confirmantur, vt scilicet obligationem, & actionem pariãt, aut tollant ipso iure. Regulariter enim ex pacto neque ipso iure tollitur, neque nascitur actio: ex contractu quidem nascitur & tollitur, sed non ex pacto priuato. At si specialiter pactum lege, aut senatusc. adiuuetur, ex eo nascitur actio, vel tollitur ipso iure. Idque pactum dicitur esse legitimum, vel conuentio legitima, vt Paulus ait in *h. l. 6.* qui & eod. lib. *in l. si tibi* §. 1. *inf. h. t.* exemplum apposuit in actione iniuriarum, quæ ex *l. 12. tab.* pacto nudo ipso iure tollitur, nimirum ex illa lege, *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.* Verbum est antiquum, *Pacit*, pro *Paciscatur*, quo & Terent. vsum puto in Heaut. illo loco, *post daturam mille nummum pacit*: & Paulus eodem loco posuit exemplum id ad sententiam huius legis sextæ accommodatum, & in actione furti, quæ etiam pacto nudo tollitur ipso iure, id est, ex *l. 12. tab.* in qua ita videtur fuisse scriptum: *si furtum nec manifestum escit*, vt est apud Festum, vel, *si furti nec manifesti adorat:*

adorat: nam in *l. 12. tab. Adorare*, est *agere*, Apud eundem Festum, *ni quis pro fure damnum deciderit, duplione damnum decidito*. Et inde in *l. si pro fure, de cond. furt.* decisione, quod est pactione furti actionem tolli, non cōdictionem, & *l. seq.* §. *si paciscar, legem de furto pacisci permittere*. Legem quum dicimus, 12. tabularum leges dicimus. Legitimum igitur esse pactum, quo de furto paciscimur, & actionem furti tollere ipso iure, etiam non opposita exceptione. & in *l. 13. de furt. post decisionem furti leges agere prohibere*. Ait Paulus, *lege vel senatusc.* adde ex eadem, *vel pratoris edicto*: nam & edicto prætoris si fiat pactum nudum de hypotheca, vt res pignori sit vel hypothecæ, ex eo pacto actio nascitur. Hoc exemplo idem Paulus vtitur eod. lib. in *d. l. si tibi* §. 1. *de pign.* Paulum igitur ex Paulo interpretemur, & exempla ad hanc legem, quæ accommodentur, sumamus ex B *d. l. si tibi* §. 1. & §. *de pig.* potius quam ex commentis aliorum. Conuenienter autem *d.* §. *de pign. l. maior, C. de pign.* ait, conuentionem nudam, scilicet pignoris pactum, vel iurisdictionem, id est, edictum prætoris secundum voluntatem paciscentium, scilicet secundum pacti conuentionem, tueri.

Ad leg. 11. & 13. eod.

Quia & solui ei potest.

QVamuis ex pactis regulariter non nascatur actio, nascitur tamen exceptio, & prætor qui in edicto se pacta seruaturum pollicetur, ea seruat datis exceptionibus vel replicationibus, non datis actionibus: vt si debitor paciscatur cum creditore, ne a se pecunia debita petatur, ex C hoc pacto debitor si ab eo creditor pecuniam petat, tuebitur se exceptione pacti, concepta hoc fere modo, *si non conuenit inter me & te, ne ea pecunia peteretur.* Rursus ex diuerso, si postea conuenerit mutata sententia, vt creditor eandem pecuniam petat, non datur quidem creditori actio ex hoc pacto, sed actio ex pristina causa, ex pristina obligatione, quæ priori pacto non omnino perempta est. At si opponatur ei exceptio prioris pacti de non petenda pecunia, potest se tueri opposita replicatione pacti posterioris, *l. si vnus* §. *pactus, hoc tit.* Inde quæritur, an si cum deberem Titio 100. ex stipulatione, pactus cum eo sit procurator meus, ne a me illa 100. peterentur. Quæritur, inquam, an mihi per procuratorem adquiratur exceptio pacti conuenti: Et constat, non adquiri, quia (possessione D excepta) per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non est, (qualis est procurator,) nihil nobis acquiri potest §. *ex iis, Instit. per quas pers. nob. acquir.* Ergo nec exceptio, nec actio nobis per procuratorem acquiri potest, quia liber homo alteri, etiam si sit procurator, & procuratorio nomine agat, paciscitur, stipulatur, contrahit inutiliter, *l. 73.* §. *vlt. de reg. iur.* Ergo & ex pacto, quod procurator meus fecit meo nomine, mihi non adquiritur exceptio pacti, sed datur tamen mihi eo casu, si mecum agat Titius, exceptio doli mali, non quasi mihi per procuratorem quæsita, quod fieri non potest: sed quasi meo iure mihi competat ex æquo & bono, quod dolo malo faciat Titius, qui a me petit pecuniam, quam procuratori meo rem agenti meam, meo nomine promisit, se non petiturum; maxime, quod notandum, si pro eo, vt ita pacisceretur, creditor de meo aliquid, in quo non minus, vel etiam amplius, consecutus fuerit, vt in *l. contra, in fi. hoc tit.* neque enim occasione iuris, quo cautum est, alteri factam pactionem non valere, abuti creditor debet contra naturalem æquitatem, & nihilominus retinere, quod de ea re compendij fecerit, ne perfidia, dolusve malus eius illi prosit, & mihi noceat, *l. 1. de doli mali except.* ne, inquit, dolus suus ei prosit per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem, id est, per occasionem illius regulæ, *alteri paciscimur inutiliter*, quæ est regula summi iuris: ne, inquam, dolus suus ei prosit per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem. Et ita in *l. vlt. C. pro empt. ne occasionem iuris trahat ad compendium suum cum detrimento alterius.* non licet abuti regulis iuris, etiamsi vtar non

A improprie, quoties refragatur æquitas naturalis, & desiderat mitigare rigorem iuris, quod fit per exceptionem doli mali, quæ, *vt eleganter ait Cyrillus in l. inter* §. *pen. de pact. dotal.* est exceptio φυσικώτερα, καὶ ὡ πάνυ τὴν ἀκρίβειαν ἐξετάζουσα. *Est exceptio*, inquit, *valde conueniens æquitati naturali, & quæ non admodum inquirit vel spectat rationem summi iuris*: sententia est elegantissima. Ideoque in specie proposita, deficiente exceptione, occasione iuris ciuilis, iuris summi, quod alteri fiat pactum inutiliter per liberum hominem, æquum est saltem aduersus creditorem debitori dari exceptionem doli mali. Vbi datur exceptio pacti, datur etiam exceptio doli semper: vbi vero datur exceptio doli mali, non vtique exceptio datur semper: modo enim concurrit hæc cum illa, vt in *l. 18.* §. *pen. de mort. caus. donat. l. 2.* §. 1. *item quæritur, de doli except. l. si accepto latum, 19. de acceptil. l. si vnus* §. *cum decem, hoc tit.* modo hæc, id est, exceptio doli venit in subsidium exceptionis pacti, id est, quotiens deficit exceptio pacti, vt in *l. iurisgentium* §. *vlt. hoc tit.* Et in specie, quæ est in manu, & quæ proponitur in *l. vlt. sup. de procurat.* de procuratore omnium bonorum, aut rerum, aut negotiorum meorum, cuius pactum sicut mihi nocet, si pactus sit, ne ego petam, æquum est, vt mihi prosit, si pactus sit, ne a me petatur. Quod fit non quidem beneficio exceptionis pacti, sed beneficio exceptionis doli, *l. 7.* §. 1. *quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.* Et ad id ex Pauli edicto additur hæc ratio in *l. 11.* quia & procuratori omnium negotiorum meorum solui, quod mihi debetur, potest. Quæ ratio principaliter ostendit, cur pactum eius mihi obsit, vel noceat per consequentias, cur etiam mihi prosit: nam si nocet, consequens est, vt & prosit, quotiens res exigit. Ratio igitur Pauli, ita explananda est: debitor meus procuratori meo soluendo liberatur, *l. 6.* §. *pen. de condict. indeb. l. vero procuratori, de solut.* Ergo & debitor meus cum procuratore meo paciscendo liberatur. Atque ita pactum procuratoris mei, mihi nocet: sed debitor meus solutione facta procuratori meo, ipso iure liberatur. Pactione autem non liberatur ipso iure, neque per exceptionem pacti, sed per exceptionem doli mali subsidiariam. Denique is, cui recte soluitur, & recte paciscitur, exceptis quibusdam, de quibus dicemus initio *leg. si vnus, hoc tit.* & contra, cui non soluitur recte, nec paciscitur recte, *l. 13. & 28. in princ. h. t.* Igitur alia est conditio procuratoris negotiorum, cui vniuersa, vel quædam negotia mandata sunt, vel vnum negotium tantum: Alia conditio procuratoris litium, aut litis, constituti scilicet ad agendum vel defendendum. Nam procurator negotij vnius, vel plurium, vel omnium, pacisci potest, quatenus ei demandati negotij exigit ratio, & pactum eius domino obest vel prodest, id est, mandatori obest vel prodest. eidem quoque procuratori solui potest, quin & per stipulationem nouare veterem obligationem potest, *l. 20. in fin. de nouat.* exemplo tutoris, qui ad vtilitatem pupilli nouare obligationem potest, *l. 22. de adm. tut.* & rem in iudicium deducere, vt ait *l. 12. hoc tit.* id est, iudicio petere & exigere potest, quod domino debetur, conuenire debitorem domini potest, & cum eo E litem contestari, quæ est alia nouationis species, nempe necessaria, prior illa est voluntaria. Procurator autem litis seu actionis, cui causæ actio tantum est mandata, nihil præterea, domino paciscendo neque obesse, neque prodesse sibi aut domino potest, quia nec ei solui potest, nisi & ad hoc quoque datus fuerit. Et hoc ex eod. libro Pauli 3. proponitur in *l. 13. hoc tit.* cum hac exceptione, nisi factus sit procurator litis in rem suam, in litem suam: vt si vendita ei, aut donata sit actio, quia hic loco domini est, eidemque quasi domino prodest, vel nocet pactum, quod facit cum reo, non mandatori, nempe quia ad illum omne iudicij emolumentum pertinet, illique competit actio iudicati, si lis detur secundum illum, *l. 4. de re iudic.* Et solui igitur eidem potest quocunque tempore, & vero debet, quia loco domini est, quia res eius est facta emptione vel donatione. Longe aliud dicimus, si procurator fuerit in rem, siue litem

alienam, quia nec ei solui potest, vt dixi. Et vero est absurdum, vt eleganter ait *l. hoc iure, de solut.* ei solui posse ante rem iudicatam, cum nec post rem iudicatam ei solui iudicatum possit, vel ipse agere iudicati, sed dominus solus, *l. si procurator, de procur.* Quod si solui ei non potest, nisi, vt ante dixi, specialiter, & ad hoc quoque dato, consequens est, nec pacisci eum posse, aut si paciscatur domino, pactum nocere vel prodesse non posse. Et hæc de procuratore ad litem suam vel alienam. Hæc distinctio valet in procuratore ad litem. At procuratori ad negotia gerenda proculdubio solui potest indistincte. Ergo & idem pacisci vtiliter potest super negotio, quod gerit & administrat. Procurator ad litem, alias fit ad litem, siue rem suam, alias fit ad litem alienam: procurator ad negotia semper fit ad rem alienam. Et præterea procurator negotiorum quocunque tempore alium procuratorem facere potest, qui negotium sibi mandatum exequatur, etiamsi dominus id ei specialiter non permiserit, *l. si procuratorem, §. 1. mandati: cap. 1. de procur. in 6.* Exceptis duobus casibus, si fiat procurator ad rem aliquam alienandam, vendendam, tradendam, quia mandatum de re amittenda, & de re alienanda negotium est magni momenti, quo futurum est, vt res abeat dominio mandatoris: & ideo procurator ad eam rem factus non temere alij cuicunque id negotium committere potest, *l. pen. §. item adiiciendum, de diuers. & temp. præs.* Et si fiat procurator (& hic alius casus est) ad contrahendum matrimonium nomine mandantis, *cap. vlt. de proc. in 6.* quia & in ea re, quæ est magni momenti, non potest alium facere procuratorem. Alias procurator negotiorum alium procuratorem suo arbitratu deligere potest, & facere. Procurator autem litium, vel litis, ante litem contestatam non potest alium facere procuratorem: post litem contestatam potest, quia contestatione factus est dominus litis, *l. nulla, C. de procurat.* Iterum dico, ante litem contestatam alium ad eandem litem agendam procuratorem facere non potest, nisi id ei specialiter dominus permiserit, *d. cap. de procur. in 6.*

Ad leg. 15. eod. tit.

Tutoris quoque (vt scribit Iulianus) pactum pupillo prodest.

IIs, quæso, nunc applicemus, quod ex eod. lib. Pauli proditum est in *l. 15. eod. tit. de pact.* tutoris quoque pactum pupillo prodesse, & addamus audenter, vel nocere, cum scilicet pactum quod bona fide tutor paciscitur, ex vtilitate, e re pupilli est, qui forte tantundem vel amplius consequitur, vel qui transactione facta litis perplexæ & dubiæ molestia liberatur, *vt l. si pignore §. vlt. l. interdum, §. qui tutelam, de furtis.* Et ex eodem libro Pauli, cum hac l. 15. coniungenda est *lex 22. de adm. tut.* in qua idem ait.

Ad l. 22. de adm. tut.

Tutor ad vtilitatem pupilli & nouare, & rem in iudicium deducere potest. Donationes autem ab eo factæ pupillo non nocent.

TVtorem quoque ad vtilitatem pupilli per stipulationem nouare veterem obligationem posse, & rem in iudicium deducere, quod est, vt dixi, aliud genus nouationis. Ex quo sequitur & pacisci tutorem posse ad vtilitatem pupilli: nam & solui ei potest, *l. quod si forte §. 1. de solut. l. 46. §. tutela, & §. vlt. inf. hoc tit. de administ. tut.* tutori, inquam, solui posse. Ac præterea iudicati actionem dicimus tutori dari, si obtinuerit contra aduersarium pupilli, iudicati, inquam, actionem tutori dari, quamdiu tutela durat, quia & tamdiu eadem actio, si competat, in eum datur, nisi ex necessitate pro pupillo iudicium accepit: puta cum propter infantiam vel absentiam pupilli non posset illi auctor esse ad iudicium accipiendum, *l. 2. de adm. tut. l. pen. quand. ex fact. tut.* Recte autem ait hæc lex 22. *ad vtilitatem pupilli*, id est, quum ita exigit ratio & administratio negotiorum pupillarium: neque enim in pupilli perniciem siue detrimentum tutor donare, vel quicquam aliud exequi, & deminuere patrimonium pupilli potest: tueri pupillum debet (vnde & illi nomen) non spoliare. Proinde donationes ab eo factæ, pupillo non nocent, nec transactiones factæ non expediendi pupilli gratia, aut expediendæ rei pupillaris gratia, quæ forte implicita erat, sed deminuendi gratia pupillo non nocent, *l. 45. §. vlt. h. tit.* Quod & in procuratore negotiorum eodem prorsus modo obseruandum est. Nam ea, quæ diximus, ei permitti, eatenus duntaxat ei permissa intelliguntur, quatenus vtilia domino sunt, aut necessaria, non quatenus inutilia, aut dispendiosa, vt ex *d. l. 46. §. vlt.* iampridem ostendi, & in *l. mandati 60. de procur.* esse legendum, vbi vulgo inepte, *transactionem decidendi causa interpositam*, quod perinde est, ac si diceret, transactionem transigendi causa interpositam: decidere enim, vt in 12. *tab.* nihil aliud est, quam transigere, aut pacisci, transigendi, non donandi, aut deminuendi causa. Scribe igitur in *d. l. mandato* pro *decidendi, deminuendi,* vt in *d. l. 49. §. vlt.* vt ita non tantum tutori, sed & procuratori, qui generale mandatum habet, interdicatur, non quidem transactione, vel decisione litis dubiæ, & incertæ, sed ea tantum, quæ fit deminuendi causa. Et circumscribe differentiam, quam & in *d. l. mandato*, & in *l. 12. de pactis*, & aliis locis innumeris passim Accursius facit, inter eum procuratorem, qui generale mandatum habet, & eum, qui habet liberam rerum & negotiorum administrationem, tametsi eum Accursij errorem sequatur Bonifacius *in capit. 4. de proc. in 6.* Nam & qui generale mandatum habet, sane liberam administrationem habet, nec quidquam alter ab altero distat. Et contra quam idem Bonifacius sentiat, iure ciuili is, qui generale mandatum habet, & is, qui vniuersorum bonorum procurator est, etiam si non adiecta sit illa clausula, *cum libera potestate:* potest iusiurandum deferre, perinde atque si adiecta esset, & consequenter pacisci, quia & iusiurandum speciem pactionis habet: Et si pacisci, ergo & solutam pecuniam accipere, quæ domino debetur, *l. 17. §. vlt. de iureiur.*

Ad l. 17. de pactis.

Si tibi decem dem, & paciscar, vt viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio vltra decem. re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. 1. §. Quædam actiones per pactum ipso iure tolluntur: vt iniuriarum, item furti. 2. § [illegible] pignore iure honorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor ne petam. 3. §. Si quis paciscatur, ne a se petatur, sed vt ab herede petatur: heredi exceptio non proderit. 4. §. Si pactus sim, ne a me, neue a Titio petatur: non proderit Titio, etiamsi heres exstiterit: quia ex post facto id confirmari non potest. Hoc Iulianus scribit in patre qui pactus erat, ne a se, neue a filia peteretur: cum filia patri heres exstitisset. 5. §. Pactum conuentum cum venditore factum, si in rem constituatur, secundum plurium sententiam & emptori prodest, & hoc iure nos vti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam, etiamsi in personam conceptum est, & in emptorem valet, Qui hoc esse existimat, & si per damnationem successio facta sit. 6. §. Cum possessor alienæ hereditatis pactus est: heredi, si euicerit, neque nocere, neque prodesse plerique putant. 7. §. Filius, seruusue si paciscatur, ne a patre, dominoque petatur.

QVod initio huius legis proponitur, satis apertum esse videtur: sed rationem eius explicare non tam est in facili, quam imber quando pluit, vt Plautus loquitur. Si tibi decem dedero mutuo, & ex continenti pepigero, vt mihi debeas 20. ait non nasci obligationem vltra 10. Ratio, quam non affert, est hæc: Quia mutuum est contractus stricti iuris, & contractibus stricti iuris pacta, quæ adiiciuntur in continenti, non insunt nisi ex parte rei, *l. lecta,*

l. lecta, de reb. cred. Ex parte actoris non insunt, id est, actionem non formant, obligationem non augent, *l. rogasti, §. 1. eod. tit. de reb. cred.* Et mutui obligatio, quæ re contrahitur, id est, numeratione, vel vt in *l. 9. §. numeraui, eod. tit.* vel adpensione, vel admensuratione; mutui, inquam, obligatio per se non consistit vltra id, quod numeratum, vel appensum, vel admensum est. Non potest etiam dici, decem, quæ pacto supradicta sunt, deberi vsurarum nomine. Primum, quia id actum non est, sed vt deberentur quasi ex causa mutui, vt etsi tantum 10. adnumerata essent, deberentur 20. ac si viginti adnumerata essent. Deinde, quia, etiamsi id actum sit ex pacto, vsuræ creditæ pecuniæ deberi non possunt, *l. 3. C. de vsur.* Eadem prorsus ratione, quia pactum non potest mutuo inesse ex parte actoris siue creditoris, dici etiam non potest ea decem, quæ superfluunt, aut pacto superadiiciuntur, deberi quasi donata, quia nec id agebatur, vt donata essent, sed vt quasi credita deberentur, & quia, etiamsi animus donandi fuerit, hoc iure donatio pacto non perficitur, aut nudo consensu, sed mancipatione, vel traditione, numeratione, aut cessione in iure, vel stipulatione: quod est certissimum. Neque est quod obiicias initio huius legis, legem *in traditionibus* 48. *inf. h. tit.* quæ ait, in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est. Ait, *quodcunque pactum.* Ergo, cur etiam non valet, quod in numeratione pecuniæ paciscitur creditor cum debitore, vt altero tanto plus debeat, quam accipiat: nam in traditionibus, inquit, (quo nomine & numerationes continentur,) quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est, quia non ita generaliter ea lex accipienda est, sed accipienda tantum de traditionibus, quæ fiunt ex contractibus bonæ fidei, *l. 44. §. sic & in tradendo, de oblig. & act.* non etiam de traditionibus siue numerationibus, quæ fiunt ex contractibus stricti iuris: nam inter hos contractus magna differentia est, quod ad rem, qua de agitur, attinet: nam pacta adiecta contractibus stricti iuris ex continenti, insunt quidem ex parte rei, *l. lecta, de reb. cred.* probat etiam *l. 4. §. pen. & vlt. hoc tit.* vt ibidem demonstraui, sed non insunt ex parte actoris, id est, valent & prosunt debitori etiam non opponenti exceptionem pacti, non etiam creditoris actionem, vel obligationem augent. Pacta autem bonæ fidei contractibus adiecta incontinenti, ipso iure non tantum minuunt, sed etiam augent obligationem & insunt ex vtraque parte actoris & rei, *l. iurisgentium 7. §. quinimo in bonæ fidei, hoc tit. l. in bonæ fidei, C. eod. tit.* frustra diceret, in bonæ fidei, si idem esset in strictis iudiciis & contractibus. Et hoc adnotasse in principio huius l. satis est.

Ad §. 1. Quædam actiones.

QVod sequitur in hoc §. 1. *Quædam actiones per pactum ipso iure tolluntur, &c.* id iam exposui in *l. 6.* sed addam aliquid. Aliquando ex pacto ait ipso iure tolli actionem. Regulariter ex pacto neque tollitur, neque nascitur actio. Interdum tamen ex pacto ipso iure tollitur actio, videlicet, si lege confirmatum sit, vt si is, cui membrum ruptum, aut os fractum est, cui & iniuria illata est, paciscatur, ne agat iniuriarum: pactum lege 12. tab. confirmatur, & ipso iure tollit actionem iniuriarum ex illa lege, *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto:* vel etiam si is, cui furtum factum est, paciscatur, ne furti cum eo agat, vel si cum fure ea de re transigat ex eadem lege 12. tabul. *si adorat,* id est, agat, *furto: quod nec manifestum escit,* id est, erit, *ni quis pro fure damnum deciderit, duplione damnum decidito,* id est, ni quis ea de re cum fure transegerit. transactio fit pacto. hoc igitur loco ipso iure, id est, ex l. 12. tab. hoc item loco, actio iniuriarum, id est, de membro rupto, id est, actio ciuilis ex 12. tab. de membro rupto, aut osse fracto, cuius ex ea lege pœna erat talio. hoc item loco, actio furti, id est, furti nec manifesti in duplum: quæ est actio ciuilis ex eadem lege 12. tab. Vnde quæritur, an etiam actio furti manifesti, quæ est prætoria, non ciuilis, pacto ipso iure tollatur: Et quia triplex est actio iniuriarum, vna ex 12. tab. altera ex l. Cornelia, & tertia ex edicto prætoris, quæritur an omnis actio iniuriarum pacto ipso iure tollatur? Et sicut lex 5. §. *hac lege, de iniuriis,* ostendit, etiam actionem iniuriarum quæ non descendit ex l. 12. tab. sed ex l. Cornelia, ex eadem lege Cornelia, id est, vt in ea cautum est nominatim, tolli iureiurando, si quis iurauerit se iniuriam non fecisse, & exemplum quoque legis Corneliæ prætores sequi, id est, iureiurando etiam prætoriam actionem iniuriarum tolli, denique omnem actionem iniuriarum. Inde non improbabiliter dices, etiam prætorem qui furti manifesti actionem dat in quadruplum, sequi exemplum l. 12. tab. in actione illa furti manifesti: sed noluit idem statuere de vlla alia pœnali, & famosa actione præterquam de actione iniuriarum, & furti qualicunque, vnde descendat, ex l. 12. tab. vel ex l. Cornelia, vel ex edicto prætoris. Parem autem esse causam iurisiurandi & pacti notum est, *l. non solum §. 1. de iniur. l. Stichum §. naturalis, de solut. l. 1. §. pen. C. de nat. lib.* nam & iusiurandum loco pactionis aut transactionis cedit, *l. 2. l. tutor, §. 1. & l. 8. etsi seruus, de iureiur.* Ergo quæcunque dicitur actio furti vel iniuriarum tolli iureiurando, consequens est & eam quoque tolli ipso iure pacto conuento siue transactione.

Ad §. De pignore.

ALiquando etiam ex pacto ipso iure actio nascitur, vt si paciscatur creditor cum debitore, vt debitoris fundus crediti nomine pignori obligatus sit, quoad pecunia debita soluatur, puta si fundus non tradatur creditori, si non inducatur in possessionem fundi, sed nudo tantum pacto conuenerit inter creditorem & debitorem, vt fundus pignori esset, quod proprie hypotheca dicitur: ex hoc pacto ipso iure actio nascitur, quæ dicitur hypothecaria, siue quasi Seruiana, quia hoc pactum prætor confirmauit, quia hoc pactum, vt ait *l. maior, C. de pig.* Iurisdictio, id est, edictum prætoris, tuetur atque confirmat, secundum fidem pacti, secundum voluntatem paciscentis. At e contrario, vt in hoc §. proponitur, actio hypothecaria, non tollitur tamen ipso iure, si paciscor ne petam vt ait: nascitur actio hypothecaria ipso iure ex pacto: at non tollitur ipso iure ex pacto, sed per exceptionem pacti: verum, si paciscor, inquit, ne petam, id est, ne petam sortem, vt & Basilica interpretantur, ὅτι συγχωρῆται τὸ χρέος, *cum sors remittitur,* & confirmat etiam *l. 5. in princip. quib. mod. pign.* quæ ait, pacto interposito ne pecunia petatur, id est, sors petatur, id actum videri, vt & ab hypotheca discedatur, & pactum illud parere exceptionem perpetuam. Discedi igitur ab hypotheca beneficio illius exceptionis, non ipso iure. denique non solui hypothecam ipso iure, sicut nec principalem obligationem, id est, sortis, sed per exceptionem pacti, vel doli. Et ratio hæc est simplicissima, atque adeo verior, veritatis oratio est simplex, vt in veteri prouerbio, quia obligationem pignoris, edicto nominatim cautum est, nudo pacto fieri ipso iure, vt ait hoc loco de pignore, iure honorario nasci ex pacto actionem. At non etiam similiter id cautum est edicto, vt & ipso iure pacto tolleretur obligatio hypothecaria. Quamobrem nec si nominatim conuenerit de hypotheca vt ab ea discederetur, hypothecariam solui ipso iure necesse est, sed necessariam esse exceptionem pacti, vel doli. Atque ita euenit hoc casu, vt hypotheca, quæ consensu nudo ipso iure contrahitur, non dissoluatur etiam ipso iure contrario consensu. Et sane ita est, constituitur hypotheca ipso iure nudo pacto, non soluitur nudo pacto ipso iure contrario consensu, sed exceptionis adminiculo. Neque quemquam turbet regula iuris, nihil tam naturale esse, quam eo genere, quo quidque colligatum est, eodem & soluatur, quia ea regula de contractibus est, non de pactis. Et etiamsi illa regula non esset, hoc per se ipsa rerum

natura dictat, satis videlicet consentaneum esse, vt nodus eo modo soluatur, quo nexus est. Consentaneum est, vt prout quodque contractum est, ita & soluatur. Ita fit semper in omnibus conuentionibus, in contractibus, & in pactis, sed non eodem modo: *multa*, inquit, Fab. 2. Instit. *fiunt eadem, sed aliter*. Pactum quod consensu nudo fieri certum est, contrario consensu soluitur: sed non eodem modo, quo contractus nudo consensu perfectus, contrario consensu tollitur re integra: contractus enim soluitur ipso iure, pactum soluitur per exceptionem. Neque vero existimes consensum nudum, & pactum nudum idem esse. nam eo distant inter se, quo genus a specie, quo & conuentio similiter a pacto. Nam nudus consensus modo contractum efficit, qui proprium nomen habet, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem, mandatum: modo pactum, quod conuentio est sine nomine proprio, & sine causa.

Ad §. si quis paciscatur.

HIc §. est de pacto in personam, quod heredi paciscentis non prodesse certum est, non posse egredi personam, non alij posse prodesse quam paciscenti, *l. iurisgentium §. pactorum, hoc tit. l. 5. in princ. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Pactum autem in rem, id est, generale pactum, non personale, heredi paciscentis prodesse. Plerumque autem in rem pactum esse videtur, si debitor paciscatur, ne a se petatur. Non videtur esse pactum in personam, sed in rem, quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismetipsis cauemus, *l. si pactum, de probat. l. tale pactum in princ. l. auus, h. t. l. veteri, C. de contrah. stipul.* Et ideo si paciscar, ne a me petatur, & nihil aliud probet actor, pactus videor in rem, non in personam meam duntaxat. Pactum ergo proderit heredi meo, aut bonorum possessori. Nam heredi meo pacisci possum, qui ad vicem meam propius accedere videtur, qui idem videtur esse, qui ego fui. Pacisci ergo possum heredi meo, proinde ac mihi: alteri extraneo paciscor inutiliter, etiam fratri, *d. l. tali §. vlt.* & filio, vel filiæ, §. seq. Et matri quoque inutiliter paciscor, nisi dixero, *fratri heredi meo, vel matri heredi meæ*, si simpliciter, *filio, vel filiæ, aut fratri, aut matri*, inutile pactum est, *l. inter §. penult. de pact. dotal. l. debitor §. vltim. ad Trebel.* At heredi meo, quia idem homo esse videtur, atque ego sum, quia alter ego mihi est, paciscor vtiliter. Et, vt dixi, semper ei pactus videor, nisi vt proponitur in hoc §. ita paciscar, ne a me petatur, sed vt ab herede meo petatur, quoniam apertissimum est, pactum coarctari personam meam, & a pacti emolumento submoueri heredem. Manifestum est, pactum esse in personam, non in rem: si dixero tantum, *ne a me petatur*, præsumitur esse in rem: si dixero, *ne a me petatur, sed ab herede meo*, plane est in personam. Et ideo heredi meo ex persona mea non potest dari exceptio pacti, nec doli.

Ad §. si pactus.

ADdamus, pactum quoque factum alteri, vt extraneo non vt heredi nostro futuro, ei non prodesse, vt si paciscar, ne a me, neve a Titio petatur, Titio non prodesse pactum, etiamsi postea is mihi heres exstiterit, vt in hoc §. ostenditur, quia ab initio non valuit pactum, & quod ab initio non valet, ex post facto non conualescit, non confirmatur. Qua ratione vtitur Paulus hoc loco. Idemque esse refert ex Iuliano, si paciscar mihi vel filiæ, quæ postea mihi heres exstiterit, filiæ non datur exceptio pacti. Et multo magis idem est, si paciscar filiofam. qui mihi postea heres exstiterit, filio non prodest exceptio pacti, sed prodesse potest filio, vel filiæ, qui quæve postea extiterit heres patri, exceptio doli, euidenti ratione, quia etsi pater pactus sit filiofam. & filius patri heres non exstiterit, puta si filius exheredatus fuerit, filio, etiamsi non prosit exceptio pacti, prodest tamen exceptio doli, vt ex eod. Iuliano refert eod. libro Paulus *in l. 21. §. Iulianus, hoc tit.* Quo etiam casu doli exceptio est subsidium exceptionis pacti. Verum obseruandum est, Iulianum loqui de filio exheredato, qui heres non exstiterit patri, non de filia exheredata, si pater pactus sit filio, non pacti, sed doli exceptio prodest filio, si filius postea heres exstiterit. Idemque admittendum videtur in filia. At si filius fuerit exheredatus, vel filia, discrimen videtur esse inter filium & filiam: filiæ nihil prodesse exceptionem doli, si exheredata sit: filio prodesse si exheredatus sit, quia in §. *Iulianus* de filio loquitur, non de filia: *in §. si pactus*, de filia: quod facile trahi potest ad filium. Nam siue filius, siue filia postea heres exstiterit patri, pactum ei prodesse, non beneficio exceptionis pacti, sed beneficio exceptionis doli. At si filius exheredatus fuerit, etiam ei prodest beneficium exceptionis doli: si filia exheredata fuerit nullo modo prodest. Quæ differentia videtur manare ex iure antiquo, quo filia exheredabatur vt extranea, nempe inter ceteros hac clausula, *ceteri exheredes sunto*: filia numerabatur inter ceteros, inter extraneos: & ita recte exheredebatur quasi extranea. At filius proprio quodam iure exheredandus erat, nempe directo, & nominatim, vt Institutiones docent. Quem exheredat vt filium proprio quodam iure, ei non est iniquum, accommodari exceptionem doli, ne per omnia ei exheredatio noceat, quæ etiam ei nocet in omnibus. At quam exheredat vt extraneam, ea plane habebitur pro extranea, vt nec pactum factum ei prosit beneficio exceptionis doli.

Ad versic. Et hoc Iulianus.

IN specie pacti, quæ hoc §. proponitur de patre, qui sibi & filiæ pactus, hoc tentare nudius tertius cœpi, posse ex iure antiquo discrimen & differentiam aliquam constitui inter filium exheredatum & filiam exheredatam, contra quam olim ad hunc §. adnotassem, non esse ea in re separandum filium a filia. Sed permanendum esse mihi videor in priore sententia, & ita de omni re concludendum: si pater cum creditore suo paciscatur, *ne a se, neve a filia sua petatur*, quamuis postea ea filia heres exstiterit, non prodest filiæ exceptio pacti, quia pactum, quod ab initio non valet ex post facto non conualescit: non prodest, inquam, filiæ, quamuis heredi postea factæ, exceptio pacti: neque ex persona sua, neque ex persona patris: patri prodesse non est dubium. Et hoc in §. *si pactus* Iulianum scripsisse Paulus ait. At hic quæritur, an saltem filiæ, quæ postea patri heres extitit, prosit exceptio doli, quæ in plerisque causis dari solet, deficiente exceptione pacti: Et in hac igitur causa, cum filiæ non sufficiat exceptio pacti, propterea quod pactum ab initio fuit inutile, tanquam filiæ factum, vt filiæ, non vt heredi futuræ, non destinatione faciendi eam heredem, sufficiat tamen filiæ, si ei competat exceptio doli mali: hæc exceptio nititur æquitate naturali, & propter æquitatem naturalem sæpe deflectimus ab illa regula, quæ dicit, *quod ab initio non valet, ex post facto conualescere non potest.* Et idem Iulianus in eadem pacti specie, vt eodem libro refert Paulus *l. 21. §. Iulianus, inf.* Iulianus, inquam, scribit filio non prodesse quidem exceptionem pacti, sed prodesse exceptionem doli, videlicet, si pater cum creditore suo pactus sit, ne a se, neve a filio suo petatur, a filio simpliciter, non a filio herede. Nam si filius postea heres patri exstiterit, Iulianus existimat, ei dandam esse exceptionem doli, denique ei pactũ patris prodesse remedio exceptionis doli, ne ab eo, postea herede facto creditor patris pecuniam petat: malo enim §. *Iulianus*, accipi de filio, qui patri heres exstiterit. Nam in exheredato illa pactio patris nihil prorsus valeret, quia satis compertum est, nihil peti ab eo posse, qui debitori heres non exstiterit. Qua ratione vtitur etiam idem Paulus *in d. l. 21. §. 1.* Si seruus paciscatur in personam, a se non peti, nihil valet pactum. Cur? quia nihil est certius, quam ab seruo nil posse peti. Petere est in iudicio petere, seruus non potest in iudicio consistere, seruus causam agere, causam orare non potest. Et ita pactum quod pater facit hoc modo *ne a se, neue a filio petatur*, plane nihil valet, si filius

ſi filius exheredetur, quia & detracto eo pacto ab exheredato nihil exigere poteſt creditor patris: ſi pater dixiſſet, *neue a meo filio herede*, proculdubio etiam filio competeret exceptio pacti, quoniam ei cauit, vt heredi, *l. auus, inf. hoc tit. coniuncta l. auus, de pact. dotal.* At quia dixit ſimpliciter, *filio*, neceſſaria eſt ei exceptio doli, ſi poſtea patri heres extiterit, quod proponitur *in d. §. Iulianus*, proponitur de filio famil. quia ea ſententia Iuliani applicatur ad id, quod paulo ſupradictum eſt, nos iis, qui in poteſtate noſtra ſunt, paciſcendo prodeſſe non poſſe, *§. nos autem d. l. 21.* Ceterum idem videtur eſſe ſtatuendum in filiofa. & in filio emancipato, & filia emancipata, nempe, vt ſi pater de eo paciſcatur, quod ſecum contractum eſt, de eo quod debet alij, ne id a ſe, neue a filio emancipato, filiaue ſua emancipata petatur, & is filius, eaue filia patri heres exſtiterit, idem dicendum eſt, vt proſit ei exceptio doli ex æquo & bono contra ſubtilitatem iuris ciuilis; id eſt, contra illam regulam, *quod ab initio*. Eadem quoque æquitas, vt iam ante oſtendi, admittenda videtur in alio quolibet extraneo, ſi debitor paciſcatur, ne a ſe, neue a Titio petatur, ſi poſtea Titius ei heres exſtiterit. Nam & in *§. ſi pactus*, nullum diſcrimen Paulus facit inter filium & filiam, quod notandum. Hactenus locuti ſumus de pacto, quod fecit pater, cum alij pecuniam deberet in hunc modum, *ne a ſe neue a filio filiaue petatur.* Quid dicemus, ſi cum filius aut filia deberet alij, non pater, paciſcatur pater, ne a filio aut filia petatur? Et quidem ſi filius, aut filia fuerit in poteſtate, certum eſt, pacti exceptionem patri prodeſſe, niſi aliud actum ſit, proinde atque ſi pater ſibi pactum feciſſet: patri, inquam, prodeſſe, ſi conueniatur filij nomine de peculio, vel de in rem verſo, vel quaſi defenſor filij, quoniam pactus etiam intelligitur, ne a ſe petatur. Item ſi pater iurauerit, *filium dare non oportere*, quem habet in poteſtate, aut filiam, quam habet in poteſtate, dare non oportere, proculdubio exceptio iuriſiurandi proderit patri: filio vero aut filiæ non prodeſt exceptio pacti, aut iuriſiurandi, ſed prodeſt ei exceptio doli vt opinor, ſiue patri heres exſtiterit, ſiue non, & ſimiliter, exceptio iuriſiurandi, id eſt, in factum, ſi pater iurauerit filium aut filiam dare non oportere, *l. qui iuraſſe §. 1. de iureiur.* Idemque dicendum opinor, ſi pater pactus ſit filio aut filiæ, qui, quæue in eius poteſtate non fuit, vel in caſum, quo deſierit eſſe, vt & filio vel filiæ proſit exceptio doli: patri autem nulla exceptio competat, qui filium aut filiam non habuit in poteſtate, aut qui in eum caſum paciſcitur filio vel filiæ, qui eum, eamue non eſt habiturus in poteſtate. Hoc ita eſſe arbitror, quia & ex ſtipulatione a patre hoc modo interpoſita, *poſt mortem meam filiæ dari*, conſtat filiæ, morte patris ſui iuris effectæ, accommodari vtilem actionem ex ſtipulatu, licet patri heres non exſtiterit, *l. quodcunque 45. §. ſi ita quis, de verb. oblig.* Et ſimiliter in eundem caſum poſt mortem ſuam mortua filia in matrimonio, ſi pater ſtipuletur dotem reddi filio ſuo, filio conſtat dari vtilem actionem ex ſtipulatu, *l. 9. de pact. dotal.* Ergo, etſi ſtipuletur dotem dari filio emancipato, pari æquitate filio danda eſt vtilis actio. Quod & Accurſius ſupplet *in l. ſi genero, C. de iur. dot.* Item ſi pater paciſcatur ſubiecta ſtipulatione, filia præmortua in matrimonio, dotem nepotibus reddi, quos non habebat in poteſtate, quibus forte donare volebat, nepotibus datur vtilis actio ex ſtipulatu. Hæc eſt ſententia legis *2. pater, C. de pactis conuent.* nec noua. Nam & ex ſtipulatione aui materni nepti, quæ in eius poteſtate non eſt, datur vtilis actio, *l. Caius, ſol. mat.* Datur etiam filijs ex ſtipulatione matris, vtilis actio, vt Accurſius ſupplet recte ad *l. 4. C. de pact. conuent.* Et in iure noſtro huiuſmodi ſuppletiones ſunt frequentiſſimæ, videlicet vt vbi denegatur actio abſciſe, ſuppleatur, benigna tamen interpretatione, vtilem dari, directam tantum denegari. His vero caſibus, vt benigna interpretatione ex ſtipulatione parentum, liberis, qui non ſunt in eorum poteſtate, detur vtilis actio, præcipua benignitatis ratio, vt indicat *d. l. Caius*, dum *ait, maxime: eſt enixa parentum voluntas & affectio, quæ vbique valet.* Et eadem eſt etiam, ſi de alia re liberis danda agatur, quam de dote profecta a parentibus, *vt in d. l. quodcunque §. ſi ita quis*, quam male quidam coanguſtant ad filiam, & ad dotem pro ea datam, quæ ſit reddenda filiæ poſt mortem patris, quia mortuo patre manente adhuc matrimonio, nondum exſtit caſus reddendæ dotis. Et quod ille §. *in filia*, idem & in filio ponit *d. lex 9. de pact. dot.* Poſui autem parentes ſtipulatos liberis, quos non habebant in poteſtate, vel in caſu, quo habere deſinerent, vt liberis accommodetur vtilis actio ex ſtipulatu. Nam ſi pater filiofamil. vel auus nepoti aut nepti, quem, quamue habet in poteſtate ſtipulatus ſit, pro eo eſt, atque ſi ſibi ipſi ſtipulatus eſſet, non liberis, quos habet in poteſtate, & ſibi ſtatim adquirit omnem obligationem, liberis quos habet in poteſtate nullam, *l. 130. de verb. oblig. l. Stichum §. quæſitum, de ſolut.* Nunc hæc accommodemus ad diſputationem initam initio, & ita argumentemur; Si ex ſtipulatione, quam parentes fecerunt liberis extraneis, id eſt, quos non habent in poteſtate, eis accommodatur vtilis actio propter ſummam affectionem parentum, ne ea parentes defraudentur, ne eo fruſtrentur, quod vehementer optauerunt. Cur etiam ſi parentes pacti ſint liberis emancipatis, non eis dabitur exceptio doli mali, quæ eſt ſubſidium exceptionis pacti. Et ita hæc omnis quæſtio ſatis difficilis diſcutienda eſt.

Ad §. pactum conuentum.

Addamus ſententiam *§. pactum conuentum*, quæ eſt huiuſmodi. Poſſeſſor alienæ rei pactus eſt cum domino eius rei, ne a ſe eam rem peteret, deinde eam rem alij vendidit, vel donauit, quæritur, an venditoris, aut donatoris pactum emptori proſit, aut donatario? Et Proculus dicebat, in rem conceptum, & generaliter prodeſſe emptori & donatario. Ergo tam ſucceſſori rei, ad quem ea res tranſit, quam ſucceſſori vniuerſi iuris, puta heredi, aut bonorum poſſeſſori. Hoc Proculus dicebat. Plus dicebat Sabinus, etiam pactum in perſonam conceptum a poſſeſſore rei alienæ cum domino eius rei, prodeſſe ſucceſſori rei, puta emptori & donatario. Optima ratione: quia alioqui, nec prodeſſet venditori, vel donatori, ſi de ea re ipſe non ſtatueret ſuo arbitrio, eamque alienare non poſſet. Sed ſicut venditori, aut donatori duntaxat prodeſt, quod conceptum eſt in perſonam, quamdiu is viuit: ita emptori & donatario non prodeſt, niſi quamdiu venditor aut donator viuit. Et ita Accurſius recte ad hunc §. *pactum*, ex *l. 21. in prin. inf. hoc tit.* pactum in rem emptori & donatario, & cuilibet ſucceſſori perpetuo prodeſſe: pactum in perſonam ei non prodeſt, niſi quamdiu auctor eius viuit, cuius perſonæ pactum cohæret. Ait, *ſecundum plurium ſententiam*, & paulo inf. *ſecundum Sabini ſententiam*; quæ eſt diuerſa ſententia ab illa quam dicit eſſe *Plurium*. Vnde? quia, (vt omnes ſciunt) a Proculianis & Sabinianis inter Iuriſconſultos diuerſæ ſecari cœperunt viæ: ideo cum poſteriore loco dicat, *ſecundum Sabini ſententiam*, ex contrario priore videtur eſſe legendum, *ſecundum Proculi ſententiam*, non *ſecundum plurium ſententiam*: alioqui plurium ſententia obtinuiſſet, vt fit plerunque, vt *l. 17. inf. de iure patron. §. 1. Inſtitut. de hered. inſtit.* πολλῶν δέ τι γνώμης ἀμείνων, *Melius conſilium plurium.* Sed Sabini ſententiam obtinuiſſe, non illorum plurium, *ſed ita legendum eſſe*, Baſilica oſtendunt, quæ generaliter definiunt, etiam pactum in perſonam prodeſſe emptori & donatario, id eſt, ſucceſſori in rem, quamdiu ſcilicet perſona ſupereſt, in quam pactum conceptum eſt, non aliter. Poſui autem pactum illud fuiſſe factum ante venditionem vel donationem, idque pactum emptorem, vel donatarium ſequi ex perſona auctoris, in quam conceptum eſt, ſiue conſtitutum. Poſt venditionem autem vel donationem, fruſtra poſuiſſem pepigiſſe venditorem, ne a ſe peteretur, quia nec ab eo peti poteſt, qui deſijt rem poſſidere, niſi forte rem mala fide vendiderit aut donauerit, niſi mala fide, ſiue dolo malo eam deſierit poſſidere, quo caſu & ab eo peti poteſt; ſed tamen in empto-

re aut donatario; quod sibi faceret, factum non valeret quia sibi tantum prospicere venditor vult, qui ita paciscitur, post venditionem aut traditionem mala fide factam, ne a se petatur, neue conueniatur quasi possessor, non etiam successori suo, sed re euicta tenebitur emptori actione ex empto, vel ex stipulatu.

Ad §. cum possessor.

IN hoc §. ostenditur, pactum quod forte cum creditoribus, vel cum debitoribus hereditariis possessor alienæ hereditatis fecit, ei heredi, qui vero hereditatem euicit, neque nocere, neque prodesse. Et hanc esse plurium sententiam: Pactum quod defunctus fecit, si fecerit in rem, certe heredi prodest aut nocet: non pactum, quod possessor hereditatis fecit, cui heres iudicio centumuirali eam hereditatem euicit. Possessor pro defuncto non est, aut heres defuncti tantum vice fungitur, non possessoris, qui hereditatem euicit, vt eius iure vti possit. Itaque heredi euincenti hereditatem conuentio possessoris, cui euincitur, neque prodest, neque nocet. Opponitur vulgo sententiæ huius §. *l. si post, de const. pec.* vbi, si post constitutam pecuniam possessori hereditatis alienæ, verus heres hereditatem euicerit, ait heredi decerni vtilem actionem de constituta pecunia, quæ constituta est, non defuncto, sed possessori. Nihil est, quod tam facile expediri possit. Hoc ideo fit, quia obligatio constitutæ pecuniæ est accessio hereditariæ obligationis, quæ in heredem transit, qui hereditatem euicit. Pactum autem, quod constat non parere obligationem, non potest esse accessio principalis obligationis. Ideoque nec pacti exceptio, quod fecit possessor hereditatis, transit in heredem, in quem obligationes transeunt, cum principales, tum accessoriæ, pacti obligatio nulla est.

Ad §. vltim. l. 17. & l. 19. & initium leg. 21.

L. 19. Adquirent exceptionem. Idem est & in his, qui bona fide seruiunt. Item si filius familias pactus fuerit, ne a se petatur: proderit ei & patri quoque, si de peculio conueniatur.

L. 21. Et heredi patris viuo filio; post mortem vero filij nec patri, nec heredi eius: quia personale pactum est. §. 1. Quod si seruus ne a se peteretur pactus fuerit: nihil valebit pactum. De doli exceptione videamus. Et si in rem paciscatur, proderit domino & heredi eius pacti conuenti exceptio. Quod si in personam pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio. §. 2. Nos autem his, qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus: sed nobis id profuturum, si nomine eorum conueniamur, Proculus ait. Quod ita recte dicitur, si in paciscendo id actum sit. Cæterum si paciscar, ne a Titio petas, deinde actionem aduersus me nomine eius instituas: non est danda pacti conuenti exceptio. Nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit. Iulianus quoque scribit; si pater pactus sit, ne a se neue a filio petatur, magis est, vt pacti exceptio filiofamilias danda non sit, sed doli prosit. §. 3. Filiafamilias pacisci potest, ne de dote agat, cum sui iuris esse cœperit. §. 4. Item filiusfamilias de eo, quod sub conditione legatum est, recte paciscitur. §. 5. In his, qui eiusdem pecuniæ exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniæ debitores sunt: quatenus alij quoque prosit vel noceat, pacti exceptio quæritur. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius, qui paciscebatur, interfuit. Itaque debitoris conuentio fideiussoribus proficiet.

IN hoc §. vltimo ostenditur, per filium famil. & seruum nobis adquiri exceptionem pacti, coniuncta *l.* 19. & initio *l.* 21. Itemque pacti exceptionem nobis adquiri per eum, quem bona fide possidemus. Quod tamen ita distinguendum est, vt per seruum aut filiumfamilias pacti exceptio nobis adquiratur ex omnibus causis: per eum, quem bona fide possidemus, ex duabus causis tantum, puta ex re nostra, & ex suis operis, videlicet, si ij paciscantur, ne a nobis petatur, quod nos debemus, vel eorum nomine, vel nostro, idque notissimum est. At videndum est, quid sit dicendum, si filiusfamil. si seruus, si is, quem bona fide possidemus, paciscatur, non ne a nobis petatur, sed ne a se petatur? Et in hac quæstione separat filiumfam. a seruo. De filiofamil. sic statuit: filiumfamil. paciscendo, ne a se petatur, non tantum sibi, sed patri parere exceptionem pacti. Ita scilicet, vt si forte pater conueniatur filij nomine de peculio, vel de in rem verso, vel in solidum, quasi defensor filij, tueri se possit exceptione pacti a filio interpositi; sed non nisi viuo filio, si pactum filij fuerit conceptum in personam, quia cum filij persona coarctetur, patri prodesse non potest, nisi quamdiu aduixerit filius, quamdiu prodesse potest filio. Si pactum prodest filio, consequens est, vt & patri prosit, qui filij nomine conuenitur, alioquin non videretur prodesse filio; & si prodest patri, ergo & heredi patris, quoniam & hic filij nomine, de peculio conueniri potest intra annum, *l.* 1. §. *sed etsi mortuo, quando de pecul. act.* Hoc ita vt dixi, si viuat filius, cuius persona pactum coarctatur: Nam morte filij personale pactum euanescit, nec iam amplius patri aut heredi patris prodesse potest, *l.* 21. *in princ.* Et ita diximus in *l.* 17. §. *pactum*, viuo venditore pactum in eius personam conceptum prodesse emptori, vel donatario, non post mortem eius. Et ita quoque dicamus in hac *l.* 21. §. 1. viuo seruo pactum in eius personam conceptum, domino prodesse beneficio exceptionis doli, non mortuo seruo. Et similiter a fructuario venditus vsusfructus, quod ius est personale, consistit in persona emptoris, quamdiu fructuarius viuit, non post mortem eius, *l. necessario §. vlt. de per. & commod. rei vend.* Notandum autem ex *l.* 19. coniuncta *l.* 21. patrem ex contractu filij, nomine eius posse conueniri de peculio, vel de in rem verso duntaxat, vel etiam in solidum, quasi defensorem filij. Sed hoc interest, quod quasi defensor filij in solidum, non compellitur actionem pati, & suscipere. At de peculio, & de in rem verso compellitur actionem pati, inuitus pater quasi defensor filij non patitur actionem non nisi sua sponte, si hoc velit. At de peculio & de in rem verso etiam inuitus pater patitur actionem, *l. summa cum ratione §. vlt. de pecul.* de peculio, inquam, vel de in rem verso pater filij nomine cogitur actionem pati. Addendæ sunt duæ exceptiones, nisi paratus sit bona fide cedere actori rebus omnibus peculiaribus, *l.* 9. §. *vlt. comm. diuid.* vel nisi cum eo agatur ex causa castrensis peculij, quoniam ex ea causa non cogitur pater pati actionem de peculio, *l.* 18. §. *vlt. de cast. pec.* Detractis iis duabus exceptionibus, verum est compelli patrem de peculio actionem pati ex contractu filij; siue ob æs alienum filij, sicut etiam quamlibet personalem actionem pati cogitur, vt ait Vlpianus, in *d. l. summa* §. *vlt.* Quamlibet aliam personalem actionem, qua scilicet suo nomine conueniatur. Et recte personalem: nam actio personalis, cuius parens obligatio est, redditur in inuitum, *l. inter* §. 1. *de verb. oblig.* Iudicium reddi in inuitum, id est, ex stipulatu, actionem ex stipulatu, quæ personalis est. Actionem enim realem, in rem, nemo pati compellitur, quia licet ei dicere, se rem non possidere, qui tamen, si conuincatur falsi, id est, si conuincatur possidere, protinus ei abducitur, & transfertur in actorem, etiam non probantem, se esse dominum rei, *l. vlt. de rei vind.* quia actio in rem non ex personæ obligatione est, sed ex præsenti possessione, *l.* 24. §. *vlt. de iudic.* Omnis autem actio de peculio est in personam; nulla in rem, vel ad exhibendum. Quæ est in rem, vel ad exhibendum ea pater, vel dominus, si eo sciente rem alienam seruus vel filius possideat, tenetur, non filij, aut serui nomine, de peculio duntaxat, sed suo nomine in solidum: quia restituendæ rei facultatem habet, quam filius eius aut seruus possidet eo sciente. Denique suo nomine in solidum in actionib. in rem, filij defensionem suscipere cogitur. Tenetur etiam filiusfamilias eadem actione in solidum, non seruus, quia cum seruo nulla est actio. Et hoc ostenditur in *l. de eo §. 1. & l. cum seruus, ad exhib. & d. l.* 18. §. *vlt. de cast. pec.*

vbi

vbi (quod maxime notandum est) dum quærit, si filiusfam. rem alienam possideat bona fide, tanquam ex causa castrensis peculij, an pater eius in rem, vel ad exhibendum actionem pati cogatur, vt cæterorum nomine, id est, cæterorum bonorum nomine, quæ non sunt ex causa castrensis peculij, sed pagani, satis indicat cæterorum bonorum, quæ sunt extra causam castrensis peculij, patrem actionem in rem, vel ad exhib. pati in solidum suo nomine, qui non negat se rei restituendæ facultatem habere: non tamen, vt subiicit eorum bonorum nomine, quæ filiusfamil. possidet, quasi ex causa castrensis peculij. Et male illo loco, *vt cæterorum nomine*, Pandectis Florentinis antiquus librarius addidit *filiorum*, vt *cæterorum filiorum* nomine, qui error & omnes alios libros inuasit. Non est addendum *filiorum*, sed subintelligendum, *Bonorum*, vt & sequentia verba demonstrant. *Sed verius est, cum hoc peculium a patris bonis separetur.* Et sententia totius loci hæc est: paganorum bonorum nomine, quæ possidet filiusfam. patrem compelli suscipere & pati actionem in rem, & ad exhibendum in solidum suo nomine, quum rei restituendæ facultatem habet, non etiam bonorum castrensium nomine; & in contractibus quoque, in iudiciis in personam indistincte dicimus patrem non compelli suscipere defensionem filij. Quia vero de peculio duntaxat actio in patrem non competit, quum quis rem suam esse petit siue vindicat, quam filiusfamil. tenet, sed competit in patrem actio in solidum suo nomine: de peculio autem duntaxat tunc solum tenetur pater, cum quis intendit sibi filium dare oportere ex contractu aliquo. Hoc quia ita est, ideo fuit dubitatum, an & commodati, & depositi de peculio duntaxat aduersus patrem agi possit, quia qui his actionibus agit, suam rem petit, rem scil. quam commodauit, vel deposuit? Sed placet & iis actionibus de peculio duntaxat agi posse aduersus patrem, non in solidum, *l. 3. §. filiofam. commod. l. depositi, in princip. de pecul.* nimirum quia actor agendo depositi, vel commodati, rem quidem petit suam, sed non esse suam, id est in personam agit, non in rem: non adserit sibi proprietatem rei, non de dominio litigat, sed de obligatione ex contractu depositi, vel commodati. Eodem vero modo dubitabatur (quod discrimen nescio, an quisquam adhuc interpretatus sit) an depositi, vel commodati fideiussor accipi possit, quia obligationibus tantum fideiussor accedit ex quibus nascuntur personales actiones, non causis ex quibus nascuntur actiones in rem, quales esse videntur actio commodati & depositi, quia per eas actor rem suam persequitur. Verum enimuero non in rem sunt actiones, sed in personam ex contractu. Ideoque & commodati & depositi fideiussor accipi potest, vt monet *l. 2. de fideiuss.* ne quem supradicta dubitatio turbet. Et hoc quidem discrimen actionum summe notandum est. Addendum quoque est, aut potius repetendum, quod initio attingere cœpi, compelli patrem de peculio, vel de in rem verso ex contractibus filij, extra causam tamen castrensis peculij actionem pati; compelli etiam extra eandem causam possidente filio rem alienam, pati actionem in rem, vel ad exhib. compelli in eis actionibus defensionem filij in solidum suscipere: at non compelli etiam in actionibus in personam, ex contractibus filij in solidum suscipere eius defensionem, sua sponte eam suscipere posse; inuito in actionibus personalibus, vt dixi, non imponi necessitatem defensionis, vt in *l. 20. hoc. tit.* quæ est valde notanda hoc loco, atque etiam in *d. leg. 18. §. vlt. & in l. inuitus, de reg. iur.* nemo inuitus rem alienam defendere cogitur.

Ad §. quod si seruus l. 21.

DIxit sup. de filiofam. qui pactus est, *ne a se petatur,* nunc dicit de seruo, qui idem pactus est, *ne a se petatur,* Iam dixi initio eum separare filiumfam. a seruo. Si seruus in personam suam paciscatur, *ne a se petatur*, non valet pactum, vt ait §. 1. id est, inane & ineptum est, quia & detracta ea conuentione certissimum est, a seruo peti non posse, id est, cum seruo nullum iudicium, nullam actionem consistere posse: frustra timet seruus, ne a se petatur, frustraque sibi eo nomine cauet, qui ipso iure munitus est. Proinde illius pacti exceptio seruo nihil prodest, & consequenter domino etiam non prodest. Nec enim domino prodesse potest, quoniam pactum est conceptum in personam, nisi quatenus & seruo, cuius personæ pactum adhæret. Sed æquum tamen est, cessante exceptione pacti, domino accommodari exceptionem doli, subsidiariam videlicet, vt Accursius recte supplet, si viuo seruo serui nomine de peculio: vel qua alia honoraria actione conueniatur ex contractu serui; aut si pactum in rem seruus conceperit generaliter, etiam domino aut heredi eius prodesse exceptionem pacti conuenti. Quæ est sententia §. 1.

Ad §. nos autem.

DIxit de filio, vel seruo, qui paciscitur, ne a patre, dominoue petatur, vel qui paciscitur, ne a se petatur. Nunc dicit in §. *nos autem*, de patre dominoue, qui paciscitur, ne a filio seruoue petatur, quod & in seruo non valet magis, quam si idem ipse seruus sibi pactus esset. In domino pari æquitate valet per exceptionem doli, si vel id tacite actum sit, vt domino prodesset. In filiofam. autem tale pactum valet, & prodest ei, si pater ei pactus sit, ne a filio petatur. pactum prodest filio non quidem per exceptionem pacti, quia nec filiofam. nec seruo, quem in potestate habet, per liberam personam, puta per patrem adquiri potest exceptio vel actio. Sed tamen ex æquitate, proprio quodam iure pactum illud prodest filio per exceptionem doli, *vt in §. Iulian. inf.* patri autem prodest per exceptionem pacti, si id expresse actum sit, ne etiam a patre petatur, & conueniatur pater filij nomine de peculio, vel de in rem verso: si, *inquam*, id expresse actum sit: alioquin si id actum non sit, patri non dabitur exceptio pacti, sed exceptio doli tantum, sicut filio. Et hoc est, quod ait: *cæterum si paciscar*, cæterum pro, *alioquin*, siue *cæteroquin*, vt sæpe in iure nostro cæterum significat alioquin, *cæterum*, inquit, *si paciscar ne a Titio petas*, vbi pro *Titio* legendum omnino *filio*. *cæterum*, inquit, *si paciscar*, id est, alioquin si paciscar, ne a filio petas, cum id simul etiam non agitur, vt & a me non petas, omnino vt dixi legendum, *filio*, quoniam subiicit deinde: *actionem aduersus me nomine eius instituas, &c.* Et certum est aduersus me extranei nomine, puta Titij nomine, nullam actionem competere posse. Alius non obligatur pro alio, alius non conuenitur pro alio. Quis hoc vnquam audiuit? teneor quidem iure prætorio nomine eius, quem in potestate habeo: nomine autem eius, qui sui iuris est, nullo iure, nulla actione teneri possum. Ergo de filio hoc scribendum est, non de Titio, nec separandum a superiori sententia, quæ est de filio, vt & quæ sequuntur in §. *Iulianus.* Denique huius loci sensus hic est, si paciscar, *ne a filio meo petas:* nec simul id quoque agam, ne etiam a me petas filij nomine, de peculio, vel qua alia actione honoraria: si petas a me, mihi non competit exceptio pacti, quia quæ exceptio inutilis est filio, & mihi quoque, qui eius nomine teneor, eumque defendo, vel peculij fini, vel peculio tenus, vel in solidum, inutilis est, sed vt filio, *vt sup. dixi*, accommodatur doli exceptio, ita & mihi eam accommodari æquissimum est, vt in *§. seq. Iulianus*, de quo diximus fusius in *l. 17. §. si pactus, sup.*

Ad §. filiafamilias.

DIxit sup. de filiofam. vel filia, qui quæue pactus est, ne a se petatur, nunc dicit de eo, vel de ea filia, qui quæue pacta est, ne ipsa aut ipse petat, quod pactum inutile est, quia nec ipse filiusfamil. aut ipsa filiafamil. petere potest, sed pater, qui statim adquirit actionem, nisi quibus

casibus & ei accommodatur vtilis actio, veluti absente patre *l.* 9. & 13. *de oblig. & act.* Hoc casu etiam filio nocebit exceptio pacti, si agat, vtili actione. At omnino vtile est pactum, si filiusfamil. paciscatur, ne petat, aut filia, si pactum in id tempus conferatur, quo erit sui iuris, vt si post diuortium filiafam. paciscatur, ne de dote profectitia agat, cum sui iuris esse cœperit morte patris, vel alio modo, vel si filiusfam. paciscatur, ne de legato conditionali agat, si existente conditione legati emancipatus fuerit, & ita sui iuris. De legato conditionali loquitur §. *item filiusfamil.* non de stipulatione conditionali: nam ex stipulatione conditionali actio competeret patri, etiamsi post emancipationem filij conditio existeret, quod est verissimum in multis casibus. Non ita ex legato conditionali, quia in stipulationib. conditionalibus spectatur tempus contractus, & eo tempore filius fuit in potestate patris: ergo patri quæritur actio, si post emancipationem forte conditio existat. In legatis autem spectatur tempus, quo dies legati cedit, id est, quo conditio existit, & eo die filius est sui iuris, *l. si filiusfam. de verb. oblig.*

Ad §. vltimum.

QVæstio huius §. hæc est (eadem de re est *l.* 23. & 25. *hoc tit.*) an pactum, quod fecit vnus ex duobus reis credendi, vel debendi, id est, exceptio pacti, quod vnus fecit, alteri prosit vel noceat? Duo rei debendi sunt, qui eandem rem vel pecuniam ex eadem causa suo nomine singuli in solidum debent sine beneficio diuisionis, vel diuidendæ actionis. Duo autem rei credendi sunt, qui eiusdem rei vel pecuniæ ex eadem causa suo nomine singuli in solidum exactionem habent, ita vt nec actiones suas diuidere cogantur. Et primum quidem Paulus tractat de duobus reis debendi, atque ita distinguit: Aut pactum in rem constituitur, aut in personam, id est, aut generale, aut personale pactum est. Pactum in rem, quod scilicet æstimatur ex mente conuenientium magis, quam ex verbis, vt ait *l. iurisgentium* 7. §. *pactorum, hoc tit.* pactum *inquam*, in rem prodest non tantum debitori, qui id fecit, sed etiam omnibus, quorum interest debitoris, qui pactum fecit, obligationem dissolui, id est, a quibus etiam pecuniam non peti debitoris interest; vt ecce prodest fideiussoribus debitoris, qui non pro inuito, nec nouandi causa interuenerunt, quoniam interest debitoris, ne ab iis fideiussoribus pecunia petatur: quoniam si ab eis petatur & exigatur, extemplo regressum habituri sunt aduersus debitorem, per mandati, vel negotiorum gestorum actionem, vt ab eo recuperent, quod soluerunt, *l. quod dictum, inf. hoc tit.* Atque ideo, qui a fideiussoribus petit, τῇ δυνάμει, vt ait *l. aduersus, inf. de recept. qui arbit. recep.* τῇ δυνάμει, *id est*, vi ipsa a debitore petit, a quo mox fideiussores, quod soluerunt, repetituri sunt: eademque verba τῇ δυνάμει, restituenda sunt ex veteribus libris in epistola Diui Hieronymi 103. *mollis*, inquit, *cera & ad formandum facilis, etiamsi artificis & plastæ cessent manus, tamen τῇ δυνάμει, totum est, quidquid esse potest:* vbi legitur vulgo, *virtute*, pro τῇ δυνάμει, *insititium* scil. pro *satiuo.* Τῇ ἐνεργείᾳ a reo petit, qui ab ipsomet reo petit: τῇ δυνάμει: qui a fideiussore eius petit. Qua ratione pactum debitoris fideiussori prodest.

Ad legem vigesimam tertiam, de pactis.

Fideiussoris autem conuentio nihil proderit reo; quia nihil eius interest, a debitore pecuniam non peti. Imo nec confideiussoribus proderit: Neque enim quoquo modo cuiusque interest. Cum alio conuentio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat: sicut in reo promittendi, & his, qui pro eo obligati sunt.

COntra vero in *l.* 23. Paulus ostendit, pactum fideiussoris, etiamsi in rem conceptum sit, debitori non prodesse, quia nihil interest fideiussoris a debitore pecuniam non peti, quandoquidem exacto debitore ipse fideiussor omnimodo liberatur, nec vllo iudicio debitori obstrictus manet. Eademque ratione pactum fideiussoris confideiussori non prodest, quia confideiussor, si exigatur in solidum, omisso beneficio epistolæ D. Adriani, id est, beneficio diuisionis, non habet regressum aduersus collegam, qui pactum interposuit, *l. vt fideiussor, de fideiuss.* quia soluendo confideiussor suum, non collegæ negotium gessit, *l. si pro patre, in fine, de in rem verso.* Et ideo nihil paciscentis interest, confideiussorem non exigi, aut confideiussorem quoque vti exceptione pacti. Et hoc est, quod ait *lex* 23. quod ductim est legendum sine vlla respiratione: *neque enim quoquo modo cuiusque interest cum alio conuentio facta prodest: sed tunc demum, &c.* Posset fideiussor, qui pactum fecit, dicere sua interesse, vt & suo collegæ pactum proficiat, vt & collegæ sui soluatur obligatio, forte propter necessitudinem, aut coniunctionem officij, quæ sibi cum eo est, & ideo conuentionem a se factam ei debere prodesse. Quod refellit Paulus, quia *non quocumque modo cuiusque interest, conuentio cum alio facta alij prodest, sed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat*, sicut in debitore & fideiussore eius; & principaliter non interest fideiussoris, confideiussorem liberari, quia etsi confideiussor exigatur, nihil ipse damni facturus est. Proinde exceptio pacti a debitore facti data fideiussoribus, debitori proficit directo & principaliter, quoniam ad eum fideiussor si soluerit, regressum habet: exceptio autem pacti facti a fideiussore, si detur confideiussori paciscentis, nihil proficit, quia confideiussor, etiamsi soluerit, nullum aduersus eum regressum habet, *d. l. vt fideiussor.* Et notandum hinc maxime, quum agitur de eo, quod interest, non ex leui quacumque causa ducendam esse æstimationem eius, quod interest, non quoquomodo interest, & iure interesse, vt eius æstimatio, vel ratio haberi debeat. Sic sane in omni parte iuris quotiens quæritur de eo, quod interest, non quod quoquo modo interest spectatur, sed quod in re ipsa vere & principaliter, *l. si sterilis*, §. *cum per venditorem, de act. empti, l. vlt. de peric. & com. rei vend.* vt scil. id quod interest æstimetur ex rei veritate, vt ait *l.* 9. *de aq. & aq. pluu.* ex rei veritate, id est, ex damno reapse dato, vel lucro intercepto, non ex calliditate excogitata ab aduersario, non ex commentis petitoris, vt & Iustinia. ait in *l. vn. C. de sentent. quæ pro eo quod inter.* Et eleganter igitur hoc loco, non quoquo modo interest, vt sit eius habenda ratio: sed quod in re ipsa principaliter interest, quod minuit rem actoris, quod conditionem actoris deteriorem facit. Exceptio igitur pacti a fideiussore facti in rem de non petenda pecunia reo principali, aut confideiussori non prodest, quia nihil principaliter aut pecuniariter (sicut nostri loquuntur, vt in *l. vlt. D. de priuat. delict.*) paciscentis interest, non peti a debitore vel a confideiussore, si tamen (nam hic addendus est modus,) id actum sit inter conuenientes, inter fideiussorem & creditorem, paciscente fideiussore, vt ne a debitore petatur, vel ne a confideiussore petatur, si id actum sit expressim vel tacite: nam tacita conuentio non minus valet quam expressa. Denique si id actum esse probetur, æquum esse ait idem Paulus, *l.* 25. *in fine*, & debitori, & confideiussori ex pacto fideiussoris accommodari exceptionem doli subsidiariam. His addamus, de quo quæsitum fuit initio, etiam pactum in rem vnius ex reis debendi non prodesse alteri, si socij non sint in ea re, qua de agitur, eadem ratione, quia nihil interest paciscentis, a correo non peti, qui socius non est. Quæ ratio cessat, si socij fuerint. Et ideo cum socij sint duo rei debendi, pactum vnius etiam alteri prodest, pactive exceptio, sicut & pactum debitoris prodest fideiussori, vt ait in fine *leg.* 23. quæ est coniungenda cum principio *leg.* 25.

Ad l. 25. de pactis.

Idem in duobus reis promittendi, & duobus argentarijs socijs. §. 1. *Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum*

modum nec ad heredem, Labeo ait. §. 2. Sed quamuis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus scribit.

Sicut pactum debitoris proficit fideiussori: ita, idem, *inquit*, dicemus in duob. reis debendi, si socij fuerint, pactum vnius proficere alteri: Recte, quia, vt quum a fideiussore petitur, τῷ δυνάμει a debitore petitur: ita quum a correo & socio meo petitur, τῷ δυνάμει a me petitur, quia quod correus & socius meus soluerit, id mihi reputaturus est iudicio pro socio *l. 3. §. nunc de effectu, de liberat. leg.* At quæso cur *in l.* 25. ait idem in duobus reis promittendi & duobus argentarijs socijs, an non etiam duo argentarij, qui pecuniam alienam acceperunt, vt solent, erogandam, & occupandam, sunt duo rei debendi? Sic sane, sed non sunt duo rei promittendi. Rei debendi varijs modis constituuntur, omnibus contractibus scil. & testamentis quoque vel codicillis, *l. eandem rem, de duob. reis.* Rei promittendi proprie fiunt, & constituuntur verbis stipulationis. argentarij correi fiunt factis nominibus, ex scriptura mensæ sola sine stipulatione. Et inde *l. si plures, sup. hoc tit. l. si duo, inf. de recept. & qui arbit. recep.* si, *inquit*, duo sint rei promittendi, qui stipulanti promiserint, vel si duo argentarij, quorum nomina simul eunt, separantur duo, qui stipulanti promiserunt, ab argentarijs duobus, sicut separantur nomina a stipulatione, *l. 1. de ann. leg.* Et similiter scriptura a stipulatione, in fragmentis regularum Vlpiani nouissime repertis: *manumissus*, inquit, *inter amicos omnia tamquam seruus adquirebat manumissori, vel si quid stipulabatur, vel si per scripturam acceperat*, id est, per scripturam mensæ argentariæ factis nominibus, qua de re memini, me hoc ipso libro egisse ad *l. non figura, de oblig. & act.* Et hæc de pacto in rem. Initio posuit Paulus hanc distinctionem, aut esse pactum in rem, aut esse pactum in personam. De pacto in rem hactenus. De pacto in personam ita se res habet. Pactum in personam vnius ex reis debendi, etiam si socij sint, alteri non prodest. Pactum item in personam debitoris principalis conceptum, fideiussori non prodest; Imo nec heredi eius, qui cum eo in aliis causis vna persona esset intelligitur. Sed cum pactum coarctetur persona debitoris, heres alia persona esse intelligitur; non eadem, quia id agitur inter conuenientes *l.* 25. §. 1. Et huius pacti concepti in personam luculentum exemplum est *in l.* 22. ne a reo petatur, a fideiussore petatur, cui simile est id, quod habuimus *in l.* 17. §. *si quis*, si quis paciscatur ne a reo petatur, sed vt ab herede eius petatur, plane & diserte concipitur pactum in personam debitoris, & aperte excluditur heres, & *in l.* 22. *fideiusson.* Et hactenus quidem de duobus reis debendi. De duob. reis credendi, an vnius pactum alteri noceat tractatur *in l. 27. hoc tit.*

Ad l. 27. de pactis.

Si vnus ex argentarijs socijs cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere. tantum enim constitutum, vt solidum alter petere possit. Idem Labeo. Nam nec nouare alium posse, quamuis ei recte soluatur. Sic enim & his, qui in nostra potestate sunt, recte solui, quod crediderint, licet nouare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est. §. 1. Si cum reo ad certum tempus pactio facta sit; vltra neque reo neque fideiussori prodest. Quod si sine persona sua reus pepigerit, ne a fideiussore petatur, nihil id prodesse fideiussori quidam putant, quamquam id rei intersit: quia ea demum competere ei debeat exceptio, quæ & reo. Ego didici prodesse fideiussori exceptionem. Non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi, qui pactus sit, consuli videtur, Quo iure vtimur. §. 2. Pactus ne peteret, postea conuenit vt peteret; prius pactum per posterius elidetur: non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur. Et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit, Sed si pactum conuentum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum: non poterit postea paciscendo, vt agere possit, agere, quia & prima actio sublata est, & posterius pactum ad actionem parandam inefficax est. Non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus, & in bonæ fidei contractibus, si pactum conuentum totam obligationem sustulerit, veluti empti: Non enim ex nouo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad nouum contractum. Quod si non vt totum contractum tolleret, pactum conuentum intercessit, sed vt imminueret: posterius pactum potest renouare primum contractum. Quod & in specie dotis actionis procedere potest: puta pactam mulierem, vt præsenti die dos redderetur, deinde pacisci, vt tempore ei legibus dato, dos reddatur, incipiet dos redire ad ius suum. Nec dicendum est, deteriorem conditionem dotis fieri per pactum. Quotiens enim ad ius, quod lex naturæ eius tribuit, de dote actio redit: non fit causa dotis deterior, sed formæ suæ redditur. Hæc & Scæuolæ nostro placuerunt. §. 3. Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur. Quamuis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat. Quod pactum proderit. §. 4. Pacta, quæ turpem causam continent, non sunt obseruanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel iniuriarum, si feceris. Expedit enim timere furti vel iniuriarum pœnam. Sed post admissa hæc pacisci possumus. Item ne experiar interdicto vnde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. Et in summa, si pactum conuentum a re priuata remotum sit, non est seruandum. Ante omnia enim animaduertendum est, ne conuentio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliaue persona noceat. §. 5. Si cum decem mihi deberes, pepigero, ne a te viginti petam, in decem prodesse tibi pacti conuenti, vel doli exceptionem placet. Item, si cum viginti deberes, pepigerim, ne decem petam: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, vt tantum reliqua decem exigere debeam. §. 6. Sed si stipulatus decem aut Stichum, de decem pactus sim, & petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conuenti in totum obstaturam: Nam vt solutione, & petitione, & acceptilatione vnius rei tota obligatio solueretur: ita pacto quoque conuento de vna re non petenda interposito, totam obligationem summoueri. Sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus præstetur, possum efficaciter de Sticho agere nulla exceptione opponenda. Idem est, & si de Sticho non petendo conuenerit. §. 7. Sed si generaliter mihi hominem debeas, & paciscar, ne Stichum petam: Stichum quidem petendo pacti exceptio mihi opponitur: alium autem hominem, si petam, recte agam. §. 8. Item si pactus, ne hereditatem peterem: singulas res, vt heres, petam, ex eo, quod pactum erit, pacti conuenti exceptio aptanda erit. Quemadmodum si conuenerit, ne fundum peterem, & vsumfructum petam: aut ne nauem ædificiumue peterem: & dissolutis his singulas res petam, nisi specialiter aliud actum est. §. 9. Si acceptilatio inutilis fuit: tacita pactione id actum videtur, ne peteretur. §. 10. Seruus heredi post adituro, nominatim pacisci non potest, quia nondum is dominus sit. Sed si in rem pactum conuentum factum sit, heredi adquiri potest.

In hac lege multa ac varia proponuntur, & explicatu difficilia, propter ea, quæ aduersari videntur. In ipsa statim quæstione prima, multum molestiæ exhibent omnibus interpretibus tres leges, quæ obiiciuntur, *l. si rem §. si duo, de nouat. & l. si duo, de recept. & qui arb. recep. & l. in duobus, de iureiur.* ex quibus explicaturus sum *l. si rem §. si duo*, post explicatam definitionem & speciem, quæ huius legis initio proponitur. Quæ ante hanc legem scripsit Paulus, sunt de duobus reis debendi, an pactum vnius prosit alteri, qua in re separauit pactum in rem a pacto in personam. Et rursus in pacto in rem censuit esse inspiciendum, vtrum duo rei debendi socij sint, an non: sociis inuicem prodesse pactum, non item iis, qui socij non sunt. Nunc initio huius legis incipit tractare de duobus reis credendi; in quibus illa distinctione sociorum & non sociorum non

vtitur, quam etiam omittit *l.* 11. §. *plerumque, de leg.* 3. Sed generaliter præcidit, vnius ex reis stipulandi pactum, vel vnius ex argentariis, qui cum altero communeius nominum habeat, puta, si pactus sit in rem cum debitore, ne pecunia peteretur, etiamsi socij sint, & generaliter siue socij sint, vel non sint, pactum alteri non nocere, & ab argentariis, quorum nomina simul facta sunt, exemplum porrigit ad reos stipulandi, qui idem ab eodem communiter stipulati sunt, vt scil. alterius pactum de non petenda pecunia factum cum debitore, non noceat alteri. Dubitationem faciebat, quod vni ex argentariis debitor totum soluere potest, quia & vnus ex argentariis a debitore totum petere, & exigere potest. Et hæc sunt consequentia, *posse totum exigere, & posse totum accipere*. Qui autem totum recte accipit, vel cui solidum recte soluitur, & is sæpe paciscitur recte, & eius pactio alij nocet *l.* 11. *sup. hoc tit.* id est, qui solutam pecuniam accipiendo in assem, in solidum debitorem liberare potest, & paciscendo in rem, *ne pecunia petatur*, eundem debitorem liberare potest. Itemque nouare veterem obligationem potest is, cui soluitur recte, quiue solidum exigit recte, *l. qui recte, de nouat.* Sed hoc Paulus negat esse perpetuum, probatque adducto simili casu: filiofam. aut seruo solui potest, quod peculiari nomine credidit, & tamen per se, citra voluntatem patris, vel domini, neque pacto debitum remittere, neque nouare obligationem potest, nisi (vt hanc rem paucis definiam) habeat liberam peculij administrationem, & paciscendo, vel nouando, peculij causam deteriorem non faciat. Duo exiguntur, vt pacisci, & nouare possit, vt habeat liberam peculij administrationem: & vt paciscendo, vel nouando, non minuat, non dissipet, non dilapidet peculium: alioquin filiusfa. aut seruus, quamuis ei solui possit, quod credidit, neque pacto obligationem dissoluere potest, neque facta nouatione, *l.* 16. *&* 25. *& l. vltim. de nouat. l. fugitiuus, de solut. l. libera, de peculio, l. huic enim, & seq. de iureiur.* Non quicunque solutum accipiendo liberare debitorem potest, & alio quocunque modo, idem temere efficere potest: nam & ipse se debitor soluendo liberat, potius, quam liberatur a creditore, qui solutum accipit. Et ita quamuis adiecto solutionis gratia, vt si stipuler mihi aut Titio, quamuis Titio recte soluatur, tamen Titius paciscendo, vel nouando nihil agit, quia & nihil ei debetur, cum solutioni tantum applicitus sit, non obligationi, *d. l. qui recte.* Ei quoque cui debitorem meum iussi soluere, quamuis recte debitor soluat, tamen paciscendo is, aut nouando debitorem liberare non potest, quia in eius persona non consistit obligatio, *l. si debitorem, eod. tit.* Et ita vt ostendit hoc loco: vnus ex argentariis, quia & nominibus fiunt duo rei credendi, a debitore solidum accipere, solidum petere, exigere, rem totam in iudicium deducere potest, quæ nouatio est necessaria; imo & acceptum facere potest vnus solus ex argentariis: quibus modis communis debitor ab vtroque liberatur. Quod & similiter obtinet in duobus reis stipulandi, *l.* 2. *de duob. reis, l. si rem. §. si duo, de nouat. l.* 13. *§. vlt. de acceptil.* Et in argentariis quoque eam legem ponit Quintil. *lib.* 5. *c.* 10. nempe, vt duo argentarij dimidium ex eo, quod debent soluant, creditum totum suum exigant: cuius tamen legis prior pars vsu non obtinuit: nam & si duo argentarij sint rei debendi, creditor ius habet totum exigendi ab vno, *l.* 25. *hoc tit.* Et ita Cornificius 2. ad Herennium, consuetudine ius esse, quod vni argentario tuleris expensum, a socio eius recte repetere posse. Certissimum igitur hoc est, vnum ex argentariis, vel ex reis stipulandi, solidum accipere, petere, exigere posse, de solido iudicio contendere posse, itemque solidum acceptum facere posse. At vero non potest etiam vnus ex argentariis, vel vnus ex reis stipulandi, paciscendo de non petenda pecunia, alteri nocere, alteri obesse non potest, etiam per stipulationem nouare veterem obligationem, id est, voluntariam nouationem facere non potest. Quod Paulus scribit aperte hoc loco, dum ait, *nam nec nouare alium posse, quamuis ei recte soluatur:* alium scilicet argentarium, *vt in l.* 25. *hoc tit.* Personale pactum ad alium non pertinere, puta ad alium argentarium, vel alium reum promittendi. Et hunc huius loci, *nam nec nouare*, &c. sensum etiam Basilica approbarunt, quæ & de vno argentario, & de vno reo stipulandi ita præcidunt, nouari ab eo obligationem non posse: *Vnus*, inquiunt, *ex argentariis, & vnus ex reis stipulandi nouare solus non potest obligationem*, per stipulationem scilicet: nam iudicium accipiendo, quæ est nouatio necessaria, nouare potest. Hæc tamen sententia omnino pugnat cum *l. si rem. §. si duo, de nouat.* in qua Venuleius palam & aperte definit, vnum ex reis stipulandi, veterem obligationem nouare posse. In hoc est labor: neque enim satis liquet, quemadmodum in tranquillum redigendus sit, aut conciliandus cum Paulo Venuleius. Nam excidit mihi huius scopuli vitandi causa, quod alias scripsi obiter in hunc locum, sed non sustineo esse conscius mihi dissimulandi; & ingenue confiteor, Paulum hoc loco plane negare ab vno ex argentariis, vel reis stipulandi nouari veterem obligationem posse, hac sola ratione, quia, *vt ait*, tantum constitutum est, vt alter ex correis solidum petere possit, vel quod idem est, vt alteri soluatur recte. Et adde ex aliis legib. vt & alter solus sine altero acceptum ferat debitori in solidum, quoniam & hoc fere inter omnes conuenire Venuleius ait *in d. l. si rem. §. si duo*, vt acceptilatione vnius, vtriusque perimatur obligatio, vt qui solidum accipere potest, & pro accepto habere, id est, acceptum facere possit: nam & acceptilatio est imago solutionis: nam aut re soluimus, id est, numeratione, *l.* 16. *de solut.* aut imagine, nempe acceptilatione extorta a creditore. Acceptilatio est imaginaria solutio, §. *item per acceptilationem, Institut. quib. mod. toll. oblig.* Et quia illud tantum constitutum est, vt vnus ex correis credendi solidum, quod soluitur accipere & petere possit, vel solidum accepto ferre, non etiam id constitutum est, vt & alter nouare possit, ideo nec nouare potest. Ius hoc pendet ex constitutionibus. Id tantum potest, quod constitutum est nominatim, non quod omissum est. Similis est ratio legis 10. *de solut.* adiecto solutionis gratia solui tantum posse, & ideo nec petere, nec nouare, nec acceptum ferre eum posse: at etsi nominatim id constitutum non sit, vt alter ex reis credendi nouare obligationem possit, tamen quia nec id prohibitum est nominatim, tentat Venuleius *in d. §. si duo*, posse dici paulatim adaucto iure duorum reorum credendi, vt & paulatim increbrescere & inualescere sententias iuris indicat, *l.* 11. §. *si rem suam, de leg.* 3. tentat enim Venuleius etiam alterum ex reis credendi nouare veterem obligationem posse. Et id tentat sane cum cura, & adhibitis multis argumentis, cum studio summo. Ac sane, quia in eo approbando Venuleius magnum studium ponit, eo satis indicat, non idem fuisse omnibus visum, quod ipse audet proferre in medium. Et plane igitur indicat, verum esse, quod initio huius l. Paulus ait, non idem videri Proculianis, vt alter nouare possit, puta non idem videri Labeoni, Proculo, Neratio, Attilicino, idem eos non sentire, qui omnes Proculiani fuerunt, a quibus tamen diuersus Venuleius non idem sentit, seorsum sentit. Ac vt dixi, ne temere a tot tantisque viris dissentire videatur, summa cum cura & molimine opinionem suam adstruit esse veram. Ac primum ponit *in d. §. si duo*, quæ constant fere inter omnes, vni ex reis stipulandi recte solui solidum, vnum recte solidum petere, recte solidum in iudicium deducere posse, & vnius acceptilatione perimi vtriusque obligationem. Vnde sensim colligit, siue gradatim, vnumquemque reum stipulandi, vnumquemque stipulatorem vnius eiusdemque pecuniæ perinde sibi acquirere obligationem, atque si solus stipulatus esset, quod tamen non esse per omnia verum confitetur. Nam si solus quis stipulatus sit reuera, non potest factum alterius cuiusdam extranei, veluti acceptilatio, vel exactio, quam alter fecerit sine voluntate alterius, ei non potest auferre debitorem, non potest liberare debitorem eius, at exactio vel accepilatio vnius ex reis stipulandi, correo adimit debitorem, ergo non vnusquisque

quiſque per omnia pro eo habetur, ac ſi ſolus ſtipulatus eſſet: ſed eo excepto, quod ad cætera attinet, perinde eſt, ac ſi vnuſquiſque ſolus ſtipulatus eſſet. quod ſi reuera eſſet, proculdubio nouare obligationem poſſet. Ergo & ſicut exigere, & acceptum ferre vnus poteſt, ita auctore Venuleio, vnus poterit obligationem nouare, nimirum, quod communis debitor debet, id eo dimiſſo, ſtipulando a L. Titio expromiſſore eius, quem forte is communis debitor vice ſua reum dat, ſiue delegat nouandi animo, quo genere communis debitor liberabitur ab vtroque ſtipulatore. Et hoc eſt, quod ait Venuleius in *d.* §. *ſi duo*, ſecundum quæ (hæc ſunt verba) ſi vnus ab aliquo ſtipuletur, id eſt, ab extraneo, quod ſcilicet communis debitor debet, nouatione quoque liberare eum, communem debitorem ſcilicet, ab altero poterit, quum id ſpecialiter agit. Quæ poſtrema verba proculdubio ſunt Triboniani, vt in *l. aliam, eodem tit. l. qui vſumfructum, de verb. oblig.* ex conſtit. Iuſtin. quæ vult, ne ſit nouatio, etiamſi nouandi animus fuerit, niſi ſpecialiter dictum ſit, vt ſit nouatio. Et hanc ſuam opinionem amplius confirmat hac ſola ratione, quia nouatio vt & acceptilatio, ſimilis eſt ſolutioni, id eſt, is cui accepto fertur, ſoluiſſe intelligitur, & creditor accepiſſe. Si admittes vnum poſſe acceptum ferre, quod acceptilatio ſit imago ſolutionis, cur non admittes & vnum nouare poſſe. Nam & nouatio imago quædam eſt ſolutionis? His Venuleius adnectit ſuæ ſententiæ conſtabiliendæ cauſa, quæ noua eſt, certas ſpecies, quibus manifeſtum ſit, quam ſit abſurdum & incongruum, non admittere, non approbare nouationem factam ab vno ex reis ſtipulandi: facito vnum ex reis ſtipulandi communem debitorem delegare Titio ſuo creditori, & Titium ab eo ſtipulari nouandi animo, & vnum illum delegare etiam nouandi animo, an dices debitorem, qui ſe Titio obſtrinxit in ſolidum, non liberari ab vtroque ſtipulatore, an dices, & Titio eum eſſe obligatum in ſolidum, & alteri ſtipulatori priori, qui eum non delegauit? Denique an dices eum bis eandem ſummam debere perſoluere, Titio primum, deinde alteri ſtipulatori, quod quis ferat? Rurſus facito, mulierem vnam eſſe ex reis ſtipulandi, eamque iubere Seium communem debitorem doti dicere viro, cui nuptura eſt, fundum quem debet. Vlpianus *lib. regularum*, dotem dicere poſſe mulierem, quæ nuptura eſt, & debitorem mulieris, ſi iuſſu eius dicat, alioqui non obligaretur. At illo loco Venuleij, pro doti dicere Tribonianus ſcripſit, *doti promittere*, quo tamen modo Latini non loquebantur, quia noluit dictionis dotis vllam mentionem reſtare in Digeſtis, propterea quod in deſuetudinem abierat. Fac igitur iuſſu mulieris debitorem communem viro eius doti dixiſſe fundum, quem debuit mulieri, & alteri conreo ſtipulandi, an non liberabitur ab vtroque quaſi nouatione facta? Imo vero, ne bis eandem rem ſoluere cogatur. Vel finge, quam etiam ſpeciem Venuleius poſuit, eandem mulierem, cum eſſet nuptura communi debitori, ei doti dixiſſe fundum, quem debuit, an & hoc caſu non liberabitur debitor ab vtroque ſtipulatore, & quod vtrique debuit ex cauſa crediti, an non debere incipiet mulieri ex cauſa dotis, in cauſam diuortij, aut mortis mariti? quod vtique abſurdum fuerit dicere. Atque ita ab abſurdo colligit Venuleius, etiam vni ex reis ſtipulandi permittendam nouationem eſſe. Ex illo vero loco qui eſt in fine illius §. etiam manifeſtum fit, Venuleium ſcripſiſſe, *Doti dicere*, vt veteres loquebantur, non ſtipulanti *doti promittere*, quia & mulier debitori fundi ſtipulanti inutiliter promitteret fundum, quem ipſe debet, & *promittere* generaliter accipi poteſt etiam pro dicere, aut polliceri citra ſtipulationem. Et ita vero ſenſim, & veluti per gradus quoſdam efficit Venuleius, contra quam Proculiani ſentiant, etiam vnum ex reis ſtipulandi nouare veterem obligationem poſſe. Et neminem eſſe arbitror, qui non perſpicue videat, ita rem totam enucleandam eſſe. non eſt autem qui & vlterius porrexerit id pactum, vt ſcilicet & vnus ex reis ſtipulandi paciſcendo debitorem communem ab vtroque liberare poſſit, per

Paul.

exceptionem ſcilicet, quia nec pactio ſolutioni ſimilis eſt, ſed donationi potius, ſiue remiſſioni: nec eſt legitimus modus diſſoluendæ obligationis. Itaque in pactis ſequimur, quod initio huius legis proponitur, alterum ex reis ſtipulandi paciſcendo, alteri non nocere. In nouationibus tamen non ſequimur, quod hic ex ſchola Proculianorum proponitur: nam multæ & magnæ rationes Venuleij, nos perduxerunt in ſuam ſententiam. Intelleximus ex eo quod Paulus propoſuit initio legis vigeſimæſeptimæ, Pactum in rem, quod fecit cum debitore vnus ex reis ſtipulandi, ne ab eo pecunia peteretur, alteri non obeſſe, ſiue ſocij fuerint eiuſdem obligationis, ſiue non. Huic ſententiæ obiicitur *lex ſi duo, de recept. qui arb.* ſi duo ſint rei credendi, vel ſtipulandi, & vnus, cum eſſet controuerſia de ære alieno, cum debitore compromiſerit in arbitrum ſub pœna certa vel incerta, ſi quis arbitri ſententiæ non ſtaret, & is vetitus ſit ſententia arbitri a debitore petere, & poſtea alter correus, qui non compromiſit, petat, pœna committitur aduerſus eum, qui compromiſit, ſi duo illi credendi eiuſdem obligationis ſocij fuerint, quia τῇ δυνάμει, vi ipſa is videtur petere, qui vetitus eſt, quum ſocius eius petit, quoniam in partem eius, quod ſocius exegerit proculdubio iure ſocietatis venturus eſt. Et hoc eſt quod proponitur in *d. l. ſi duo.* Cur vero, inquiunt, interpretes, ad eundem modum etiam non dicimus, ſi vnus ex duobus reis credendi cum debitore in rem paciſcatur, ne pecunia petatur, altero petente debitori eſſe dandam exceptionem pacti, ſaltem ſi ſocij fuerint? quia vi ipſa is petere videtur, qui pactum fecit de non petendo, quum ſocius eius petit, qui quod exegerit in commune collaturus eſt. Et, vt breue faciam, omiſſa omni altercatione interpretum, ratio differentiæ ſatis aperta eſt, quia in ſpecie *legis ſi duo*, altero petente, qui non compromiſit, ex pœnali ſtipulatione actio dari poteſt aduerſus eum, qui compromiſit & vetitus eſt petere. In ſpecie autem huius legis noſtræ, altero petente, qui pactum de non petendo non fecit, nulla ex pacto occurrit actio vel exceptio, quæ dari poſſit aduerſus eum qui pactus eſt, quia pacto nulla fuit ſubiecta ſtipulatio pœnalis, & inde diſcrimen inter hanc & illam ſpeciem. Porro in alio nullum eſt diſcrimen, nempe quod in ſpecie *leg. ſi duo*, pœna non committitur aduerſus eum, qui petit, qui non compromiſerat. In hac etiam ſpecie exceptio pacti aduerſus eum locum non habet, qui petit. Et ita recte Accurſius in *d. l. ſi duo*, neque hoc, neque illo caſu, quo vnus egit, alteri obeſſe. Et hac in re igitur inter hanc & illam ſpeciem nihil eſſe diſcriminis, res eſt apertiſſima. Ac præterea obiicitur ſententiæ huius *legis l. in duobus, in princ. de iureiur.* vbi definitur, ab vno ex reis ſtipulandi debitori communi delatum iuſiurandum, ſi iurauerit, ſe dare non oportere, alteri correo nocere indiſtincte, ſiue ſocius fuerit, ſiue non fuerit. Hinc quæritur, cur & ſimili modo ab vno ex reis ſtipulandi, pactum in rem, & generaliter cum debitore factum, de non petenda pecunia, quod vno verbo Græci vocant σύμφωνον ἀνυχωτικόν: cur, inquam, non dicimus alteri nocere, ſaltem ſi ſocius fuerit, atque adeo alterum petentem repelli poſſe exceptione pacti? Ratio differentiæ hæc eſt, quia delato iureiurando ab vno ex reis ſtipulandi, debitor de re ipſa & contractu iurat, & dicit ſe dare non oportere, puta ſe ſoluiſſe. Pacto autem illo interpoſito debitor non dicit, ſe dare non oportere, non dicit, ſe ſoluiſſe, ſed quod inter eum & creditorem dari oportere in confeſſo eſt, id creditor dicit, ſe remittere, ſe condonare, quæ eius liberalitas alteri, nec ſi ſocius ſit, obeſſe non debet: de ſuo quiſque largiri debet, non de alieno, *l. ſi pign. de furt.* Eademque ratione ſi fideiuſſor iurauit, ſe dare non oportere, non quia diceret, ſe non fideiuſſiſſe, ſed quia diceret, ſe ſoluiſſe: nam hæc diſtinctio adhibenda eſt: Si, inquam, fideiuſſor iurauit, ſe dare non oportere, non quia non fideiuſſit, ſed quia ſoluit, iuſiurandum reo principali proficit, perinde atque ſi fideiuſſ. ſoluiſſet, *d. l. in duobus* §. 1. §. *pen. & vlt. eod. tit.* Et tamen pactum fideiuſſoris conſtat reo non prodeſſe,

D

l. 25. *sup. hoc tit.* quia pactum nullam ponit solutionem interueniſſe: iuſiurandum ponit ſolutionem interueniſſe, & ideo dari non oportere. Eodemque modo ſi vnus ex reis promittendi, & debendi iurauerit, alteri proficit, etiamſi ſocius non ſit, *d. l. in duobus* §. *ex duobus*. Et tamen ſi vnus ex reis debendi pactum interpoſuerit de non petenda pecunia, idem non dicimus abſciſe, ſed cum hac diſtinctione, ſociis prodeſſe pactum, non ſociis non prodeſſe, *l.* 1. *& l.* 14. *rem rat. hab. l.* 25. *hoc tit. l. eandem* §. 1. *de duobus reis, l. qui hominem* §. *vlt.* coniuncta illa gloſſa, *quia ſocij non ſunt, de ſolut.* idemque dici poteſt de patre, facta eadem differentia inter iuſiurandum & pactum propter eandem rationem, quam iam ſatis demonſtraui, de patre, inquam, qui iurauit, filiumfamilias dare non oportere, vt iuſiurandum eius filio proficiat ad exceptionem iuriſiurandi, *l. qui iuraſſe* §. 1. *de iureiur.* cum tamen pactum patris filiofamil. non proſit, vt ei detur exceptio pacti, *l.* 21. §. *non autem, ſupra, hoc tit.* ſed exceptio doli hoc caſu ex æquitate filio accommodatur & prodeſt, *d. l.* 21. §. *Iulian.* & forte etiam illo caſu, quum iurauit pater filiumfam. dare non oportere, filio prodeſt exceptio vtilis in factum de iureiurando, ſiue exceptio iuriſiurandi accommodatur ei ex æquo & bono. Ad hæc poſſet etiam in medium afferri *l. ſi duo, ſi quis caution.* ideoque eius interpretationem præſtare debeo. Species legis hæc eſt. debitor communis, cum ab vno ex reis ſtipulandi, vt poteſt recte, in ſolidum conueniretur, ei cauit iudicio ſiſti, cum pœna, in locum diemque certum, alter vero correus, eum dolo malo impediuit, quo minus ad eum diem & locum ſe iudicio ſiſteret, quæritur, ſi ab eo, cui cauit iudicio ſiſti de pœna conueniatur, an tueri ſe poſſit doli exceptione, quod dolo malo a correo impeditus ſit ire ad iudicium, adeſſe ad condictum diem. Et diſtinguit *d. l. ſi duo*: aut illi duo rei ſtipulandi ſocij fuerunt eiuſdem rei, eiuſdem obligationis, aut non. Si non fuerunt ſocij, non eſt debitori conuento pœnæ nomine, quod non adfuerit ad condictum diem, danda exceptio doli mali, quia ex dolo correi nihil tulit actor, qui pœnam petit, nihilque laturus eſt, cum inter eos nulla ſit ſocietas. At ſi ſocij fuerint, danda eſt debitori exceptio doli mali, ſi conueniatur ab eo, cui cauit iudicio ſiſti ſub pœna, ne ſcilicet dolus ſocij ei proſit, & vtique ei prodeſſet, ſi integra ei eſſet petitio pœnæ ab eo, per quem non ſtetit, quo minus ſe iudicio ſiſteret, ſed per ſocium actoris, exceptio doli ex æquo & bono accommodatur, vt ait eleganter *l.* 2. §. *vlt. ſi quis caution.* & accommodatur non tantum, ne cui dolus ſuus proſit, ſed & ne dolus ſocij, quoniam in partem lucri venit, quod dolo malo ſibi ſocius comparauit. Magna eſt vis huius exceptionis doli. nam & naturalem æquitatem tuetur, & mitigat aſperitatem iuris ciuilis, *l.* 1. §. 1. *de doli except. l. vlt. C. pro emptore*, vt cum denegata exceptione pacti per occaſionem regularum iuris ciuilis: datur tamen exceptio doli mali, *l. iuriſgentium* §. *pen. l.* 10. §. *vlt. l.* 21. §. 1. *&* §. *Iulianus, & l.* 25. *ſupra, hoc tit.* Exceptio doli ſubſidio eſt iuri ciuili deficienti aut repugnanti, & vt alias dixi, recte a Cyrillo in *l. inter* §. *pen. de pact. dotal.* dicitur hæc exceptio eſſe φυσικώτερα καὶ οὐ πάνυ τὴν ἀκρίβειαν ἐξετάζειν, id eſt, *admodum congruens æquitati naturali, & non valde perquirere regulas ſummi iuris*, id eſt, non ſummo iure agere, ſed ex æquo & bono accommodari. Et præterea ſunt alij eius effectus, ex quibus memini duorum, qui ſunt magni momenti: vnius quod oppoſita exceptio doli mali, iudicium omne etiam ſtrictum faciat bonæ fidei, *l. Seia, de mort. cauſ. donat. l.* 3. *C. de except.* Alterius, quod per eam exceptionem res iudicata, quæ nulla abs re abhorret magis, quam a retractatione & reſciſſione, retractetur per exceptionem doli. Per exceptionem, inquam, doli inducitur retractatio rei iudicatæ, quod plane eſt contra ius ciuile, *l. non diſtinguemus* §. *cum quidam, de recept. qui arbit. l. ex diuerſo* §. *vlt. ſol. matrim.* Et præterea hæc exceptio doli latiſſime [illegible], bonæ fidei nomen latiſſime manare, ita & doli mali nomen quod bonæ fidei, eſt aduerſum latiſſime manare perſpicuum eſt. Exceptio doli generalis eſt, quæ datur vbicunque æquitas defenſionis id exigit, accommodaturque omnibus negotiis, omnibus iudiciis, *l. qui æquitate, de doli except.* In ſpecie autem *d. l. ſi duo*, nihil eſt quod aduerſetur iis, quæ ante a nobis tradita ſunt de compromiſſo vnius ex reis ſtipulandi, vel de pacto, vel de iureiurando: ſed & in ſpecie *d. l. ſi duo*, quod egit vnus ex reis ſtipulandi, ſtipulando iudicio ſiſti, non nocet alteri: dolus quoque alterius ei non nocet, ſed neque prodeſt etiam iure ſocietatis: neque ei debet eſſe ſocietas occaſio quæſtus improbi. Et hæc ſufficiant ad primam quæſtionem huius leg. Secunda eſt facilior.

Ad §. Si cum reo.

Sententia huius §. hæc eſt: pactum rei prodeſſe fideiuſſori, quia maxime & principaliter rei intereſt, & fideiuſſorem liberari, vt & ipſe ab eo ſit liberatus, *l.* 21. §. *vlt. & l.* 23. *hoc tit.* Sed ſi pactum fuerit temporale, puta ne intra annum petatur, ſi paciſcatur reus, ne a ſe intra annum petatur, poſt annum & ab eo peti poterit, & a fideiuſſore eius, vltra annum neque reo, neque fideiuſſori eius pactum proderit, quod certum finem, certamve metam habet: quod & de hypotheca traditur, *l.* 5. §. 1. *quib. mod. pign.* Si creditor paciſcatur, ne intra annum pecuniam petat, pactus etiam videtur de hypotheca, puta ne intra annum hypothecam perſequatur aut vendat, poſt annum, vt perſequatur, non intra annum, quia placuit, ne ſortem peteret intra annum; & qui hypothecam perſequitur, τῇ δυνάμει, vi ipſa ſortem petit. Ergo tantiſper & ius perſequendæ hypothecæ conquieſcere debet, quoad annus exierit, & hypotheca eſt acceſſio ſortis, & fideiuſſor, & in vtraque acceſſione idem iuris. Inde quæritur, *an ſi ſine perſona ſua reus ſiue debitor pepigerit, ne a fideiuſſore petatur: ſi non dixerit ne a ſe, neve a fideiuſſore, vel ſi non dixerit ne a ſe, ſed duntaxat, ne a fideiuſſore peteretur,* quæritur inquam, *an tale pactum valeat? an fideiuſſori proſit? an fideiuſſori danda ſit exceptio pacti?* Et videtur non eſſe danda; quia per liberam perſonam nihil alteri adquiri poteſt, præter poſſeſſionem: ergo nec actio, nec exceptio, vt *l.* 10. §. *vlt. hoc tit.* Et hoc eſt, quod dicitur, nos alteri paciſci inutiliter. Itaque pactum, quod ſoli fideiuſſori fecit debitor, inutile eſſe videtur. Nec obſtat, quod debitoris intereſt, qui pactum fecit illud, ne a fideiuſſore peteretur, a fideiuſſore non peti: Namque non ideo, quæ reo exceptio pacti non competit, fideiuſſori competere poteſt; non ideo quod eius interſit fideiuſſorem liberari beneficio pacti, quod pactum in eo non valet, valere debet in fideiuſſore, ſicut nec in domino, vel in defenſore, *l.* 12. §. 1. *&* §. *nos autem, ſup. hoc tit.* originem pactum ſumere dicitur a reo principali, quod eſt certiſſimum. quod ſi ab eo originem non ducat, ſi in eo non conſiſtat, nec poteſt protendi, ad fideiuſſorem. Et ita mihi videbatur eſſe reſpondendum ad quæſtionem propoſitam. Verum longe aliter reſpondet Paulus, nimirum pactum, quod reus fecit, ſoli fideiuſſori prodeſſe, id eſt, exceptionem eius pacti prodeſſe fideiuſſori, ſi conueniatur; & prodeſſe fideiuſſori propter reum principalem, non quod per eum ſit quæſita fideiuſſori exceptio pacti, quod fieri non poteſt: ſed quia eo genere pacti, licet in eo non comprehendatur perſona rei principalis, id agitur tamen principaliter tacito intellectu, vt conſulatur reo principali. Alteri enim paciſcimur vtiliter, ſi noſtra interſit, ſi id agamus, vt nobis conſulamus, non vt ei ſoli conſulamus, cui paciſcimur. Denique alteri paciſcimur vtiliter, ſi id aliquando nobis profuturum ſperemus, reus principalis paciſcendo fideiuſſori, non tam fideiuſſoris, quam ſuam rem agit principaliter. Ideoque quod per ſe non habet fideiuſſor ex pacto alieno, id habet per reum principalem, aut per gratiam rei principalis.

Ad

Ad §. pactus ne peteret.

PActo dissoluitur obligatio, vt ait *l. 21. §. vlt. hoc tit.* quod ita est intelligendum, vt non pacto obligatio dissoluatur ipso iure, nisi pactum sit legitimum, id est, nisi lex nominatim decernat vti pacto dissoluatur obligatio, *& ex lege 12. tabul.* vt pacto dissoluatur obligatio, & actio furti, vel iniuriarum, *l. 6. & l. 17. §. 1. hoc tit.* sed pacto, quod non est legitimum, quod lege confirmatum non est, dissoluitur obligatio per exceptionem prætoriam, atque adeo non omnino dissoluitur, vt ait eleganter *§. præterea, Instit. de excep.* quia obligatio iuris ciuilis manet, *l. scribit §. vlt. de aur. & arg. leg.* Et ipso iure perimitur sola obligatio iuris naturalis. Ex eodem negotio existit obligatio ciuilis & naturalis. Et pacto quidem naturalis ipso iure tollitur, nimirum æquitas, qua sola naturalis obligatio sustinetur, alia æquitate tollitur, quod perquam naturale est: at pacto non tollitur ipso iure obligatio ciuilis, sed eliditur opposita exceptione, vel replicatione. Longe alia est conditio stipulationis, vt ostenditur hoc loco. multum hac in re distat pactum a stipulatione: nam stipulatione quæcunque obligatio ipso iure dissoluitur, etiam non opposita exceptione, si modo animus fuerit per stipulationem nouandæ veteris obligationis, *l. 2. de nouat.* Et secundum hæc prius pactum, vt & idem Paulus scribit *1. sent.* quo quæsiuit sibi debitor exceptionem, posteriori pacto dissoluitur, non ipso iure, sed vt hoc loco declarat per replicationem, vt si prius pactus sit creditor, ne petat, deinde paciscatur vt petat, petenti opposita exceptione prioris pacti dabitur replicatio pacti posterioris: quæ species proponitur initio huius §. primi. Eodemque modo eodem tenore *Instit. tit. de replic.* replicatio emendat exceptionem, *l. si in duob. §. si ei quid, de iureiur.* replicatio elidit exceptionem, exceptio autem elidit, vel emendat, vel vt ait *l. 14. de iure dot.* inefficacem facit actionem, & rem temperat, vt ait *lex qui 400. ad leg. Falcid.* at stipulatio posterior non elidit priorem stipulationem, sed tollit omnimodo ipso iure: si hoc actum sit, inquit, id est, si animus fuerit nouandæ prioris stipulationis, tollitur, inquit, stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quæ verba Accursius pessime accipit de stipulatione Aquiliana, quæ stipulationem non nouat, sed alios contractus, vt mox subiecta acceptilatio & eam quoque perimat, vt *Instit. docent tit. quib. mod. toll. oblig.* stipulatio Aquiliana non nouat stipulationem, sed alios contractus, aliam obligationem: hic agitur de stipulatione, quæ nouat aliam stipulationem, quod quidem facit ipso iure, si hoc agatur inter conuenientes. In stipulationibus, inquit, ius continetur, in pactis factum versatur, id est, stipulationes vim suam exercent ipso iure sine facto vllo, sine allegatione eius, sine opera eius, sine aditione iudicis, sine sententia. Pacta vero desiderant operam & allegationem, puta exceptionem, aut replicationem eius, ad quem ea res pertinet: quæ si omittatur ab eo, per se nulla pacti vis est, si non fuerit legitimum. Tollere plus est, quam elidere: hoc est facti, quasi quum confligunt & collidunt duo corpora: tollere est iuris, elidere facti. Denique vis pacti in facto consistit, maxime in iudiciis strictis, etiamsi arbitraria sint: namque in iis omissa exceptio, damnum litis adfert, quia iudicio non inest exceptio per se, nisi allegetur, neque suppletur religione iudicantis, qui certa pronunciationis formula tenetur, *l. Papin. de Publ. in rem actio.* At iudiciis bonæfidei exceptio pacti vel doli, & cæteræ omnes exceptiones ipso iure insunt, etiam non oppositæ, *l. 3. de rescind. vend. l. 21. inf. solut. mat. l. huiusmodi §. qui seruum, de leg. 1. l. Labeo, de oper. libert. l. 1. §. si oneranda, quarum rer. actio. non datur.* In strictis iudiciis pactum in facto litigatoris non iure, aut lege consistit, & in iudiciis quoque bonæfidei non iure aut lege inest pactum, sed officio iudicis, *l. plane, l. vlt. de petit. hered. l. si cum dotem §. eo autem, sol. mat.* Et hoc est, quod Cicero vel Cornificius ait ad Herennium, pacta sine lege ex conuentu seruari, hoc est ius ciuile non nosse pacta: leges, & iura ciuilia non nosse pacta: legibus pacta non esse legitimum modum constituendæ, aut tollendæ obligationis. Denique pacta iure ciuili non valere, pacta ex iure non valere, sed ex conuentu nudo & placito paciscentium, & tamen, vt ait, iuri præstare videri: nempe quia iuris obligationem perimunt opposita exceptione, non omnino, & quia sæpenumero, quod iure proditum est, id secus paciscentes infirmant, derogant sæpe pacta legibus, non inuitis tamen legibus, vt quum paciscimur contra edictum Ædilium curulium, *l. pacisci, hoc tit.* cum paciscimur vt venditor, qui repromittere, non satisdare debet de euictione, vt iure cautum est, satisdet tamen ex conuentione & conuentu solo *l. 2. de hered. vend.* Atque ita pacta iuri præstant. Et idem auctor elegáter, alia pacta esse ait, quæ sine legibus obseruantur, alia esse, quæ legibus obseruantur, quæ diuisio pactorum etiam notatur in hoc §. Illa quæ sine legib. obseruantur, sunt pacta, in quibus factum versatur, id est, quorum nullæ sunt vires, nisi in iudicium deducantur remedio exceptionis, aut replicationis. Hæc autem quæ legibus obseruantur, sunt pacta, quæ vocantur legitima, quæ ipso iure pariunt, vel tollunt obligationem: quæ ipso iure tollunt actionem, veluti de iniuriis, aut de furto, adeo vt non sit reo necessaria exceptio pacti: nam quod ipso iure fit, existit, ἀναφαίνεται, id est, existit statim, & vim suam exerit, vt & sui heredes, qui ipso iure heredes sunt proprie, & velut ex condicto, statim existere dicuntur, comparere statim, *l. in suis, de suis & legit. hered.* Ita Theophilo nostro, & cæteris interpretibus Græcis φαίνεσθαι ἢ ἀναφαίνεσθαι [illegible]. Et vt alio exemplo vtar, lege nominatim arcente homicidam, curia, comitiis, foro, spectaculis, sacris, non est necesse his vllum alium siue iudicem, siue legum custodem ei interdicere, quia lex interdicit, & ipsa vim suam exerit, nec operam alterius desiderat, vt Plato ait *9. de legib.* ὁ γὰρ νόμος ἀπαγορεύων ὑπὸ πάσης τῆς πόλεως εἴργει καὶ ἀναφαίνεται. Lex interdicit statim, eiusque interdictum existit statim, ac vice est communis sponsionis totius ciuitatis.

Sequitur in hoc §. 1. *Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit:* quæ verba, si accipiantur de pacto quod prius fideiussor fecerit, ne a se peteretur, vt id nimirum elidatur posteriore pacto, quo mutata sententia idem ipse fideiussor pactus sit, vt a se peti liceat, exemplo rei, sic accipienda sunt, aut si sic accipiantur hæc verba, quasi dicat idem esse, si pacta illa duo fecerit fideiussor, nihil omnino cum hoc loco pugnabit *l. vlt. hoc tit.* Et sane hæc interpretatio probabilior est. Vulgo hæc verba tamen aliter accipiuntur, nempe de pacto rei, de quo dixit ante, non de pacto fideiussoris, hoc sensu, vt quemadmodum ante dixit in §. 1. si reus paciscatur a se intra annum non peti, vltra annum, neque reo, neque fideiussori prodesse pactum, ita nunc dicam, si reus, postquam pactus est a se non peti, paciscatur, vt a se peti liceat, neque ei, neque fideiussori eius prius pactum prodesse, quia eliditur, excluditur, infringitur posteriori pacto, quod est verissimum, si modo fideiussor posteriori pacto adsensus est, vt Glossæ supplent, tum Latinæ, tum Græcæ, εἰ συναινέσει καὶ ὁ τῷ δευτέρῳ συμφώνῳ. Alioquin pugnat *l. vlt. h. t.* illa interpretatione recepta, nec suppleto modo illo, si consensit fideiussor posteriori pacto. namque plane & diserte *lex vlt.* ait, *si post prius illud pactum de non petenda pecunia a debitore conceptum in rem, quod cœpit fideiussori prodesse, debitor rursus paciscatur, vt petere liceat: non consentiente scilicet fideiussore;* alioquin pugnaret. Quæsitum quidem fuisse ait, an vtilitas prioris pacti, quæ cœpit fideiussori competere, ei auferatur posteriore pacto: sed verius esse, semel adquisitam fideiussori prioris pacti exceptionem, vlterius ei inuito extorqueri non posse, & posterius pactum soli debitori nocere, non fideiussori. Inuito, inquit, quod rem explicat, nam volens fideiussor se in pristinam obligationis causam simul cum debitore reponere potest. Quidni? Alioqui inuito fideiussori semel quæsitũ ius ex priori pacto auferri non potest. Quo modo etiam dicimus, priori creditori generaliter

obligatis omnibus bonis, deinde poſteriori creditori ſpecialiter fundo obligato, generi per ſpeciem non derogari, & poſſe priorem creditorem in eo fundo ius ſuum exercere, quia ſemel ei quæſitum ius hypothecæ in omnibus bonis, & in eo fundo igitur non potuit eo inuito diminui, *l. ſi generaliter C. qui pot. in pig. hab.*

Sequitur. *Sed ſi pactum conuentum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, &c.* Dixit Paulus, pactum prius, quod ſine lege obſeruatur, beneficio exceptionis prætoriæ infringi poſteriori pacto beneficio replicationis: ab eo pacto hoc loco ſeparat pactum legitimum, quod lege ſpeciali obſeruatur, quoniam hoc pacto, ſi ipſo iure prius ſublata fuerit obligatio & actio, veluti actio iniuriarum ex *l. 12. tab.* poſteriore pacto obligatio ſemel ſublata & extincta ipſo iure reſtitui non poteſt, *l. qui res §. aream, de ſolut.* vel vt eadem *l.* ait. *§. 1.* quod penitus idem eſt, *ſemel parta liberatio reuocari non poteſt*, a priuatione ad habitum non eſt regreſſus, quia & in ſpecie propoſita, non ex pacto actio iniuriarum naſcitur, ſed ex contumelia, ex re, vt ait lex *ex maleficio, de oblig. & act.* id eſt, ex delicto. Vnde actio iniuriarum? ex delicto, non ex pacto: proinde ex pacto neque naſci, neque renaſci poteſt actio iniuriarum, quæ expirauit ipſo iure poteſtate pacti legitimi. Eademque eſt ratio, vt ſubiicit obligationum bonæ fidei, quæ nudo conſenſu conſtituuntur, vt in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Quæ obligationes, ſi ſemel ſublatæ ſint contrario conſenſu re integra, quo genere ipſo iure tolluntur in totum: poſtea eædem ipſæ obligationes, quæ ſemel ipſo iure peremptæ ſunt, nouo pacto reſtitui non poſſunt. Sed, vt eleganter ait, nouum pactum proficit ad nouam emptionem venditionem, ſi priori emptione contrario conſenſu ſublata poſtea conuenerit, vt aliis legibus eiuſdem rei emptio venditio fieret. Pactum, inquit, proficit ad nouam emptionem: nam pactum tranſit in proprium nomen contractus, *l. 7. in prin. h. t.* E pacto confeſtim fit tranſitus ad contractum, & quod initio fuit pactum, deſinit ſiue exit in contractum, vt pactum arrharum, quod dicitur in *l. 3. C. quand. lic. ab emp. rec.* exit in contractum facta traditione arrharũ, *l. contractus, C. de fid. inſtrum.*

Poſtremo ait, *quod ſi non vt totum contractum tolleret.* Dixit Paulus de pacto, quod ſuſtulit totam obligationem empti venditi, nunc dicit de pacto, quod non totam eam tollit, ſed minuit, vel auget aliquatenus, vt ſi poſt contractum emptionis venditionis, conuenerit de minuendo, vel augendo pretio, quo genere, pacto reformatur, renouatur, & quaſi transformatur prior emptio venditio, etiam ſi fiat ex interuallo, quia eſt ex natura & ſubſtantia contractus, quod eo pacto continetur, de pretio nempe, ex quo conſiſtit ſubſtantia emptionis vẽditionis, ſiue natura. Quinimo etſi poſt ſemel contractam emptionem, conuenerit de minuendo pretio, poſt rurſus conuenerit, vt priori pretio empta res eſſet, vt in *l. emptor, h. tit.* ſi poſteriori pacto reditum ſit ad prioris emptionis formam, ſane illa pactio contractui ineſt, & pro parte contractus habetur, etiamſi facta ſit ex interuallo, *vt l. pacta, de cont. empt. l. 7. §. adeo, hoc tit. l. 2. de reſcind. vendit.* Idemque ponit in contractu dotis, ſi prius in dote danda pacta ſit mulier dotem, quæ conſiſtit in pecunia numerata, reddi ſtatim ſoluto matrimonio, deinde mutata ſententia paciſcatur, eam reddi legitimo tempore, id eſt, annua, bima, trima die, quod lege veteri eſt tempus legitimum reddendæ dotis, quæ in nummis conſiſtit, annua, bima, trima die, non præſenti die, non ſtatim: hoc pacto poſteriori dos iuri ſuo, & naturæ redditur, & quidem facilius quam ſi aliud ius extra ſuam naturam doti imponeretur. Et ideo non poſſumus dicere illo pacto fieri deteriorem conditionem dotis, quod videtur tamen: quia quam placuerat reddi præſenti die, poſteriori pacto placet non reddi præſenti die, ſed tribus penſionibus annuis, id eſt annua, bima, trima die, nec fit deterior tamen cauſa dotis, quæ redditur naturæ, iuri, formæ ſuæ. An ius dotis lex fecit deterius? minime, quæ voluit dotem reddi annua, bima, trima die. Ergo nec ius dotis facit deterius pactum, quo cauetur idem omnino; & hæc, inquit, in fine huius §. Scæuolæ noſtro placuerunt. Paulus ſemper ſolet Scæuolam ſuum dicere, a quo profectus fuiſſe videtur, vt in *l. 6. de reb. auct. iud. poſſid. l. 38. de vulg. ſubſtit. l. 19. §. 1. de neg. geſt. & aliis locis innumeris.*

Ad §. illud nulla.

IN hoc §. Paulus incipit tractare de pactis quibuſdam inutilibus. Ac primum ſi in contrahendo depoſito, vel commodato conuenerit, ne dolus malus præſtetur ab eo, qui depoſitum vel commodatum accipit, inutile pactum eſt, quia depoſitum & commodatum ſunt contractus bonæ fidei, & tale pactum contra bonam fidem, bonoſque mores eſt, *l. contractus, de regu. iur. l. 1. §. vlt. depoſ. l. in commodato, in prin. commod.* Si tamen poſt contractum depoſitum, vel commodatum conuenerit, ne dominus depoſitum repoſcat, ne dominus depoſiti vel commodati agat, valet pactum, *l. 7. §. ſed etſi paciſcar, ſup. hoc tit.* Et depoſitario vel commodatario prodeſt pacti exceptio, ſi conueniatur depoſiti vel commodati actione, quamuis ſi quid in ea re depoſitarius vel commodatarius dolo malo fecerit, τῇ δυνάμει, vt noſtri loquuntur, id eſt, ipſa vi id pactus videatur, ne de dolo agat, quia de dolo actio ineſt omnibus bonæ fidei iudiciis, *l. 7. §. non ſolum, & l. 9. de dolo.* Qua de cauſa & actiones bonæ fidei dicuntur eſſe de mala fide, id eſt, de dolo malo. Cicero 3. de nat. deorum. *Inde*, inquit, *tot iudicia de mala fide, tutelæ, mandati, pro ſocio, fiduciæ, & reliqua, quæ ex empto, vendito, locato conducto contra fidem fiunt bonam.* Denique pactum ne depoſiti agatur, vt hoc loco Baſilica aiunt, ἐν δυνάμει pacto ne de dolo agatur, & tamen valet, & agenti depoſiti, etiam ſi agat ex cauſa doli mali, obſtat exceptio pacti conuenti, quia quod illo pacto palam & diſerte agitur, honeſtum eſt, quia turpitudo tecta eſt verbis. Eſt & ſane hoc in iure non infrequens, vt quod verbis expreſſum non valet, valeat tamen, etſi tacite contineatur. Vnde dictum eſt *expreſſa nocere, non expreſſa non nocere*, & formulam actionis concipiendæ actionem famoſam facere, vel non facere. ſi verborum inuidioſam atrocitatem formula habeat, eſſe famoſam actionem: ſi verbis lenioribus & tectioribus compoſita ſit, non eſſe famoſam. ſi plane & diſerte agas furti, actionem eſſe famoſam, ſi rerum amotarũ, vel ſi tibi dari oportere, quamuis cauſa, quæ actioni ineſt, ſit turpis & probroſa, actionem non eſſe famoſam, *l. ceſſat, de oblig. & act.* Et hoc tradito in hoc §. illud inde Paulus generaliter definit in §. ſequenti.

Ad §. pacta quæ turpem.

DEfinit, inquam, Paulus in hoc §. pacta, quæ palam ſcilicet & aperte turpem cauſam continent, non eſſe ſeruanda, & addit aliud exemplum. Si paciſcar ne furti agam, ſi mihi quandoque furtum feceris, vel ſi ne iniuriarum agam, ſi mihi iniuriam feceris, pactum non valet, quia turpem cauſam continet, & conuentionem vtilitati publicæ repugnantem, quia publice intereſt furti & iniuriarum pœnam timeri. Cuius vinculis hoc genere conuentionis laxatur is, cum quo ea fit, & efficitur ad delinquendum audacior. Eſt igitur & hoc pactum improbum, & contra bonos mores. Denique pactum factum contra bonos mores nullius momenti eſt. Certe ſi pacta fuerint facta contra bonos mores naturales, contra ius gentium, vt ſi ancilla veneat ea lege, vt proſtituatur, vel ſi contra reuerentiam, quæ exhibenda eſt parentibus & patronis, paciſcatur quis cum parente aut patrono, vel marito, vt eum condemnet in ſolidum, non in id quod facere poteſt, *l. alia §. vlt. ſol. mat.* Sed & ſi pactum fiat contra bonos mores ciuiles, nullius momenti eſt, vt in *l. 15. C. de pact.* Si in collocanda filia paciſcatur pater, vt ea ſibi filia ex æquo heres ſit vna cum fratre, quod vocant pactum ἰσομοιρίας, vel ἰσονομίας, non valet pactum, & tamen, non eſt contra bonos mores iuriſgentium, ſed contra bonos mores tantum ciuitatis Romanæ, quibus huiuſmodi pactum exiſtimabatur eſſe

esse nefariæ spei casum. Confertur enim in casum mortis paternæ. Et non esse id pactum contra bonos mores iurisgentium ex eo apparet, quod postea etiam ab ea lege discessum est, Nouella Leonis 19. Quo iure vtimur, nec improbamus pactum ἰσομοιρίας. Quod si esset contra ius naturale, non posset nisi nefarie approbari. At post admissum furtum, admissamue iniuriam recte paciscimur, ne furti agamus, vel iniuriarum, vel ne nobiscum agatur, quia tunc eiusmodi pactum rem tantum familiarem contingit, rem priuatam, non publicam, vt superius pactum. Est sane hoc pactum legitimum, quoniam l. 12. tab. nominatim confirmatur, & idcirco furti & iniuriarum actionem perimit ipso iure, *l. 6. l. 17. §. 1. hoc tit. l. 13. C. de furt. l. 18. C. de donat.* iniuriarum actionem ex illa lege, *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, &c.* furti ex illa, *si adorat, furto quod nec manifestum escit, ni quis cum eo pacit duplione damnum decidérit,* quod est, *pactus fuerit, vel transegerit.* Si paciscar ne depositi agam, ipso iure non perimitur actio depositi, nec reo pactum prodest, nisi opponat exceptionem pacti, quia non est legitimum: at si paciscar, ne furti, vel iniuriarum agam, non est reo necessaria exceptio pacti, quia ipso iure pacto tollitur actio, id est, ex 12. tabul.

Sequitur in hoc §. etiamsi paciscar, ne experiar interdicto vnde vi, si tu me possessione deieceris, non valere pactum, quatenus, inquit, vt sæpissime loquuntur nostri iuris auctores, id est, quoniam, vt Græci καθ' ὅσον, *quatenus*: id est, quia publicam causam tale pactum contingit, quia publice interest in ciuitate libera nihil agi per vim, vel vt dixit sup. quia publice expedit huius delicti timere pœnam. & ad extremum Paulus ita concludit, *& in summa si pactum conuentum a re priuata remotum sit, non est seruandum.* Vbi vt iam olim ostendi, series ipsa & consequentia rei propositæ, ostendit satis aperte pro *re priuata*, esse legendum *re publica*, quoniam de pacto dixit remoto a rep. id est, contrario vtilitati publicæ, non de eo quod respicit ad læsionem rei priuatæ siue familiaris. Et hoc esse verum etiam Vlp. ostendit in *l. 7. §. & generaliter, inf. hoc tit.* dum & pari modo concludit, *& generaliter, quotiens pactum a iure communi remotum est, seruari hoc non oportet,* & præcise loquens addit, *nec legari*, id est, non posse legata relinqui, vt quid fiat contra ius publicum & commune, vt in *l. si quis inquilino §. pen. & vlt. de leg. 1.* Et stipulationem quoque de ea re, quæ contingit causam publicam & lædit, interpositam non esse seruandam, sed omnino rescindendam. Et omnino ita est, quia de re pacisci non possumus, nec stipulari etiam possumus. Addit quoque non valere iusiurandum de eo adactum, puta nequis agat furti, si ei fiat furtum, vel ne interdicto vnde vi, si vi eiiciatur de possessione fundi sui. Qua de re igitur non valet pactum, nec iusiurandum quoque. Igitur verissimum est in iure, non maiorem esse vim iurisiurandi, quam pacti. Ex pacto non nascitur actio iure ciuili, ex iureiurando quoque non nascitur actio: puta si quis etiam roganti iurauerit, se daturum quid, aut facturum. Ex pacto legitimo nascitur actio, vt ex pacto pignoris nascitur hypothecaria actio ex edicto prætoris, quo illud pactum confirmatur nominatim. Ex iureiurando item legitimo nascitur actio, vt ex l. Iulia & Papia, si libertus iurauerit se patrono donum, munus vel operas officiales daturum, *l. 7. l. 8. inf. de oper. libert. l. vlt. de liber. causa.* non est, inquam, maior vis iurisiurandi, quam pacti: nec vel centies iurati, aut iterati pacti maior vis est, quam aut iurati, simplicis pacti. Quod pactum non est seruandum, nec iusiurandum. Et retro, quod iusiurandum est seruandum, & pactum quoque seruatur, datis a prætore exceptionibus, vel replicationibus, non actionibus. Et Anaxagoram ergo imitemur, quem Isocrates laudat, quod seruaret ὁμοίως τοῖς ἐν τοῖς λόγοις ὁμολογίαις, ὥσπερ τοῖς ἐν τοῖς ὅρκοις. Et non esse maiorem vim iurisiurandi, quam pacti, demonstrat dictus *§. & generaliter, & l. Stichum §. naturalis, de solut. & l. 5. §. hac lege, & l. non solum §. 1. de iniuriis: & l. 1. §. pen. C. de natur. liber.* vbi hæc semper simul eunt iusiurandum & pactum. Conferamus autem, quod Paul.

A Vlpian. ait *d. §. & generaliter,* cum eo quod Paulus ait hoc loco, vt constet ratio emendationis nostræ. Ait Vlpia. *& generaliter*, Paulus hoc loco, *& in summa*, quod idem est. Vlpian. pactum a iure communi remotum. Ergo & Paulus pactum a re publica remotum, non a re priuata, quod a iure communi remotum est, idem etiam remotum est a re vel vtilitate publica: nam iuris communis finis est vtilitas publica. Et præterea Vlp. ait, *seruari hoc non oportere*, Paulus, non esse seruandum. Vterque igitur pactum, quo ius publicum impugnatur, pactum quod est contra formam iuris ciuilis, vel, vt est in edicto prætoris, pactum quod est aduersus leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta principum, quoue fraus cui eorum fit, non esse seruandum in *l. 5. de pact. dotal. l. vnic. §. pen. C. de rei vx. act. l. consensu* B *§. vlt. C. de repud.* Proinde pacta tantum iusta seruantur, vt *l. emptor, hoc tit.* pactum iustum esse, & ideo seruandum, vt in *l. Stichum §. naturalis, de solut.* iusto pacto, quod scilicet non sit aduersus leges, plebiscita, eo perimi ipso iure naturalem obligationem, non ciuilem, nisi legitimum fuerit, neque enim idem est pactum iustum & legitimum. Pactum iustum est, quod congruit æquitati naturali: legitimum est, quod nominatim lege confirmatum est: hoc parit & tollit actionem ipso iure, illud non item: sed prætor id tuetur datis exceptionibus, vel replicationibus. Et ita non male quidam differentiam statuunt inter iustum heredem, & legitimum: potest enim quis defuncto esse legitimus heres, veluti proximus agnatus, nec tamen iustus, veluti ingratus, inofficiosus, indignus. Magis iustus he- C res eligitur, quam nascitur. Apul. Apolog. *Sciebat*, inquit, *intestati pueri legitimum magis, quam iustum heredem se futurum.* Adduntur in edicto prætoris *l. 7. §. prætor, hoc tit.* pacta dolo malo facta quæ etiam prætor significat, se non seruaturum: pacta dolo malo facta neque prætor seruat, quomodo solet cætera, quæ bona fide sunt facta: neque etiam iudex addictus bonæ fidei iudicio in *l. 3. communi diuid.* In veteri edicto auctore M. Tullio erat scriptum, *quæ nec vi, nec dolo malo facta sunt.* sed postea detracta est vis mentio, quia quodcunque fit vi, id dolo malo fieri videtur. Et ad idem exemplum, edicto quod metus causa, quod ita olim erat scriptum, *quod vi metusue causa*, pari ratione hodie detracta est vis mentio, *l. 1. quod metus causa gestum erit.* In edicto igitur de pactis translatitia illa erat exceptio, D *quæ nec vi, nec dolo malo, nec aduersus leges, plebiscita, & cætera, facta sunt.* Quam exceptionem, cum edicto Bibuli Syriæ præsidis inter publicanos & prouinciales Atticus Ciceroni scripsisset, nimis esse grauis præiudicij in equestrem ordinem, ex quo publicani erant, ex quo ipse Atticus, & Cicero, quod ita sit præscriptum, *pacta, quæ nec vi, nec dolo malo facta sunt:* ideo Cicero rescribit se adhibuisse exceptionem ἰσοδυναμοῦσαν, sed tectiore ex edicto Q. Mutij Asiæ Proconsulis, in hæc verba, *extra quam si ita negotium gestum est, vt eo stari non oporteat ex fide bona*: quod sane vi ipsa ita est, *extra quam si quid vi, aut dolo malo factum sit.* Cum vero Paulus docuisset pacta facta contra bonos mores, contra formam iuris publici, contra vtilitatem publicam non valere, mox subiicit in hoc ipso §. *Etiam pacta, quæ de vna re vel persona facta sunt, in alia re, vel persona* E *non valere*, quod & pro ratione ponit superioris sententiæ. Ait enim, *ante omnia* animaduertendum est, ne conuentio ea, quasi scilicet pactum, quod quis fecit contra vtilitatem publicam, non noceat alij, eadem de re, vel alia re simili, quæ publicam causam respiciat, agere volenti. Integram igitur publico esse actionem, etiamsi quis quid pepigerit, secus quam exigat ratio vtilitatis publicæ.

Ad §. Si cum mihi.

EX l. 27. restat explicandus hic §. Cuius quæstio hæc est, *si cum mihi deberes 10. paciscar ne petam 20. an tibi prosit pactum?* Videtur non prodesse: quia quod pactum demonstrat, non est verum: neque enim 20. mihi debes, sed decem tantum. Et in negatione maioris numeri, vel summæ, non inest negatio minoris, non debes 20. ergo non

debes 10. Vitiosa collectio est. Contra in affirmatione maioris numeri, inest affirmatio minoris: debes mihi 20. ergo debes decem. At quum paciscor, ne petam viginti, non nego, imo affirmo mihi deberi 20. sed paciscor, ne ea petam: ergo & hoc paciscor, ne 10. petam: & debitori, qui debet 10. tantum, prodest pactum beneficio exceptionis pacti conuenti, aut saltem beneficio exceptionis doli mali subsidiariæ. In maiori summa minor inest, pactum de non petendo est remissio, remissio autem maioris summæ, & minoris vtique remissio est. Idemque obtinet in acceptilatione, si is, cui debentur 10. accepta ferat 20. quia debitor liberatur, *l. 15. de acceptil.* Idem est in liberatione legata, si heres debitorem in decem damnatus sit liberare in 20. neque enim ideo minus liberatur debitor, aut liberari debet in 10. *l. non solum* §. 1. *de liber. leg.* Idem est in ademptione, si is, qui legauit decem, ademit 20. quia totum legatum ademisse censetur, *l. 3.* §. *si quis plus, de adim. leg.* Quia quod superadiicitur pro superuacuo est, vel pro non scripto: contra vero, remissio minoris quantitatis, quæ fit pacto conuento, non est remissio maioris. Ideoque si cum debes 20. paciscar ne 10. petam, postea petenti mihi 20. non obstat exceptio pacti in totum, sed in partem dimidiam tantum. In minori summa non inest maior. In affirmatione minoris summæ, non inest affirmatio maioris. Contra in negatione minoris summæ, inest etiam negatio maioris. Et hæc ad §. *si cum decem.*

Ad §. Sed si stipulatus, &c.

AT quid dicemus, *si cum ex stipulatu mihi deberes Stichum aut 10. sub disiunctione, & electio vt solet, in stipulationibus disiunctiuis esset tua dandi, vtrum malles, vel 10. vel Stichum*, si paciscar de 10. non petendis, vel, vt loquitur, quia electio tua est, de decem a te non præstandis mihi. Et in §. hoc ostenditur, mihi petenti Stichum, aut 10. sub disiunctione iuxta formulam stipulationis, vel mihi petenti Stichum tantum, obstare exceptionem pacti in totum, hac ratione, quia vt solutione vnius rei debitor, cuius est electio, vt vel det 10. vel Stichum, liberaretur in totum: quod est certissimum, quia non vtrumque debet, sed alterutrum, quod ipse elegerit, vt inquam, solutione vnius rei debitor, cuius est electio, omnimodo liberaretur, & acceptilatione similiter vnius rei, & petitione, vt ait *in* §. *seq.* quæ est nouatio necessaria, quæ fit per litis contestationem, etiam tota solueretur obligatio, *d. l. non solum* §. 1. ita pacto de vna re non petenda interposito, consequens est, totam obligationem submoueri per exceptionem pacti, perinde atque si vna illa res soluta, vel accepto lata, vel petita esset: sed iis modis ipso iure tolleretur obligatio, pacto non tollitur ipso iure, sed tuitione prætoris, data exceptione pacti conuenti. Ergo sicut is, qui debet 10. aut Stichum, omnimodo liberaretur soluendo 10. vel si creditor ei accepta ferat 10. vel si creditor ab eo petat 10. iudicio accepto, ita & liberatur per exceptionem, si creditor paciscatur, ne petat 10. vel si paciscatur, ne petat Stichum. Sed hoc ita procedit, nisi actum sit inter debitorem & creditorem specialiter, vt debitor non præstaret 10. non eligeret 10. sed vt omnimodo præstaret Stichum, quia hoc casu pacti exceptio non obstat creditori petenti Stichum. Idem est e contrario, si conuenerit, ne Stichus præstaretur, sed 10. Idem, si vt ne alterutra res præstaretur. Nam & hoc casu tota obligatio non submouetur, *l. 4. de resc. vend.* Quod autem ait hoc loco, acceptilatione vnius rei, obligationem alterutram, siue disiunctiuam in totum resolui ei opponitur *l. 13.* §. *Stichum de accept.* quæ dicit, *acceptolato Sticho, 10. manere in obligatione.* Sed Accursius, quod erat facillimum, recte animaduertit in specie eius §. *si Stichum*, ideo 10. manere in obligatione, quia acceptilatio Stichi nulla fuit. Proponitur enim quis stipulatus, non vt hoc loco, pure 10. aut Stichum, sed sub conditione 10. aut Stichum, & pendente conditione stipulatorem accepto tulisse Stichum, qui nondum debebatur, quia nondum extiterat conditio, eundemque Stichum pendente conditione vita decessisse. Itaque in Sticho nunquam constitit obligatio, ergo nec acceptilatio. Ex quo fit, sola 10. si postea existat conditio stipulationis, esse in obligatione. Ad hæc quæri potest, si quis stipulatus sit Stichum, aut 10. vtrum ipse vellet, atque ita electio fuerit creditoris, non vt supra, debitoris, an si paciscatur creditor de non petendis, vel postea non eligendis 10. an in totum soluatur obligatio posita exceptione pacti conuenti? Et vt ostenderet Paulus, quod & hoc libro forte sollicitius, & verbosius explicuerat, hoc casu integram esse creditori electionem Stichi. vtitur exemplo hominis generaliter debiti creditori, quem scilicet ipse creditor eligeret: vtitur hac comparatione, non inconcinne: nam & is, cui debetur homo generaliter, est similis ei, cui debetur Stichus, aut 10. vt aperte ait *l. cum is* §. *vlt. de cond. indeb.* Nec quidquam distat hac in re, vel alia fere vlla, obligatio alternata ab obligatione generis. Quod si creditori debeatur homo generaliter, quem elegerit ipse ex vniuersa familia debitoris, hæc obligatio non in totum perimitur, si creditor paciscatur Stichum non peti, & non eligi: sed petenti quidem Stichum obstat exceptio pacti: alium autem hominem petenti, nulla obstat exceptio, sed si generaliter. Et ita est proditum ex Iuliano 54. Digestor. in *l. qui hominem, de adimend. leg.* Et ait ei, cui homo legatus est, ei cui homo generaliter debetur ex legati causa, hominis electionem esse constat legatarij: ei, inquam, adempto Sticho, integram esse hominis petitionem, & Stichi tantum electionem ademptam videri. At si electio fuisset debitoris, posui fuisse creditoris, cui debebatur homo generaliter, & ostendi pactum de vno certo homine non petendo, non perimere totam obligationem. Nunc dico ex diuerso, si debeatur homo generaliter, & electio fuerit debitoris, vt acceptilatione Stichi tota obligatio perimeretur, sicut ex eodem Iuliani libro refertur in *l. 13. si ei qui hominem, de acceptil.* ita & pacto interposito de non petendo, vel non præstando Sticho, in totum perimi obligationem, & indistincte (quod notandum) siue homo generaliter debeatur, siue Stichus, aut 10. Et creditor, qui habet electionem, paciscatur de homine certo, vel de re altera non petenda, non sibi omnem electionem abstulisse videtur, sed electionem eius rei tantum, vel hominis, quem quamue se non petiturum cauit, non videtur, inquam, totum ius suum remisisse, sed extenuasse tantum, aut imminuisse, si creditoris fuerit electio. Contra si creditor electionem non habuit, sed debitor paciscendo, ne rem, vel hominem certum præstet: vel creditor ne rem, vel hominem certum ab eo petat, remisisse videtur obligationem totam, nisi aliud expresserit. Cur si id sensit non expressit? In obscuro procliuiores sumus ad liberandum, quam ad obligandum, *l. Arrianus, de oblig. & act.* Obscura est creditoris voluntas, qui non expressit, totam obligationem tolli, an minui velit. Itaque creditor sustulisse, & remisisse videtur totam obligationem, qui electionem non habuit, qui minuendæ obligationis facultatem non habuit, cum eius non esset electio. Denique aut nihil egisse videtur, aut sustulisse totam obligationem. Hinc apparet ratio differentiæ.

Ad §. Item si pactus.

OStendit eum, qui pactus est, ne hereditatem petat, non posse vt heredem res singulas petere, quia tametsi res singulæ hereditariæ non sint partes hereditatis, sunt enim corpora, & hereditas res est incorporalis: res igitur hereditariæ, non sunt partes hereditatis, tamen habentur pro partibus, vt qui remisit hereditatem, vel qui cauit eam se non petiturum, etiam res singulas, vt heres petere non possit. Et recte, vt heres, quia alio iure, quam hereditario res singulas petere potest, quatenus eas tunc non petit quasi partes hereditatis, vel quatenus alio iure agendo, non possunt res singulæ haberi pro partibus hereditatis,

reditatis, nam non petuntur vt hereditariæ, aut partes hereditatis, sed forte vt emptæ vel donatæ. Et eodem modo, qui pactus est, ne nauem vel domum peteret ex stipulatione, dissoluta naue, diruta domo non potest ex eadem causa res singulas petere, nisi aliud specialiter actum sit: quia reuera, etsi res singulæ nauis, aut domus, non sint partes domus, aut singulæ tabulæ nauis, singula armamenta non sunt pars nauis, partes nauis sunt prora, puppis, carina: singula cæmenta, singuli lapides, parietes: singulæ diætæ, non sunt pars domus, partes domus sunt nobis duæ, solum & superficies: Aliis, tres domus partes, contignatio, fundamentum & superficies. Singulæ tamen res nauis, partium instar obtinent, & ideo, qui paciscitur, ne petat nauem aut domum, dissolutis iis, nec singulas res petere potest, vt in *l. naue, de euict. l. 13. §. illud, de acceptil.* non potest, inquam, petere res singulas ex eadem causa, ex qua cauit se rem integram & vniuersam non petiturum. Nam ex alia causa potest petere res singulas, *l. 7. §. & quidem, de except. rei ind.* Sic etiam si paciscar, ne fundum petam, qui mihi forte debetur ex causa legati, non possum petere vsumfructum ex eiusdem legati causa, quia etsi vsusfructus non sit pars fundi, est enim ius incorporale, fundus res corporalis, tamen pars fundi esse censetur, partis instar obtinet, quia omne emolumentum fundi continet. Quod latius exposuimus *lib. 2. ad l. 4. de vsuf.* Et addendum hoc tantum, nunc ad ea, quæ in illum locum diximus, hac in re non esse aliam rationem acceptilationis, & aliam pacti: Quia, qui fundum accepto tulit, non potest petere vsumfructum: qui domum accepto tulit, non potest petere cæmenta, marmor, aut fenestras, aut parietem, aut diætam: sed *vt in d. l. 13. §. illud*, is cui debetur fundus, nihil agit accepto ferendo vsumfructum: sicut is, cui debetur domus nihil agit accepto ferendo cæmentum, aut fenestras. Itaque si in vtroque eadem ponatur species, iidemque termini retineantur, inuenies idem iuris esse in acceptilatione, quod in pacto, & contra.

Ad §. pen. Si acceptilatio.

EX §. pen. hoc tantum notandum est, acceptilationem inutilem esse, vt puta, si accepto feratur, quod re, aut consensu debetur, non verbis: nam acceptilatione, quæ fit verbis hoc modo, *acceptum fers? acceptum fero*, non tollitur, nisi obligatio, quæ verbis contracta est. Inutilis igitur est acceptilatio, si acceptum feram, quod mihi debetur ex causa mutui, non ex stipulatu, vel si velim accepto ferre, quod mihi debetur ex causa mutui, debeo prius causam mutui transferre in stipulationem Aquilianam, deinde acceptum ferre. At prætermissa ea stipulatione Aquiliana inutilis est acceptilatio, si acceptum feram, quod mihi ex causa mutui debetur, non ex stipulatu. At quæritur, an inutilis acceptilatio habeatur saltem pro tacito pacto de non petendo, vt debitor liberetur, non ipso iure, quia acceptilatio non valet: sed per exceptionem quasi pacti, & iure conuentionis: & nisi aliud actum sit, nisi contra sensum sit, vt ait Vlpian. definitur hoc loco in *§. pen. & in l. 8. & 19. de acceptil. & l. 5. de rescind. vend.* inutilem acceptilationem valere vt pactum de non petenda pecunia, quia id acceptilatione agitur, vt obligatio soluatur, vt remittatur debitum. Ergo vt non petatur. Denique acceptilationi inest pactum de non petendo. Et licet non valeat acceptilatio, pactum tamen, quod ei inest, valet: nam pacto tollitur quæcunque obligatio, etiam quæ verbis non est contracta. Inutilis ergo acceptilatio habetur pro tacito pacto. Et tamen, quod potest obiici, inutilis stipulatio de dando, vt puta si facta sit inter absentes per epistolam non habetur pro pacto, *l. 1. §. si stipulanti, de verb. obl.* Cur ita? quia stipulatione id agitur, vt obligatio contrahatur, quæ ex pacto nulla esse potest. Eadem ratione inutile iusiurandum, quo quis iurat, se aliquid daturum vel facturum, non cedit pro pacto, quia id agitur, vt obligatio contrahatur, & pactum non est modus contrahendæ obligationis, *l. si quis pro eo, in princ. de fideiuss.* Inutilis stipulatio etiam non habetur pro constituto, quod vocant ἀντιφώνησιν, quia non animo constituentis, sed stipulantis id agitur, cum nec constitutum consistere possit, nisi aliqua præcesserit obligatio: constitutum enim siue ἀντιφώνησις, est accessio, *l. 1. §. eum qui, de const. pec.* & hæc de constituto. Fideiussio quoque inutilis non valet, vt iussio *l. 1. §. sed & si serui, quod iussu: l. si domina, ad SC. Vellei.* puta, si dominus, vel pater pro seruo, aut filio fideiubeat inutiliter, non tenetur actione prætoria quod iussu, quia non vt pater, vel dominus fideiussit, sed vt extraneus, & ex iussu solus pater tenetur, vel dominus, non extraneus. Addere etiam licet, inutiles etiam nuptias non haberi pro sponsalibus, *l. quæsitum, de sponsal. l. cum hic status §. pen. de donat. int. vir. & vxo.* quia, inquit lex, iam non fuerint sponsalia. Qua ratione etiam inutile testamentum non habetur pro codicillis, quia codicilli non fuerint, quia codicillos facere noluit defunctus, sed testamentum, & quod voluit non potuit, aut non iure fecit. Ideoque inutilia testamenta non aliter vt codicilli valent, aut vt fideicommissariæ voluntates, quam si id expressum sit adiecta clausula codicillari, quæ sic vocatur, *si non valet quod ago, vt ago, valeat vt valere potest.*

Ad §. vltimum.

IN extremo huius l. ostenditur, seruum hereditarium, id est, seruum sine domino, quamdiu hereditas iacet, nec dum adita est: seruum, inquam, hereditarium frustra pacisci L. Titio, qui forte heres institutus est, vel qui defuncto heres futurus est ab intestato, antequam adeat hereditatem, quia is seruus nondum est in eius potestate, & alteri stipulamur inutiliter, in cuius potestate non sumus. At in rem, & generaliter seruus hereditarius recte paciscitur, nempe hoc modo, *ab herede futuro non peti, vel quod defunctus debet non peti*, & prodest pactum heredi postea facto aditione, *l. 16. & 28. §. vlt. & l. 35. de stip. seru.* Vbi etiam hanc rationem reddit, cur pactum, quod seruus hereditarius fecit in rem, iacente hereditate, prosit heredi postea facto. Cur etiam stipulatio interim ab eo facta in rem, puta hereditati, vel heredi futuro adquiratur, heredi postea facto, quia, inquit, post aditionem heres retro intelligitur defuncto successisse a tempore mortis, quia & a tempore mortis heredis familia funesta est. quam rationem sumit illo loco Caius ex iure prisco, seu Pontificio, a die mortis testatoris heredis postea adeuntis, familia funesta esse intelligitur. Nam impura, & funesta manet, quoad heres exstiterit, perfecerit & expleuerit certa quædam sacrificia & piacula, vt docet Cic. ad Heren. lib. 2. de legib. Varro lib. 4. de ling. lat. Gellius lib. 16. cap. 4.

Ad l. 40. ad l. Aquil.

In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit, & interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo conditio exstitit, & si summatim re exposita, ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere. Sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti conditio exstiterit. Quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.

PErtinet hæc lex ad edictum prætoris de edendo, sicut & multæ aliæ, quas supra exposuimus. Ex eo edicto datur actio in factum aduersus argentarium vel nummularium, vel mensularium, qui rationes nostras mandatu nostro confecit, si postulantibus nobis rationes edi, quæ ad nos pertinent, & hoc ipsum decernente prætore, eas dolo malo non edat & exhibeat. Et competit hæc actio in id, quod nostra interfuit eas rationes edi eo tempore, quo id decreuit prætor, & quo nos postulauimus, etiamsi postea nostra interesse desierit, vt inferius explicabitur. Ideoque pœnalis hæc actio esse videtur, quia & ei competit, cuius

interesse desiit, ac propterea nec post annum datur, neque in heredem ex dolo defuncti argentarij vel nummularij. Nam ex dolo proprio etiam heres eius tenetur, qui rationes, quas penes se habet, edere detrectat. Quæ omnia comprobantur *l. 6. §. ex hoc edicto, & l. 8. & l. 10. §. vlt. & l. vlt. de edendo.* Itaque, si quis litem, quam cum alio habuit, amiserit, ob non editas rationes & exhibitas sibi eo tempore, quibus prolatis causam suam tueri & tenere potuisset, rem amissam & sumptus in eam rem factos ab argentariis, hac actione in factum consequetur, videlicet, si nunc is, qui litem amisit, vel argentario nunc edente rationes, vel alio modo eas rationes nactus, vel aliis instrumentis, aut testibus, quos litis tempore non habuerit in manu, possit probare, se tunc vincere potuisse, si rationes habuisset, se tunc iustam causam habuisse litigandi. Id exigo, vt nunc, quum agit aduersus argentarium in id, quod sua interfuit, probare possit, se potuisse vincere. Nam si nunc id probare non potest, nec in factum agere potest aduersus argentarium, quia non apparet quantum intersit, vel si tunc id probare potuit aliis probationibus, nec probarit, & ob id litem amiserit, de se queri debet, non de argentario, vel etiam si nunc id probarit, nec iudex vllam probationum rationem habuerit, de iudice queri debet, non de argentario, quia damnum quod patitur, est à iudice non ab argentario, *d. leg. 10. §. vlt. de edendo.* Vbi etiam ostenditur, quod omnino pertinet ad hanc legem 40. eandem rationem obseruari, chirographo mihi subrepto, nec interest quo chirographo, chirographo obligationis, an solutionis: nam & apocha dicitur chirographum solutionis, *l. creditor, de act. emp.* dicitur etiam chirographum prædij, pro instrumento emtionis prædij, pro tabulis auctoritatis, *l. pen. de leg. 3.* Eandem igitur rationem seruari quocunque chirographo mihi subrepto, verbi gratia, chirographo creditæ pecuniæ, quo pecuniæ mihi debitæ probatio continetur: nam ita demum mihi competit condictio furtiua, & actio furti, vt dupletur quantitas chirographi, si ante non potui, quod mihi chirographum esset interceptum, probare, mihi deberi pecuniam, aut me pecuniam soluisse, & ob id litem amisi, & ob id lite cecidi. nunc vero id possum probare aliis probationibus vel testibus, & signatoribus chirographi, quibus tunc aliqua ex causa vti non potui, quia ita probo mea interfuisse non subripi chirographum: nunc vero desiisse interesse nouis probationibus emergentibus, & nihilominus ratione damni præteriti mihi competit actio furti, & condictio furtiua. Eodemque modo chirographo mihi corrupto & deleto, ita vt legi non possit, ita demum mihi competit actio legis Aquiliæ de damno dato, si ante deleto chirographo, cum agerem de credita pecunia, probare non potui, quanta mihi pecunia deberetur, & ob id victus litem amisi: nunc vero id probare possim, *d. l. 10. §. vlt. l. quidam procurator, de furt. l. 41. §. 1. & l. 42. hoc tit.* quia quo tempore subreptum aut deletum chirographum fuit, potuit testibus, vel mensæ scriptura, vt ait *l. qui tabulas, de furtis*, vel aliis probationibus docere, quantum sibi deberetur, eius nihil interfuisse videtur, chirographum non subripi, aut non corrumpi, quia nihil damni fecit, qui perdidit chirographum, si ei suppetant aliæ probationes idoneæ, *d. l. qui tab. §. inde potest, & §. seq. de furt.* Qui vero id tũc probare non potuit, & ob id litem amisit, eius maxime interfuit non subripi, aut corrumpi chirographum, ac proinde ei cõpetit actio furti, vel actio legis Aquiliæ, quamuis postea eius interesse desierit, repertis nouis probationibus, quæ illo tempore abditæ erant & occultæ. Et ita si pecunia mihi pure debita fuerit, quæ chirographo continebatur. Quid si mihi debita fuerit sub conditione, & pendente conditione subreptum sit mihi vel deletum chirographum? & tunc probare testibus possim, quantum mihi debeatur, qui possint mori pendente conditione, quid fiet? aut qua ratione mihi consulam, vt mihi sit salua probatio debiti, vel vt mihi sit saluum id, quod mea interest? An statim agere possum ex l. Aquilia aduersus furem chirographi, eumq;, qui chirographum corrupit, aut interleuit? Quod non videtur, quia antequam conditio exstiterit, mea nihil interest, quia nihil mihi debetur, nihil interim quasi debitum petere possum. Imo nec debitum iri certum est. Potest enim deficere conditio obligationis. Imo & interim aliquatenus interest, quia fieri potest, vt existentis conditionis tempore idem per eosdem testes probare non possim, vel per alios, vt puta, si pendente conditione testes vita decesserint, & eatenus interest mea, nec conditionale chirographum mihi corrumpi. Diuturnior est fides chirographi, quam testium. Et ideo hoc etiam casu, antequam conditio exstiterit, aduersus eum, qui chirographum deleuit, possum agere ex l. Aquilia: summatim, vt ait, re exposita iudici, & periculo scilicet amittendæ probationis, si & testes ipsi interim perierint, vt ob huius casus & periculi suspicionem commotus iudex interim testes interroget, qui adhuc viuunt: & reum etiam condemnet in futuri damni æstimationem, vt Græci aiunt ὡς τὴν μέλλουσαν συμβήσεσθαι ζημίαν, condemnet, inquam, non tamen exigat iudicatum antequam damnum contigerit, id est, antequam exstiterit conditio æris alieni testib. iam ante defunctis: nam si conditio defecerit, vel si existentis conditionis tempore superstites non fuerint, quibus æs alienum satis abundeque probare possit, nulla condemnationis siue iudicati executio est, nulla pœna eius, qui deleuit chirographum, qui damnum fecit, quia & id iudicatum factum est præmaturius, non tam rei iudicandæ gratia, quam probationis conseruandæ & constituendæ gratia. Hæc est species sane elegantissima huius legis, quæ proponitur etiam in *l. quidam 32. de furt.* Quod ad hanc legem Græci tractant, de argumentis, quæ τεκμήρια vocant, quasi in hac lege, quod ait, *iudicem ad suspicionem adducere*, vel si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam, quasi, inquam, iudicem ad suspicionem adducere, sit argumentis rem probare & indiciis indubitatis: id longe alienum ab hac lege est. Neque enim suspiciones & argumenta idem sunt. Liuius 38. *suspicionibus magis quam argumentis reum pecuniæ captæ damnari.* Et Vlpianus in *l. absentem, de pœnis*, non debere reum damnari ex suspicionibus: qui tamen damnari potest ex argumentis, *l. vlt. C. de probat. l. ob carmen §. vlt. de testib. l. 5. §. a Barbaris, de re milit. l. vnius, §. 1. de quæstionibus.* Verum hoc loco, iudicem ad suspicionem adducere summatim re exposita, puta chirogaphum sibi esse deletum, superesse adhuc testes, quibus probari possit, quantum sibi debeatur, sed eos testes mori posse antequam existat conditio, antequam petitio pecuniæ competat. Id, inquam, est mouere iudici suspicionem mortalitatis testium, suspicionem eius, quod humanitus testibus euenire potest pendente conditione, suspicionem damni, quod si testes interim moriantur, actor facturus est per inopiam probationis, vt proinde iudex non expectato conditionis euentu testes interroget, & summatim de re cognoscat ac iudicet, & si res ferat etiam ex delicto condemnet reum, nondum tamen ab eo exigat iudicatum, sicut fit in *l. 3. §. duæ autem, de Carbon. edict.* Vbi ostenditur, cum mortuo parente filio impuberi vel nepoti, vel pronepoti sit controuersia status & bonorum, plerumque differri cognitionem in tempus pubertatis, data puero interim Carboniana bonorum possessione, vt habeat vnde se tueatur & alat. Interdum tamen cognitionem repræsentari statim, si forte testes, qui veritatem insinuare possunt, dilata controuersia in tempus pubertatis, interim morituri videantur: facito eos esse iam defessa ætate, graui, & mala valetudine. Qua ratione receptum est in ciuilibus causis μονομερῶς, absente altera parte, testes produci & examinari posse ante litem contestatam, qui regulariter non interrogantur nisi post litem contestatam, & iudicium acceptum, *cap. vlt. extra, vt lite non contestata non procedatur ad test.* summatim autem hoc loco est summo tenus, non subtiliter, vt *l. 1. C. vt in poss. leg.* non subtiliter causam examinari posse, id est, summatim examinari, *l. 3. §. 1. D. eod. t.* παχυμερῶς, in Nou. 53. Vnde & locus communis Græcis interpretibus περὶ παχυμεροῦς καὶ ἀκροθινοῦς ζητήσεως, *de quæstione*

quæstione summaria, translatione sumpta a computatione rationum, quæ fit per summas summarum, vt Plautus loquitur in Trucul. act. 1. sc. 1. non per minuta æra, minutas æris. Acc. in l. 3. §. interdum, ad exhib. plures alios casus enumerat, quibus lis agi, res exponi, & causa cognosci summatim solet, quod tamen semper fit sedente iudice pro tribunali, non de plano. Imo contraria loquuntur interpretes, qui pro eodem dicunt, summatim, & de plano. Et nihil est præterea. Transeundum ad librum 4. ex quo quæ sumptæ sunt leges, fragmenta sunt & reliquiæ.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum quartum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 1. 5. & 7. de in ius vocando.

L. 1. In ius vocare est iuris experiundi causa vocare.

L. 5. Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit. pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant.

L. 7. Patris adoptiui parentes impune vocabit. Quoniam hi eius parentes non sunt, cum his tantum cognatus fiat, quibus & agnatus.

Libro 4. ad edictum proposuit Paulus pœnalia quædam iudicia, quæ ex edicto prætoris in eos dantur, qui aliter, quam oporteat, vel quo in loco, quibusque casibus non licet, aduersarium suum vocauerint, & adduxerint in ius. Ex iis iudiciis alia sunt communia, vt actio iniuriarum: alia propria, quæ specie sua continentur, vt pœnales quædam in factum actiones. Actio iniuriarum datur in eum, qui de domo, quæ cuique est perfugium ita sanctum, vt inde neminem in ius abripi fas sit, eam tamen ingressus inuito domino, eum inde in ius abripuit, vt ex hoc libro proponitur in l. 23. de iniurijs. Eadem actio iniuriarum datur in eum, qui non antestatum, qui intestatum in ius vocauerit, & duxerit, si credimus Porphyr. & Acroni in illum locum Horatij sat. 9. lib. 1. *licet antestari? Ego vero oppono auriculam, rapit in ius, &c.* Eadem quoque actio datur in eum, qui vocatum in ius, & pro rei qualitate offerentem idoneum fideiuss. iudicio sisti in diem locumque certum, nihilominus manu iniecta eum in ius ducit, quia sane, vt ait l. 5. §. vlt. qui satisd. cog. non leuis, non minima iniuria est, duci & abripi in ius, qui satis idoneum fideiuss. offert & dat. Quod & hoc libro videtur scripsisse Paulus, cum ex eo sit lex 4. eod. tit. quæ de fideiuss. loquitur, iudicio sistendi causa dato, quem liberari docet, si reus intra diem, quo fideiuss. iudicio sistere & exhibere debuit, vita decesserit sine culpa fideiuss. Quo casu, vt ait, nec prætor iubere debebit eum exhiberi, iam homine defuncto, qui iam eum præstare & exhibere non potest, nec quanti ea res est, eo nomine actori præstare, vel si hoc iusserit prætor, forte per ignorantiam, aut forte si post iussum prætoris, quo iussit sisti reum, ante diem quo sisti debuit reus vita decesserit, fideiussor ex stipulatu non tenetur, quia in eo non fuit mora, nec vlla culpa fideiuss. in ea re versatur. At si post diem exhibitionis, id est, post diem, quo fideiussor eum exhibere debuit, is vita decesserit intra sex menses, quod Iustin. addidit nouissime in l. 26. C. de fideiuss. quæ semel nata est in fideiussorem ex stipulatu actio, non exstinguitur mortuo reo, morte rei, quia contingit post moram fideiuss. Idemque erit, si reus ciuitatem Rom. amiserit, nam peregrinitate veluti deportatione in insulam, rei quidem obligatio tota soluitur, l. si debitori, de fideiuss. sed non etiam fideiuss. obligatio, cuius dies iam cesserat, antequam reus ad peregrinitatem redigeretur. Quæ est sententia d. leg. 4. Actio autem in factum, pœnalis in 50. millia sestertium, id est, in 50. solidos, datur in eum, qui parentem, aut patronum non impetrata venia in ius vocauit & duxit, l. 12. l. pen. & vlt. de in ius voc. quam partem edicti etiam hoc libro 4. Paulus attigit. Et eadem quoque actio pœnalis in 50. solidos datur in eum, qui patrono vel parente in ius vocato, vti oportet, impetrata edicti venia, & ne ducatur offerente fideiuss. iudicio sisti, eum fideiussorem accipere recusat, quasi non idoneum, non locupletem, & nihilominus in ius ducit parentem vel patronum, l. 2. in ius voc. vt eant. Quod & hoc lib. attigit Paulus addita hac ratione in l. 3. eod. t. quia qualiscunque fideiussor, id est, etiam non locuples, a parente vel patrono, & aliis quibusdam necessariis personis oblatus, pro assiduo accipi debet & locuplete, nec honeste ab eo desideratur locuples fideiuss. filius vel nepos, vel libertus qualicunque fideiussore contentus esse debet. Est & alia actio in factū pœnalis, quanti ea res, qua de agitur, ab actore æstimata fuerit, etiamsi vera actoris æstimatio non fuerit. Et ideo pœnalis est actio, quæ datur in eum, qui in ius vocatum, & sequentem, vel tractum, vi eximit actori, aut dolo facit, quo magis vi eximatur. De qua actione etiam hoc lib. Paulus agit l. 2. & 4. ne quis eum qui in ius, &c. At sciendum est, priusquam hæc omnia traderet Paulus de pœnalibus iudiciis quæ ex iis causis descendunt, proposuisse eum quod est in l. 1. de in ius voc. in ius vocare, esse iuris experiundi causa vocare. Quibus verbis non definiuit quid esset in ius vocare, aut sane perperam definit, nempe vocare, per idem verbum vocare, & in ius per causam litigandi, vel quod idem est experiundi iuris, cum tamen certo certius sit, his verbis non causam vocandi significari proprie, sed locum ad quem vocatur aduersarius, in quo est sella curulis, in quo est tribunal prætoris vel præsidis, non pedanei iudicis, nam qui ad pedaneum iudicem, qui plano pede de causa cognoscit, vocat aduersarium, in ius eum non vocat, vt aperte ostendit l. 3. §. pen. ne quis eum qui. pedaneus iudex, nec iurisdictionem, neque tribunal habet, nec potest igitur nisi inepte locus, in quo de causa sibi delegata cognoscit, ius appellari. Denique in hoc sermone in ius vocare, iuris nomine locus significatur, vt illo, *in iure confiteri, in iure interrogari* proprie dicitur, non causa vel lis, non item persona ius dicentis. Quamobrem integrior sermo hic est, *ad prætorem in ius vocare, ad prætorem in ius ducere, vt lege 2. tit. seq. Ex quacunque causa ad prætorē*, inquit, *vel alios, qui iurisdictioni præsunt, in ius vocatus venire debet.* Et l. Seruilia ex 12. ab. *ad iudicem in eum annum, qui ex hac lege factus erit, in ius ducito.* Et apud Varron. Quæstorem ad prætorē *in ius vocari posse, Ædilem Curulem ad Prætorem a priuato in ius esse ductum.* Vnde recte efficies Institut. §. vlt. de pœna tem. litig. vbi vulgo ita scriptum est, *in primis aduersarius in ius vocandus est*, id est, *ad eum, qui ius dicturus sit*, esse legendum *in primis aduersarius in ius vocandus est ad eum, qui ius dicturus sit*, circumscribendus articulus (id est) Nam iuris verbo locus, in quo ius dicitur, non is, qui ius dicit, intelligitur, vel causa, vel lis significatur, sed locus, in quo ius dicitur iis, qui agunt, l. pen. de iust. & iure. l. 4. de in ius voc. Sed quia variæ & multiplices sunt causæ vocandi in ius, veluti perhibendi testimonij gratia, vel iudicandi, vel tutelæ suscipiendæ, alteriusve publici muneris, l. 2. §. legatis, de iudic. vel litigandi, siue iuris experiundi causa, ideo Paulus in hac l. 1. de in ius voc. his verbis vsus est, *in ius vocare, est iuris experiundi causa vocare.* Sed sub hoc tit. de ea tantum vocatione in ius loquitur & agit, quæ fit vltro citroque, iuris sui experiundi, disceptandi, obtinendi causa, non de ea, quæ fit ex aliis causis. Nam ius experiri commune est verbum actoris & rei. Cæterum ex aliis causis in ius vocamur a viatore iussu magistratus, iuris experiundi causa, & ab aduersario ipso, qui litem facit, & prouocat ad iudicem etiam sine iussu magistratus. Atque hic erat mos Pop. R. Ab

eodem quoque aduersario, si eum statim non sequamur, A quum dixit, *in ius veni, sequere ad tribunal.* vt & in laudatione Traiani, neque offeramus satisdationem iudicio sisti in diem locumque certum, testatione huiusce rei præmissa etiam inuiti ducimur, trahimur in ius vel adstricta ceruice, vel pugnis in ventrem ingestis. Idcirco inuitum parentem vel patronum eo modo vel more in ius ducere incivile, imo nefas erat, quia inest in eo iniuria & irreuerentia manifesta, nisi scil. id prætor postulanti veniam edicti ex causa nominatim permiserit. Venia quæ hac in re postulatur a prætore ab edicto, venia est, quia edictum est prohibitorium, *l.* 4. *h. t. ne quis vocet eum in ius qui.* Vt igitur vocare liceat, edicti venia opus est, *l. vlt. h. t.* si sine venia, inquit, edicti impetrata libertus patronum in ius vocauerit. Macrobius 7. lib. *ab auctoritate*, inquit, *vestra, tanquam* B *ab edicto prætoris impetrata venia, &c.* Ad hoc vero edictum inter cætera Paulus adnotauit quod est in l. 5. hoc tit. *Nec liberos quidem spurios matrem in ius vocare posse sine venia:* matrem dicit, non patrem, *quia*, inquit, *semper certa est mater, etiamsi vulgo conceperit.* Pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant. Spurij sunt, aut intelliguntur esse sine patre filij, maxime si ex stupro nati sint, aut puella vulgari, qui dicuntur etiam publici pueri, quia non vt matrem, ita & patrem naturalem certum habent *l. vulgo, de statu. hom. l.* 4. *vnde cognati l. diues, de capt. & post. l.* 5. *C. de SC. Orfit.* Et eleganter de huiusmodi puero, Calpurnius Flaccus, *in quo puero*, inquit, *nescio quid sit indignius, vtrum patris origo, quod est dubia, an matris, quod certa est.* At spuriis etiam adnumerantur, non quibus natura certus C est vterque parens, sed quibus neuter est ciuilis parens, vt qui ex contubernio nascuntur, quæ coniunctio seruilis est, *l.* 3. *C. solut. matrim. l.* 6. *C. de suis & leg. lib. l.* 8. *C. Theod. de liber. caus.* quoniam serui *vt Paulus ait*, 4. *sent.* neque patrem, neque matrem ciuilem habere dicuntur. Adnumerantur etiam spuriis, qui ex matrimonio illicito & iniusto nascuntur, §. *si aduersus, Instit. de nuptijs.* Et aperte Apuleius 6. Apol. *legitimæ*, inquit, *nuptiæ non sunt: ac per hoc spurius nascetur.* Ex quo intelligitur, neque iniustum matrimonium pro concubinatu haberi, quia ex iniusto matrimonio spurij nascuntur, ex concubinatu spurij non nascuntur. Est enim concubinatus, vt Iulianus noster loquitur, imitatio iusti matrimonij, & consequenter, qui ex concubinatu nascuntur, etiam ciuilem patrem matremque D habent. Ex iis etiam intelligimus, matrem esse semper certam, quod Paulus ait esse natura verum, non iure ciuili. nam ex contubernio, vel ex iniusto & illicito matrimonio iure ciuili, nec mater intelligitur esse certa. Natura autem patrem esse certum non est semper verum. Certe nonnisi ex matrimonio vel concubinatu, vel contubernio natura certus est pater, non ex coniunctione vulgari, quin & ex legitimis coniunctionibus vtique semper certior est mater, quam pater, quia & partus plerumque multi testes, sunt conceptionis nulli: mater scit certo se esse matrem, pater existimat tantum se esse patrem. Qua de causa filium videmus esse chariorem matri, quam patri, vt Menander ait, his verbis,

Ἐστὶ δὲ μήτηρ φιλότεκνος μᾶλλον.

Et Homerus Odyss. α. E

Μήτηρ μέν τ' ἐμέ φησι τοῦ ἔμμεναι. &c.

Eadem ratione dicemus, chariores nobis esse fratres vterinos, quam matre diuersos, quod illi certi sint fratres, hi tantum esse existimentur. Libanius in Epist. ad Vlyssem, *raram esse fratrum gratiam matre diuersorum.* Vnde & Helena apud Homerum fratres suos ex eo potissimum designat, & ab aliis distinguit, quod sint cognati eadem matre, Iliad. γ.

Αὐτοκασιγνήτω, τώ μοι μία γείνατο μήτηρ.

Et item Hom. Iliad. 21. Lycaon Priami filius & Laothoë, ne ab Achille interimeretur & occideretur, quasi Hectoris frater ob interemptum ab Hectore Patroclum Achillis amicum, monet se non esse Hectoris fratrem vterinum,

Μή με κτεῖν', ἐπεὶ οὐχ' ὁμογάστριος Ἕκτορός εἰμι,
Ὅς τοι ἑταῖρον ἔπεφνεν ἐνηέα τε κρατερόν τε:

Nec igitur esse certum fratrem. Quamobrem & iure Atheniensium, de quo sæpe Demosth. cum germana ex patre eodem, matre alia connubium fuit, non cum vterina sorore, quia certior est hæc, quam illa, soror vterina. Ad hæc notauit Paulus in *l.* 7. *h. t.* etiam patrem adoptiuum in ius vocari non posse sine permissu prætoris, sed hoc interesse, quod notandum, inter patrem naturalem, & adoptiuum, quod nec patris naturalis parentes in ius vocare possum sine venia & iniussu prætoris, quia & hi mei parentes sunt. Patris vero adoptiui parentes in ius vocare possum iniussu prætoris, quia parentes mei non sunt. Et in edicto prætor non vt patroni, ita parentis parentes vetat in ius vocare, sed parentes suos tantum, *l.* 4. *h. t.* Ideo autem patris adoptiui parentes, parentes mei non sunt, quia qui me adoptauit, non fuit in familia & potestate parentum suorum: alioquin non potuisset me adoptare, quia per adoptionem id agitur, vt quærat sibi filium, quem habeat in potestate. Et qui est in potestate patris sui, non potest filium proprium habere in sua potestate, *l.* 21. *ad l. Iul. de adult.* Seneca 3. Declam. *ne tricenario quidem filio adoptare licet: neque enim quisquam alium recipere potest in manum suam, qui ipse in aliena manu est.* Quod si adoptator, si pater adoptiuus non est in potestate parentum suorum, igitur nec agnatus iis est. is qui non est suus, nec agnatus est igitur, *l. de bonis* 6. §. 1. *de Carbon. ed. l. scripto, vnde liberi.* Et is, qui adoptatur, iis tantum parentibus cognatus fit, quibus adoptator agnatus est. iis quibus adoptator cognatus tantum, non agnatus est, qui adoptatur, neque cognatus, neque agnatus est. Adoptio ius agnationis non cognationis adfert, *l. qui adoptiuum, de adopt. l.* 7. *&* 10. §. *si filius, h. t. l. vlt. in fin. de bon. poss. cont. tab.* Et hæc est ratio eius, quod proposuit Paulus in *d. l.* 7. vbi adoptiuum quoque patrem dicit, non matrem, quia regulariter matris nullus filius adoptiuus, nulla mater adoptiua, διὰ μητρὸς ἰδίας ἀκοινωνίας: mulieres nulla munera ciuilia aut publica obire debent, apud Isæum. Præterea notauit idem Paulus in *l.* 9. quod est in edicto prætoris de patrono, *ne quis eum in ius vocet sine iussu prætoris*, id accipiendum esse, non de eo tantum, qui ex seruitute aliquem sua sponte & gratuito ad libertatem perduxit, sed etiam de eo, qui debitam præstitit libertatem, veluti ex causa fideicommissi: nam etsi possit in ius vocari, qui debet fideicommissariam libertatem ad prætorem fideicommissarium, vt eam præstet *l. vix, de iudic. l. de libertate, de fideicommiss. libert.* tamen post manumissionem impune in ius vocari non potest, *d. l.* 9. *& l.* 24. *de excus. tut.* nam & huic patrono debetur reuerentia, qui non gratuitam, sed debitam præstitit libertatem, tametsi nullum videatur beneficium contulisse, qui seruum fecit liberum ex necessitate, non ex arbitrio, *l. si seruo fideicommissar. de hered. instit. l. proxime, de ritu nupt.* nam non est beneficium, quod quis dedit, cum ei non liceret non dare, *l. vnum ex fam.* §. 1. *de leg.* 2. Et nihilominus huic quoque manumissori, qui ex necessitate manumisit, præstanda est eadem reuerentia, ne temere in ius vocetur.

Ad l. 11. eod.

Quamuis non adiiciat prætor, causa cognita se pœnale iudicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam iurisdictionem, veluti si pœniteat libertum, & actionem remittat, vel si patronus vocatus non venerit, aut si non inuitus vocatus sit, licet edicti verba non patiantur.

SEquitur ex eodem Pauli libro *l.* 11. prætorem in edicto quidem destricte polliceri, se daturũ pœnalem actionem, & indistincte in eum, qui parentem aut patronum in ius vocauerit iniussu suo, nec addere, causa cognita, puta se eam actionem daturum causa cognita, sed moderandam tamen esse iurisdictionem, id est, interpretatione moderandum

randum esse edictum prætoris, vt *l.* 2. *C. de pignor. act.* & si creditor cui specialiter quædam, imo generaliter vniuersa bona pignerata sunt, edicto prætoris æquale ius habet in omnibus, & vt ipso iure possit ex rebus sibi generaliter & specialiter pigneratis, quas velit eligere & persequi actione hypothecaria indistincte, iurisdictionem ita esse temperandam, vt si possit suum ius ex rebus specialiter pigneratis seruare, abstineat a cæteris bonis. Causæ autem nonnullæ sunt, quibus is, qui parentem, vel patronum in ius vocarit iniussu prætoris, absolui debeat edicti pœna pecuniaria, vel pœnali, vt si filium aut libertum pœniteat, si remittat actionem, si desistat ab incœpto, pœnitentiâ nocens esse definit; perfectum delictum purgat pœna, imperfectum pœnitentia in *l. qui cum maior natu §. accusasse, de bon. liber: in l. qui falsam, ad l. Cornel. de fals.* Item si libertus patronum volentem in ius vocauerit, vel etiam si inuitum vocarit tantum, non etiam duxerit aut rapuerit, æquum est, ei remitti pœnam edicti, quæ est sententia legis 11. hoc tit.

Ad l. 108. de reg. iur.

Fere in omnibus pœnalibus iudiciis, & ætati & imprudentiæ succurritur.

PORRO huic edicto, atque etiam cæteris, quæ sunt de in ius vocando coaptari debet lex 108. *de reg. iur.* quæ est ex hoc libr. 4. *Fere*, inquit, *in omnibus pœnalibus iudiciis, & ætati & imprudentiæ succurritur*: ætati, puta, adolescentiæ: imprudentiæ, id est, rusticitati. Pœnale iudicium est, si quis album prætoris corruperit: in eo iudicio rusticitati succurritur, *l.* 7. *de iurisd.* pœnale iudicium est, si quis in ius vocatus non ierit, in hoc quoque iudicio rusticitati succurritur, *l.* 2. *si quis in ius.* quia minoribus ætate, & rusticis ius ciuile ignorare permissum est. Pœnale item iudicium est, si quis parentem aut patronum temere in ius vocarit, vel duxerit, verum in hoc iudicio rusticitati non succurritur. Et ideo addit Paulus, *fere*, *l.* 2. *C. de in ius voc.* quia reuerentia, quæ his personis debetur, iure naturali debetur, cuius ne rustici quidem ignari sunt: est enim iuris naturalis cognitio diffusa in omnes. Extrema clausula erit de actione pœnali ex edicto, *ne quis eum, qui in ius voc. &c.* de qua Paulus in hoc libro in *l.* 2. *&* 4. *h. t.* vbi docet locum habere illius edicti pœnam, si vi exempta sit persona, quæ in ius vocari potuit, aut debuit, non si parens, aut patronus, quia si deliquit is, qui patrem vel patronum in ius temere vocat vel trahit; non delinquit igitur, qui eum trahenti vi eximit & aufert: vel si vterque deliquit, vt Paulus argumentatur, quod potest tentari, quia vterque contra edictum facit, & qui parentem in ius vocat, & qui vi eximit: par tamen est delictum, & ideo quasi in pari delicto onerari potius petitor debet qui est filius vel libertus, quam alter, qui vi exemit, iuxta *l. cum par, de regul. iur.* Cessare etiam docet huius edicti pœnam, si quis vi eximit eum, qui alio, quam quo debuerat, in ius vocabatur, & quidem multo magis, quia non potuit ibi in ius conueniri. Fac fuisse forum incompetens, vel locum inhonestum, & non idoneum, quo saluo more maiorum, salua maiestate prætor ius dicere non posset, iusta est & impunita exemptionis causa.

Ad l. 4. Ne quis eum, qui in ius vocatus, &c.

Sed eximendi verbum generale est, vt Pomponius ait. Eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere, quoquo modo auferre: vt puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quo minus in ius veniret, vt actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamuis corpus non exemerit. Sed & si eo loci retinuerit, non abduxit: his verbis tenetur. §. 1. *Item si quis eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit, constat eum hoc edicto teneri. §.* 2. *Prætor ait*, neue faciat dolo malo, quo magis eximeretur. *Nam potest sine dolo malo id fieri: veluti cum iusta causa est exemptionis.*

AC postremo docet Paulus in *l.* 4. prætores in hoc edicto vsos fuisse alias *eximendi* verbo, alias *eripiendi*, & latius patet *eximendi* verbum, quam *eripiendi*, quia *eripere*, est de manibus tantum auferre per raptum: *eximere* quoquo modo auferre, vt puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit eunti in ius, vt interim dies actionis, quæ erat temporalis exiret, vel vt res, de qua erat controuersia, interim deperiret, qui etiam ex hoc edicto tenetur pœnali actione, quamuis reum non tractum aliter vi exemerit, abstulerit, alio abduxerit, sed eo loci detinuerit, ne vltra progrederetur: nec mutari, si per calumniam in ius vocatum exemerit, nam & hunc teneri pœnali iudicio, itemque eum, qui dolo malo fecit, quo alius eximeretur.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,

in Librum quintum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 4. de postul. & l. 5. 7. 9. 12. & 14. de his qui not. inf.

Item, quibus propter infirmitatem curatorem prætor dare solet.

LIBRO 5. scripsit de iis, quibus per edictum postulare non licet: hi sunt infames, quorum integra existimatio non est, qui tamen non prohibentur in totum postulare, vt pueri & surdi, quos edicto prætor excuriauit, sic videtur legendum apud Vlp. *l.* 1. *§. initium, de postul.* excuriauit, quo etiam verbo vsus est Varro, non excusauit, quia nec volentibus pueris, aut surdis ius postulandi est pro se, vel pro aliis. At infames pro se & certis personis postulare possunt, veluti pro parente, patrono, liberis, parentibusve patroni, pro liberis suis, pro fratre, sorore, vxore, socero, genero, nuru, vitrico, nouerca, priuigno. Hæ sunt certæ personæ, pro quibus infames postulare possunt. Quibus etiam addamus, & eos posse postulare pro pupillo, cuius tutelam administrant: neque enim infames a tutelæ munere repelluntur, & similiter posse postulare pro eo, cuius curatio eis data est, veluti pro adolescente, pro furioso, muto, surdo, prodigo, fatuo: nam his omnibus curatores dari solent, & qui dati sunt iis, postulare pro eis possunt, etiamsi notati sint infamia, *l.* 3. *de postul.* Quibus adiecit etiam Paulus in *l.* 4. *eod. tit.* quæ prima se offert ex hoc lib. 5. eos, quibus propter infirmitatem curatorem prætor dare solet, id est, debiles ex morbo, quo leuati sunt pronuper, vt in *l. dabimusque in fin. de reb. auct. iud. pos.* debilibus curatorem dari. Infirmitas plerumque morbo diuturnior est. Ad hæc recensuit Paulus hoc ipso libro, quosdam ex iis, quibus ex edicto prætoris inuritur infamia, ac primum quidem iis, qui famoso iudicio suo nomine damnati sunt: suo, inquam, nomine, nam alieno nomine damnati famoso iudicio, non notantur infamia, vt procurator, defensor, tutor, curator, qui conuentus est amici absentis nomine, vel pupilli sui nomine, vel adolescentis, vel heres, qui conuentus est nomine defuncti, siue nomine hereditario, non ex sua persona, *l. furti §. si quis alieno, de iis qui not. infam.* quod & in hoc lib. 5. Paulus comprobauit in *l.* 14. *eod.* Finge: dominus serui nomine furti, aut vi bonorum raptorum noxale iudicium accepit, eoque pendente seruum testamento liberum & heredem fecit, & mox vita decessit,

ab eo iudicium transfertur in ſeruum teſtamento manumiſſum & heredem inſtitutum, qui tamen, ſi eodem iudicio condemnetur, non laborat infamia, quia non ſuo nomine, ſed defuncti, ſiue hereditario nomine condemnatur, quippe cum lis in eum conteſtata non fuerit, nec in eum conteſtari potuit, ſed in dominum. Ex qua ratione Paulus in *d. l.* 14. non damnari ſuo nomine eum, qui delictum admiſit, ſi in eum lis non conteſtata fuerit; nec damnari poſſe, niſi alieno nomine ex eius delicti cauſa, quod ipſe admiſit, ſi lis in ipſum non fuerit conteſtata, nec tamen hanc rationem in contrarium recurrere, vt ſcilicet, in quem lis conteſtata eſt, ſi alieno nomine conteſtata ſit, puta ſerui nomine, noxali iudicio in dominum, vel quo alio iudicio amici abſentis nomine vt in procuratorem; vt in eum, inquam, in quem lis conteſtata eſt alieno nomine, condemnatio fiat ſuo nomine. Hoc neque dicendum, neque opinandum eſt: damnatur enim is, in quem lis conteſtata eſt alieno nomine, non ſuo, ſed æque alieno nomine, & neque tamen ipſe ſit infamis, ſi iudicium famoſum fuerit, quia, vt dixi, non ſuo nomine damnatur, neque is, cuius nomine damnatur, quia in eum lis conteſtata non eſt, *d. §. ſi quis alieno.* Vt ergo damnatus famoſo iudicio fiat infamis, duo requiruntur, vt ipſemet ſuo nomine damnetur, æque vt in eum lis ſuo nomine conteſtata ſit. Et obſerua, quod ait *d. lex* 14. ex eodem iudicio damnatum fuiſſe ſeruum liberum, & heredem inſtitutum a domino, qui acceperat iudicium noxale furti, ſerui nomine, ex eodem iudicio noxali quod inſtitutum fuerat aduerſus dominum ſeruus condemnatur non ſuo nomine, ſed domini defuncti nomine. Bene, ex eodem iudicio, nam ſi non eodem iudicio, ſed diuerſo & nouo iudicio, is, cui furtum factum eſt, experiri velit in manumiſſum, vt poteſt, *l.* 15. *de noxal. action. §. omnis, Inſtit. eodem,* quia noxa caput ſequitur, tum plane ſuo nomine damnabitur, & fiet infamis. Ad hæc quæri poteſt, an ſicut damnatus ſuo nomine famoſo iudicio infamis fit, ita & infamis fiat, qui paciſcitur cum actore, & pecunia data ſe periculo liberat? Et ſciendum eſt, turpia famoſaque iudicia alia proficiſci ex delicto vt furti, vi bon. raptorum, iniuriarum, de dolo malo, *l.* 1. *l.* 4. *§. vlt. hoc tit.* & adde, ſerui corrupti, *l. nec quicquam* 56. *pro ſocio.* Alia vero proficiſci ex contractu, vel quaſi ex contractu, vt mandati, depoſiti, tutelæ, pro ſocio. Et in iudiciis quidem famoſis, quæ ex delicto proficiſcuntur, non tantum qui damnatus eſt, ſed & qui turpiter depectus eſt dato vel modico pretio, notatur infamia, *l. h. t. l.* 18. *C. eod. t.* Quia vt ait Paulus in *l.* 5. *h. t.* quæ ex eod. lib. *qui paciſcitur, crimen confiteri intelligitur.* ne dicas tamen crimen in iure confiteri intelligi: quia ſi pactio pro confeſſione eſt, & pactio fit extra ius, vt fit: conſequens eſt, confeſſionem illam extra ius factam intelligi. non ergo qui depectus eſt notatur infamia, & in verbo, *depectus* ineſt turpitudo, ſiue ſignificatur pacti turpitudo: neque enim qui honeſte paciſcitur, depeciſci dicitur. Dico igitur, non notari infamia eum, qui depectus eſt, quod non pro damnato habeatur, quia ea tantum confeſſio pro damnatione habetur, quæ fit in iure, *l.* 1. *§. quid ſi in lite, ſi quid in fraudem patroni, l. poſt rem, de re iudic. l. quidam, de donat. l.* 4. *§. pen. ad l. Iul. Maieſt. l.* 4. *C. de repud. hered. & Nou.* 90. Sed eum, qui conuentus famoſo iudicio ea de re cum actore depectus eſt, dicimus notari infamia ſimpliciter, quod pro confeſſo habeatur, qui corrupit actorem, non quod pro damnato habeatur, quia non intelligitur in iure eſſe confeſſus. Et male igitur Acc. in *l.* 5. hæc duo eſſe paria, confiteri in iure, & paciſci extra ius. At idem bene, furem qui rem furtiuam reſtituit, quamuis & id fateri intelligatur, non ideo eſſe famoſum, quia qui paciſcitur, & ſe pecunia data redimit, turpiter facit: is, qui pœnitentia actus rem ſubreptam reſtituit, nihil turpiter facit, imo agit in ea re perquam honeſte & ſancte, nec tamen re furtiua reſtituta, ideo minus conueniri poteſt furti actione, & damnatione fieri famoſus, fur damnatione aut depectione famoſus fit, non reſtitutione ſola, niſi forte deprehenſus fuerit, & coactus rem reſtituere. Reſtitutio ſola nullam irrogat pœnam, ſed nec pœna liberat, *l. qui ea mente, de furt. l. pen. vi bon. rapt. l.* 41. *C. Theod. de hæretic.* pœna, inquit, purgatur crimen perfectum, non pœnitentia. Senec. 4. declam. *Tenetur, inquit, qui vulnerauit aliquem, licet vulnus ſanauerit, qui ſubripuit aliquid, licet deprehenſus reddiderit.* Et hæc de iudiciis famoſis, quæ ex delicto proficiſcuntur, ex quorum cauſa, vt dixi, non tantum damnatus, ſed & depectus notatur infamia. In iudiciis autem, quæ ex contractu proficiſcuntur, tametſi damnati notentur infamia, pacti tamen non notantur, *l.* 7. *h. t.* quæ eſt ex eod. lib. Pauli. Et ratio varietatis hæc eſt, quia ex his cauſis, quæ veniunt ex contractu, non tam turpis eſt pactio, quam ex ſuperioribus. Et vt eſt *in Inſt. §. pen. de pœn. tem. litig.* plurimum intereſt, vtrum quis ex delicto, an ex contractu debitor ſit. Cum hoc enim mitius, quam cum illo agi æquum & bonum eſt. Hæc differentia turpium iudiciorum etiam in edicto notatur his verbis, *qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo & fraude ſuo nomine damnatus pactuſve erit,* &c. Sequitur, *qui pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti, ſuo nomine, non contrario iudicio damnatus erit, l.* 1. *D. de his qui not.* Non repetit hoc loco *pactuſve,* quia ex his cauſis, qui pactus eſt; etiamſi pretium numerauerit, non notatur infamia. His adiecit Paulus, etiam infames eſſe mulieres, quæ non elugent maritum tempore legitimo, vt *l.* 2. *C. de ſecun. nupt.* non quæ non elugent ſponſos, *l.* 9. *hoc tit.* quæ eſt ex eodem lib. Paul. Sponſi, inquit, nullus luctus eſt. Baſilica, *vt tollatur omnis ambiguitas,* ἡ μνηστὴ οὐ πενθεῖ τὸν μνηστῆρα, *ſponſa non luget ſponſum: vxor luget maritum, non ſponſa ſponſum.* Vxoris quoque, vt ait Paulus in eadem l. 9. nullus luctus eſt, maritus non luget vxorem. Cur ſponſi nullus ſit luctus, non eſt ea ratio, quam adfert Accurſius in hac l. quod in ſponſa non vereamur turbationem ſanguinis, quæ nunquam fuit cum viro. Nam etſi *l.* 11. *hoc tit. §.* 1. dicat ſolere viros elugeri propter turbationem ſanguinis, ne fiat ſcilicet dubius ſanguis, & genus incertum poſt mortem viri prioris, re habita cum alio, antequam exierint 10. menſes, vel annus integer, vt hodie obtinet, διὰ τῆς γονῆς ἀδηλείαν, vt ait *l.* 52. *C. de Epiſ. & Cler.* hæc ratio mihi non probatur, quia non in eo tantum conſiſtit luctus mulieris, quem debet defuncto marito præſtare, vt vidua permaneat annum, vt abſtineat ſecundis nuptiis, ſed etiam, vt Paulus ait 5. *ſent.* vt abſtineat conuiuiis, ornamentis, & purpura, & alba veſte. Et hic vero honor præcipue debetur maritis, non ſponſis. Nec æquum eſt eundem honorem exhiberi ſponſis, quem maritis, neque viuis, neque mortuis, & marito etiamſi nunquam fuerit cum vxore, puta ſi, vt Accurſius in hac l. 9. ait, vxorem duxerit per verba de præſenti, quia nudus conſenſus nuptias facit, non concubitus, qui modo exprimatur his omnino verbis? *Accipis me? accipio,* aut ſimilibus, id eſt, eandem vim obtinentibus, vt in *cap.* 9. *& cap. pen. ext. de ſponſal.* verbis ſolemnibus & legitimis, præcipue illis *accipis; accipio.* nec deſunt, qui velint addi his verbis *accipis accipio te,* per verba de præſenti nominatim. Qua in re tamen cuiuſque eccleſiæ conſuetudo obſeruanda eſt. Denique nuptiæ non fiunt quibuſcunque verbis præſentis temporis: non iis, *vis me, volo,* quibus nec ſponſalia contracta intelliguntur, *d. c. pen. cap.* 3. *&* 4. *de ſponſa duorum.* Qua de re etiam omnium optime Durandus, Magiſter ſententiarum, & Thomas in Summa, quorum ſententia & opinio omnium conſenſum meretur, & notanda diligenter, quia dirimit multas controuerſias, quæ quotidie occurrunt. Adiecit etiam Paulus, notari infamia eum, qui viduam duxit intra tempus luctus, niſi eam duxerit iuſſu patris, in cuius poteſtate eſt: hic enim venia dignus eſt, qui patri obtemperauit in leuiore delicto: ſi atrox eſſet delictum, venia indignus eſſet, quia mortem ſubire potius debet, quam atrox delictum iubente patre committere: at, qui leue admiſit iubente patre, in cuius poteſtate eſt, venia dignus eſt, *l.* 11. *§. vlt. hoc tit.* Igitur venia dignus eſt filius-

famil.

famil. qui iubente patre viduam duxit intra tempus luctus, nec incidit in pœnam, si postea liberatus patria potestate, eam retinuerit, qui scilicet in pœnam non incidit ab initio contrahendi matrimonij, nec ex post facto incidit. Et hæc est sententia legis 12. *hoc tit.* quæ est ex eodem libro Pauli. His adiecit notari quoque patrem, qui patitur filiumfamilias ducere viduam intra tempus luctus, *l.* 11. §. *vlt.* Et simili modo notari eum, qui eodem tempore bina sponsalia, binasve nuptias constitutas habet, aut ex sententia edicti, qui nuptias, & sponsalia, *l.* 13. §. *item si alteri, hoc tit.* qui, inquam, bina sponsalia, binasve nuptias eodem tempore constitutas habet, suo nomine, vel etiam filij nomine, quem habet in potestate sua. Quo pertinet *l.* 13. *inf. de sponsal.* quæ est ex eod. libro. & ait, *filiofam. dissentiente sponsalia fieri non posse.* Adiecit notari etiam patrem, qui patitur filiumfamil. bina sponsalia constituta habere: quia ipse videtur ea constituisse, filijfam. nomine. Sicut, qui patitur filiumfam. aut seruum, hominem occidere, ipse occidisse intelligitur, *l.* 2. *in prin. de noxal. act.* Et pati videtur, qui quum prohibere potest, non prohibet, qui cum prohibere potest filiumfam. ne viduam ducat intra tempus luctus, vel ne bina sponsalia constituta habeat, eum non prohibet: nam qui quum prohibere non potest, non prohibet filiumfam. nullum crimen patitur admitti. Et ita accipienda l. 109. de reg. iur. quæ est ex eod. lib.

Ad l. 109. de reg. iur.

Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere non potest.

Nullum crimen patitur, id est, nullum crimen intelligitur pati filiumfam. admittere, qui cum prohibere non potest, ne scilicet viduam ducat intra tempus luctus non prohibet, vel ne bina sponsalia contrahat, non prohibet. Et ita vulgo legitur in hac *l. nullum crimen patitur, qui quum prohibere non potest, non prohibet.* Quam scripturam esse veram comprobat connexio superiorum legum, ad quas nemo negabit, & illam regulam iuris esse accommodandam. Et tamen in Florent. & Basil. semper legitur affirmatiue, *nullum crimen patitur, qui prohibet cum prohibere non potest.* Quam scripturam docuit Bulgarus defendi posse non male, si referatur ad extraneum, non ad patrem, hoc sensu, vt nullum crimen patiatur aut pati intelligatur extraneus, qui non prohibet, qui non propulsat iniuriam, quam quis alteri infert. Quod non est per omnia verum, *l. Cornelia, ad leg. Cornel. de fals.* vbi aperte definitur, eum, qui non prohibet adulterinos nummos fieri, quum prohibere potest, teneri lege Cornelia. Itaque tutius est, sequi vulgarem scripturam, quam & omnino connexio superiorum legum euincit esse veram, *nullum crimen patitur, qui quum prohibere non potest, non prohibet.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad Librum sextum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 16. qui satisd. cogantur, & l. 15. de iureiur.

L. 16. Qui iurato promisit iudicio sisti, non videtur peierasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.

L. 15. Ad personas egregias, eosque qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum.

Libro 6. ad edictum Paulus scripsit de cautione iudicio sisti, qua ex edicto prætoris dominus, vel bonæ aut malæ fidei possessor, qui conuenitur actione noxali, vt *l. non solum* 1. *de noxal. action.* qui conuenitur, inquam, actione noxali serui nomine, promittit seruum in eadem causa sisti, & exhiberi litis contestandæ tempore, vt vel noxæ dedatur, vel supplicium de eo sumatur extra ordinem, vel pro eo soluatur æstimatio damni. Et est ea quidem cautio, sicut & quælibet alia cautio iudicio sisti, vel satisdatio, vel nuda repromissio, vel ἐξωμοσία, id est, iuratoria cautio pro qualitate eius, qui conuenitur, *l.* 1. *inf. de ripa munienda,* §. *sed hodie hæc, Instit. de satisdat.* Egenus cauet iudicio sisti datis fideiussoribus, quæ satisdatio dicitur, nisi in dignitate aliqua positus sit: hic enim suæ promissioni iuratæ committitur. Hoc obtinuit semper & obtinet hodie ex nouissimis constitutionibus, *l.* 12. *C. de prox. sac. scrinior. lib.* 12. Locuples, id est, immobilium rerum possessor, repromissioni nudæ committitur sine iureiurando, & sine fideiussoribus, vt *l. pen. qui satisd. cog.* in quo titulo etiam l. vlt. notauit Paulus primum, ex hoc lib. 6. eum, qui iuratoriam cautionem præstitit, qui iurato, non satisdato promisit, seruum pro quo noxalis actio alicui competit, in eadem causa iudicio sisti, non videri peierasse, si ex iusta causa deseruerit promissionem iudicio sistendi causa factam. Fac valetudinem serui obstitisse, quo minus eum exhiberet, vel retentum fuisse seruum a magistratu. Et ideo hoc casu, cum domino non recte agitur ex promissione, ex stipulatione, quod iuratam promissionem deseruerit & contempserit. Deserere promissionem est verbum in hac causa proprium *l.* 4. §. *quæsitum, si quis caution.* Deserta, inquit, promissione iudicio sistendi causa facta. Vbi Alciatus quum legit *diserta*, nescio quid in animo habuerit. Et similiter in *l.* 5. §. 1. *eod. tit.* quo loco agit de pœna desertionis in stipulatum deductæ, si quis ad diem se vel eum, pro quo promisit, non exhiberet in iudicio. Ita quoque deserere vadimonium dicimus. Præterea si is, quo cum agitur noxali iudicio, neget se seruum in sua potestate habere, id est, se copiam habere eius exhibendi, vt si dicat, seruum esse in fuga, vel peregre, si hoc elegerit actor, iurare debet in sua potestate seruum non esse, neque se dolo fecisse, quo minus esset, atque ita euitabit æstimationem litis siue damni, siue noxiæ, quam seruus commisit, & exonerabitur præstatione cautionis iudicio sisti, *l. quotiens* §. *prætor, l. si seruus depositus* §. *vlt. de noxal. act.* Quam in rem crediderim Paulum adnotasse hoc ipso libro, quod est in *l.* 15. *de iureiur.* si dominus, qui conuenitur noxali iudicio, sit dignitate aliqua præditus, & neget seruum, cuius nomine conuenitur, esse in sua potestate; si hoc elegerit actor domum eius ad iurandum esse mittendum, nec iurandi causa eum esse compellendum in ius venire: ad personas, inquit, egregias, eosque qui valetudine impediuntur domum mitti oportet ad iurandum. Et ita apud Cornel. Tac. 2. Annal. *ad Vrgulaniam egregiam fœminam, quam amicitia Augustæ mirum in modum extulerat, missum esse prætorem qui testem eam in causa quadam domi interrogaret.* Ad personas, inquit, egregias, multo magis ad clarissimas vel illustres. Alij erant in vrbe egregij, alij clarissimi. Lactant. 5. Instit. *Nemo,* inquit, *egregius, nisi qui bonus & innocens fuerit: nemo clarissimus, nisi opera misericordiæ largiter & æqualiter perfecerit.* Et subiungit, *nemo perfectissimus,* nam & alij erant perfectissimi, de quibus habemus *tit. in C. de perfectissimatus dignitate.* Et sane ad eos, qui valetudine impediuntur, domum oportet mitti ad iurandum, *Vt,* inquit, *in hac l.* 15. *Paulus, ad personas egregias, eosque qui valetudine impediuntur.*

Ad l. 2. si ex nox. caus.

Sed alio iure vtimur. Nam ex præcedentibus causis non liberatur noxæ deditus, perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset. §. 1. *Si absens sit seruus, pro quo noxalis actio alicui competit, si quidem dominus non negat in sua potestate esse: compellendum putat Vindius, vel iudicio eum sisti promittere, vel iudicium accipere, aut si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxæ deditione. Idque Iulian. scribit & si dolo fecerit quo*

minus esset in eius potestate. Sed si seruus præsens est, dominus abest; nec quisquam seruum defendit, ducendus erit iussu prætoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, vt Pomponius & Vindius scribunt: ne ei absentia sua noceat. Ergo & actori actio restituenda est perempta, eo quod ductus seruus in bonis eius esse cœpit.

HÆc lex est ex eod. lib. Pauli, in qua adiicit Paulus, non liberari dominum conuentum noxali actione, si post præstitam cautionem, iudicio seruum in eadem causa sisti, antequam lite contestata noxale iudicium acceperit, noxale iudicium ex præcedenti noxa serui, non liberari dominum, si eum alij vendidit, sed teneri actori in æstimationem damni in solidum, quia sua culpa sibi ademit noxæ dedendi serui facultatem, vendendo eum, *l. quemadmodum, de noxal. act.* Item si dominus seruum alij ex posteriore noxa noxæ dediderit, hoc facto non liberari seruum quo minus noxæ dedatur ob priorem noxam, si pro eo non offeratur æstimatio damni: nec perimi actori prioris noxæ actionem, imo noxalem actionem caput sequi, & agi cum eo posse noxali actione, cui primum seruus noxæ deditus est, sicut & cum eo, cui venditus est. Et hanc sententiam esse vsu receptam Paulus ait initio leg. secundæ, nec obtinuisse Offilij Iurisconsulti opinionem, quæ refertur in *l. 1. in fin. eod. tit.* Qui noxæ deditione facta vni, qui occupasset agere noxali actione, noxali iudicio, existimabat cæteris perimi noxalem actionem, tametsi eorum causa vetustior esset, & ideo non videri in eadem causa sisti seruum, qui post cautionem interpositam noxæ alij deditus est, id est, quasi actione perempta cæterorum, quasi seruo liberato a cæteris. Verius enim est propterea actionem cæterorum non esse peremptam, ac proinde seruum in eadem causa statum videri, qui sistitur, aut qui status est post noxæ deditionem alteri factam præmaturius.

Ad §. 1. Si absens.

AIt multum interesse, quum agitur noxali actione, vtrum seruus, qui noxiam commisit, præsens sit, an absens. Nam si absens sit, & dominus fateatur, eum esse in sua potestate, quamuis hoc verum non sit, cogitur eum iudicio sisti promittere ad diem certum, & condicto die iudicio sistere, & exhibere; aut debet si nolit cauere, absentem defendere, accepto noxali iudicio, vt *l. si seruus, depositi, §. pen. de nox. actio.* aut si nolit eum defendere, si nolit accipere noxale iudicium, cauere debet, se eum seruum quum primum poterit, exhibiturum. Quod si non cauerit, damnatur in litis æstimationem in solidum, perinde atque si præsentem noxæ dedere noluisset, *d. §. pen. quod & proponitur in hoc §. primo.* Et hoc, si dominus fateatur se habere seruum in potestate: sin autem falso neget, se habere seruum in potestate, & mendacij arguatur, actore probante seruum esse in eius potestate; aut vt Iulianus in ordinando edicto adiecit, dolo malo eius factum esse, quo minus in eius potestate esset, quod perinde est ac si in eius potestate esset, quia dolus pro possessione habetur; actore igitur probante, dolo malo eius factum esse, quo minus seruus in eius potestate esset, puta, eum seruum fugæ mandasse, tum dominus cogitur suo nomine iudicium accipere in solidum, detracta noxæ deditione, & sufferre integram æstimationem litis, siue damni, *nisi* (nam & ita hic locus accipiendus est & interpretandus) *actor contentus sit iureiurando eius, affirmantis seruum in sua potestate non esse, neque se dolo fecisse quo minus esset*, quo plerumque actor contentus esse cogitur, deficientibus probationibus, quibus doceat reum esse mentitum, quod ait in hac l. 2. Idque Iulianus scribit, *etsi dolo malo fecerit, quo minus in eius esset potestate.* Id, inquam, accipiendum esse, id Iulianus adiecit edicto, (cum ordinaret edictum perpetuum, quod egregium factum Iuliano tribuitur, vt in eo ordinando, & de suo nouas clausulas, noua edicta adderet, *l. qui duos, de coniung. cum emancip. lib.* In eo ergo lib. Iulian. scripsit, id est, adiecit edicto. Nam hic locus tribuitur, & accommodatur aliis locis: & quod dicitur, *Iulianus scribit, &c.* Iulianus ait, eum dominum, qui falso negat seruum in sua potestate esse, siue dolo malo eius factum esse, quo minus esset, eum iudicium suscepturum sine noxæ deditione, id est, in solidum, videlicet, si actori iusiurandum non satisfaciat. ex eo apparet, illud iudicium, quod suscipere cogitur, non esse noxale iudicium, quia in solidum competit in æstimationem damni, detracta noxæ deditione, aut noxæ deditionis facultate: noxale iudicium ciuile iudicium est. Illud vero iudicium, quod datur in solidum aduersus dominum, qui falso negat seruum esse in sua potestate, quive dolo malo fecit quo minus esset, prætorium est, non ciuile, *l. electio §. item si ex pluribus, l. plurium, de nox. act. l. 18. de interrog. in iur. fac.* Et ideo, quod notandum, in *l. de illo, de nox. action.* perperam ita scriptum est, *vtrum aduersus eum tantum qui dolo fecit, quo minus seruum in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit vt cesset noxalis actio.* Apparet in priore loco esse circumscribendum verbum *noxalis*, & vel nullum aliud reponendum, aut si aliud reponendum sit, certe reponendum est verbum *prætoria*, vel *honoraria*; an actio locum habeat prætoria, vel honoraria, quæ datur in eum, qui dolo fecit, quo minus seruum haberet in potestate, in solidum scilicet sine noxæ deditione. Nam aperte illo loco scribit, *cessare noxalem*: nihil est euidentius. Et hæc de seruo absente. Sin autem præsens sit seruus, de quo noxalis actio est, rursus distinguendum est: aut æque præsens dominus est, aut absens. Si dominus abest, quod proponitur etiam in hoc §. 1. nec quisquam seruum defendat, seruus ab actore ducendus est iussu prætoris: quo genere eius serui dominium nanciscitur, non quidem ex iussu prætoris, qui dominium facere non potest, sed ex *l. 12. tabul.* quæ videlicet noxæ deditum, ita ductum iussu prætoris, actoris fieri iubet. Eo consequenter dominij acquisitione perimitur actio noxalis, quam actor habuit, cui seruus furtum fecerat, vel damnum dederat: sed causa cognita domino reuerso restituitur defensio serui, facultas defendendi serui, ne ei absentia sua noceat, si abfuerit bona fide; & vicissim actori restituitur actio noxalis, quæ extincta fuerat dominij adquisitione, *l. electio §. vlt. & l. in noxalibus 38. de nox. act.* omnis restitutio in integrum debet esse reciproca, *l. quod si minor §. restitutio, de minor.* Si restituitur emptor, & venditor quoque restitui debet; si restituitur dominus defensioni, & is restitui debet, qui duxit seruum actione vel iudicio noxali. Sed si præsens dominus fuerit simul, ac seruus & indefensum seruum reliquerit, & duxerit seruum actor iussu prætoris, non est postea domino defensio restituenda, nisi ex magna causa, vt si propter inopiam non potuit implere defensionem, non potuit implere satisdationes iudiciarias, atque ideo coactus est defensionem omittere, *l. 2. de custod. reor.* Et hæc est sententia huius l. in quo proposito eod. libro Paulus adscripsit, quod est in *l. 6. de procur.*

Ad l. 6. de procur.

Et qui in foro, & qui in vrbe, & in continentibus ædificiis.

IN hac l. Paulus ait, præsentem haberi eum, qui est in foro, vel qui est in vrbe, id est, quacumque parte vrbis, vel qui est, inquit, in continentibus ædificiis; qui non in vrbe quidem, sed Romæ esse dicitur, recte: quia Romæ appellatio etiam continentia ædificia complectitur, non etiam vrbis appellatio. Idemque de continentibus ædificiis in *l. 5. hoc tit.* scribit Vlpianus, atque etiam idem Vlpianus 7. ad edictum hac ipsa de re tractauit, qua de Paulus 6. Idem, inquam Vlpianus significauit, qui scripsit præsentem haberi eum, qui in hortis est. nam hortos intelligit, qui sunt in continentibus ædificiis, ἰσοδυναμεῖ τοῖς κλήμασι, vt

vt Græci interpretes addunt, id est, intra conseptum Romæ, non extra conseptum, non extra continentia vrbis. Et ideo vt idem Vlpianus ait in *l.7. hoc tit.* procurator eius, qui est in hortis vrbi proximis, procurator præsentis esse videtur; vt similiter dominus defensor præsenti seruo adesse videtur, si seruus in hortis fuerit. Multum autem, quod ad procuratorem attinet interest, vtrum quis sit procurator præsentis, an absentis. Nam procurator præsentis cauet iudicatum solui tantum, vel dominus pro eo, *l. si ad defend. iudic. solui.* Procurator autem absentis, cauet non tantum iudicatum solui, sed etiam rem ratam haberi, *l. mutus §. is qui, hoc tit.* Alias autem, id est, in aliis partibus iuris, non eodem modo accipitur, vt Accursius recte notauit in l. 5. præsens & absens intelligitur, vt *in tit. de damn. infect.* præsens non habetur, qui est in vrbe, vel in continentibus ædificiis, vel in foro, sed qui est in iure, id est, ad tribunal prætoris, *l. 4. §. prætor, de dam. infect.* vel qui est in campo Martio: vbi comitia habentur: vel quum dicimus, absentem consulem creari, eum intelligimus, qui est in vrbe, sed non in campo Martio.

Ad l. 17. de auct. & consi. tut.

Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum prætor cogere. Primum, quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum præstare: deinde etsi expedit, tutelæ iudicio pupillus hanc iacturam consequitur.

LOcuti sumus de seruo absente, vel præsente, pro quo in dominum noxalis actio competit, & de distinctione domini præsentis & absentis, videtur non incommode coaptari, quæ est ex eodem libro, *l. 17. de auct. tut.* Ita scilicet vt pupillus non videatur præsens esse, quum agitur de defendendo seruo, de quo noxal. actio est, si tutorem auctorem non habeat, vt *l. 10. quibus ex causis in possess. eatur.* At pro præsente habetur, si tutor præsens fuerit, & auctor pupillo, *l. 9. §. pen. de auct. tut.* tutor, inquit, præsens auctor fieri debet, vt in *l. 16. eod. tit.* præsentem tutorem pro absente haberi, si ignorat quid pupillus agat, quidve cum pupillo agatur. Ad quod Paulus adnotauit in *d. l. 17.* pupillo suscipienti noxale iudicium, vel quodcunque aliud gerenti negotium, tutorem, vt præsens auctor fiat, a prætore compelli non posse; quia, inquit, iniquum est, si non expediat, tutorem pupillo auctoritatem præstare: deinde si expediat, nec tamen is sit auctor pupillo, nihil damni pupillus facit, quia pupillus hanc iacturam tutelæ iudicio consequitur. Vtitur Paulus in *d. l. 17.* ἀνισώσει, quia, inquit, iniquum est etiam si non expediat pupillo auctoritatem eum præstare, & ἀντιπαραστάσει, quia etsi expediat, tutelæ iudicio pupillus hanc iacturam consequitur, vt in *l. pen. de seru. export.* illo loco, quia nec domino offerre se potest, nec qui in fuga est ibi moratur, est ἐνστάσει & ἀντιπαραστάσεις. Pertinet etiam ex eod. lib. Pauli ad causam noxalis iudicij *l. 12. de nox. act.*

Ad l. 12. de nox. act.

Si bona fide possessor eum seruum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo noxali caussa possit: obligari eum actione, quæ datur aduersus eos, qui seruum in potestate habeant, aut dolo fecerint, quo minus haberent: quia per hoc adhuc possidere videntur.

LOquitur ea lex de bonæ fidei possess. serui, qui noxam commisit, & certum est eius serui nomine, bonæ f. possessorem teneri noxali iudicio: sed si antequam conueniretur, eum seruum dolo malo desierit possidere, ne conueniretur ex causa noxali, perinde ait Paulus eum teneri, ac si seruum possideat, quia dolus pro possessione est, *l. 131. & 150. de reg. iur.* Tenetur ergo bonæ fidei possessor siue possideat seruum, siue dolo desierit possidere, non tam actione noxali, quam actione prætoria in solidum, quia nec si seruum habuerit in potestate, eum noxæ dedendo actoris facere posset, *l. 11. sup. hoc tit. & l. generaliter, inf. hoc tit.* Inanis est noxæ deditio, quæ actorem dominum non facit. Bonæ fidei possessor non potest actorem dominum facere: ergo noxæ dedendo seruum quem bona fide possidet, nihil agit. Denique omnimodo defungi debet æstimatione litis. Nihil est præterea ad hanc legem adnotandum.

Ad l. 110. de reg. iur.

In eo, quod plus sit, semper inest & minus. §. 1. Nemo alienæ rei expromissor idoneus videtur, nisi si cum satisdatione. §. 2. Pupillus pati posse non intelligitur. §. 3. Vbi verba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum. §. 4. Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur, non vt facilius calumnientur.

AD eandem causam noxalium actionum, quod nulli adhuc animaduerterunt, regulæ propositæ in *l. 110. de reg. iur.* pertinent, quarum prima hæc est: *In eo quod plus sit, semper inest & minus:* & accommodabitur non incommode nec improprie ad noxales actiones hoc modo: Si serui, qui noxam commisit, duo sint domini, quorum vno sciente noxam commiserit, altero nesciente, & actor a sciente consecutus fuerit integram litis æstimationem, non potest aduersus ignorantem obtinere, vt sibi dedat seruum in noxam, quia in litis æstimatione, quam tulit a sciente domino, quæ multo pluris est, inest etiam illius vilissimi serui pretium: contra vero, si cum insciente actum sit prius noxali iudicio, & is seruum noxæ dederit, id quod amplius est in æstimatione litis & damni, peti a sciente potest. Et ita est proditum in *l. 17. de nox. act.* quia in eo, quod minus est, puta in seruulo noxæ dedito, non inest integra litis æstimatio, quæ longe amplior est. In toto inest pars, non in parte totum, *l. 7. de except. rei iud. l. 113. hoc tit.* Arnob. 2. lib. adu. gen. *In toto, inquit, pars est, non totum in parte, & vniuersitas debet attrahere portiones, non portionibus vniuersitas applicari.* Hæc vero est propria interpretatio 1. regulæ.

Secunda regula hæc est. *Nemo alienæ rei expromissor idoneus videtur, nisi cum satisdatione:* quæ etiam secundum inscriptionem legis est ex lib. 6. Pauli, & referenda est ad actionem noxalem, & videtur ea vsus hoc libro, cum scripsisset de noxal. actionibus. Quod & Iulianus scripsit in *l. si plurium §. 1. de nox. action.* eum, qui alienum seruum suum esse in iure confitetur, obligari noxali actione, & nihilominus tamen, qui offert se defensioni alieni serui, & quasi expromissor pro domino iudicium suscipit, nouandi causa satisdare debet iudicatum solui, vt *l. qui ex parte, de interrog. in iure faciend.* Quia nullus alienæ rei defensor, vel expromissor idoneus sine satisdatione videtur, quæ regula late patet, & accommodatur multis articulis iuris in *l. 18. §. vlt. de cast. pec. l. qui propria §. qui aliud, de procur. l. filiusfam. qui satisd. cog. §. si vero in personam, & §. pen. 4. Instit. de satisd. l. 3. §. vlt. rer. amot.*

Tertia regula est: *Pupillus pati posse non intelligitur.* Sciendum est dominum, quo patiente, id est, vidente & sciente, nec prohibente, cum posset prohibere, seruus deliquit, suo nomine teneri in solidum sine noxæ deditione, *l. 2. 3. & 4. de noxal. act.* Sed hoc ita procedit, nisi dominus fuerit pupillaris ætatis. Pupillus enim neque scire, neque pati intelligitur: scientia aut patientia pupilli non obligat eum tributoriæ actioni, *l. 3. §. vlt. de trib. act.* Sed neque eum obligat in solidum ex maleficio serui, quia nec scire, nec pati posse intelligitur, *d. l. 110.*

Quarta regula hæc est: *Vbi verba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum factum esse.* Quæ regula proculdubio pertinet ad edictum prætoris, quod proponitur in *l. quotiens*

§. prætor, de noxal. act. vt si dominus neget seruum, de quo noxalis actio est, in sua potestate habere, vel iuret eum non esse in sua potestate, deferente actore, vel omnimodo iudicium accipiat, sine noxæ deditione. Coniuncta non sunt edicti verba, ergo alterutrum a domino fieri sufficit.

Postrema regula hæc est: *Mulieribus tunc succurrendum esse, cum defenduntur, non vt facilius calumnientur.* Si mulier dolo malo falso neget, se seruum, qui noxam commisit, habere in sua potestate, ne noxale iudicium subiret, nec subiret defensionem serui, & mendacij conuincatur, certe in solidum tenetur prætoria actione: ex qua si lis cum ea contestata fuerit, postea non potest restitui in integrum, vt pœnitentia acta defensionem serui suscipiat, quam defugerat initio, nisi scilicet beneficio minoris ætatis, *l. electio §. neque heredi, de nox. act.* Beneficio ætatis paruæ restitui potest in integrum ad defendendum seruum beneficio sexus, si maior ætate fuerit, restitui non potest, solam ætatem excipit *d. §. neque*, non sexum: quia mulieribus tunc succurrendum est, quum ipsæ defraudentur, quum hoc agitur, scilicet vt defendantur ab aliorum insidiis, & succurritur eis data restitutione in integrum, *l. vlt. C. de iur. & fact. ignor. l. 3. C. Theod. de in integr. restit.* non etiam succurritur, vt facilius calumnientur sub specie restitutionis in integrum. Calumniantur autem, quæ negant, se seruum habere in potestate noxalis iudicij euitãdi causa: calumnia est, inquiunt Grammatici, malitiosa & mendax calliditas. Et ita sunt explicandæ illæ regulæ l. 110. & proprie accommodandæ ad causam noxalium actionum.

Ad l. 2. de eo per quem factum, quo minus, &c.

Si actoris seruus, domino sciente, & cum possit non prohibente, dolo fecerit, quo minus in iudicio sistam: O filius dandam mihi exceptionem aduersus dominum ait: ne ex dolo serui dominus lucretur; si vero sine voluntate domini seruus hoc fecerit: Sabinus noxale iudicium dandum ait, nec factum serui domino obesse debere, nisi hactenus vt ipso careat: quando ipse nihil deliquit.

Addamus ex hoc *lib. 6.* Paulum scripsisse de actione in factum, quæ ex edicto prætoris datur aduersus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in ius vocaretur, qui satisdedit iudicio sisti, se iudicio sistat. Et datur hæc actio in factum actori, quanti actoris interest, reum sisti. Dari etiam potest ipsi reo similiter in id, quod interest, si iam pœnam desertionis actori persoluerit, vt *l. 1. §. si reus dolo, de eo per quem fact.* Et hoc ita procedit, si extraneus dolo malo fecerit, quo minus qui satisdederat iudicio sisti, se sisteret: nam si ipsius actoris & stipulatoris dolo malo factum est, quo minus se reus sisteret, qui promisit iudicio sisti sub pœna certa, reus aduersus actorem ex hoc edicto non habet actionem. Sed si ex stipulatu de pœna ab actore conueniatur, potest se tueri exceptione doli mali, *d. l. 1. §. si reus dolo.* Contentus igitur esse debet ea exceptione, quia ea securum eum facit. Idemque est, si seruus actoris, domino sciente, & cum posset, non prohibente, dolo fecerit, quominus se reus in iudicio sisteret: nam agenti actori ex stipulatione pœnali interposita iudicio sistendi causa obstat exceptio, ne ex dolo serui sui lucretur, qui se sciente impediuit reum, ne in iudicium veniret ad diem condictum. Et hoc proponitur in l. 2. quæ est ex eod. *lib. 6. de eo per quem fact.* Verum, vt in ea l. additur, *si ignorante actore seruus eius fecerit, quo minus reus se iudicio sisteret, actor reo tenetur non in solidum quanti interest, sed noxali iudicio tantum, ne factum serui ei noceat vltra, quam æquitas ferat.* Neque enim factum serui ei obesse debet, nisi hactenus, vt ipso careat, quando dominus nihil deliquit, id est, vt dominus eum noxæ dedat, atque ita euitet litis æstimationem. Et ita in *l. 1. hoc tit. de eo, per quem fact.* serui nomine ex hac causa noxali iudicio agi potest.

Ad l. 6. de rei vind.

Si in rem aliquis agat, debet designare rem, & vtrum totam an partem, & quotam petat. Appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octauenus ita definit, quod infecta quidem materia pondus: signata vero numerum: facta autem speciem dici oportet. Sed & mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus, vtrum numerum eorum dicere debebimus, an & colorem? Et magis est, vt vtrumque. Nam illud inhumanum est, cogi nos dicere trita sint an noua? Quamuis & in vasis occurrat difficultas, vtrum lancem duntaxat dici oporteat, an etiam quadrata vel rotunda, vel pura an calata sint: quæ ipsa in petitionibus quoque adiicere difficile est. Nec ita coarctanda res est, licet in petendo homine nomen eius dici debeat, & vtrum puer an adolescens sit. Vtique si plures sint. Sed si nomen eius ignorem, demonstratione eius vtendum erit, veluti, qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est. *Item fundum petiturus, nomen eius, & quo loci sit, petere debebit.*

Huic vero tractationi adiungenda est hæc lex. Nam etsi initio eum, qui agit in rem, ea lex dicat, debere rem, quam suam esse petit designare, idem tamen etiam facere debet, qui verbi gratia furtum in aliena domo quæsiturus est, qui rem suam furto sibi subreptam in aliena domo, quæsiturus est, quia vt ait Paulus *lib. 2. sent. tit. de furt.* quæ vna est sententia ex iis, quæ nobis oblatæ sunt nuper, qui furtum quæsiturus est, antequam quærat, debet dicere quid quærat, & rem suo nomine & sua specie designare. Idem etiam præstare debet, qui agit in personam, vt hæc lex 6. demonstrat illo loco, *etsi vestimenta nostra esse,* hæc est actio in rem, *vel dari oportere nobis petamus,* hæc est actio in personam. Et ita etiam qui agit furti, quod sibi res sua subrepta sit, eam rem suo nomine, & sua specie destinare & designare debet, *l. 19. de furt.* Et similiter qui agit actione in factũ ex edicto *de eo per quem factũ,* & intendit per hanc actionem, rem sibi dari oportere, quam interim, dum reus se non sistit ad diem, amisit vsucapione, vel quo alio modo *l. 3. in princ. de eo per quem factum erit*: ij omnes debent designare, vtrum rem totam petant, an partem eius, vt declarat Paulus *in hac l. 6.* & quotam partem petant, puta tertiam aut quartam, vel dimidiam, quia non satis est genus designare, sed speciem certam & corpus certum designari oportet. Et hic appellatione rei, non genus significatur, sed species. Ac proinde si petatur infecta materia, vt declarat Paulus, veluti si petatur massa auri vel argenti, exprimi debet pondus; si petatur signata materia, id est, si nummi petantur, exprimi debet numerus, si petatur facta iam materia & informata, exprimi debet species & materiæ qualitas, veluti lanx aurea, aut patera aurea, aut discus aureus: si vero petatur vinum vel oleum, exprimi debet mensura, aut sane nihil agitur, inanisque est formula, & actio quæ intenditur inepta & obscura. Item si vestimenta petantur, etiam exprimi debet numerus vestimentorum, species & color, non etiam scrupulose, nimis trita sint vestimenta, an noua: sicut si vasa petantur, satis est exprimi materiam, & speciem & numerum, nec necesse est addi, vtrum quadrata, an rotunda, vtrum cælata, an pura sint: neque enim ita actor coarctandus est. non etiam necesse est vasorum pondus adiici, *l. 19. de furtis,* nisi forte in actione depositi, *l. 1. §. si quis argentum, depositi,* quia dominus, qui vasa deponebat, in deponendo deposito, debuit pondus exprimere, ne quid abraderetur. Ergo in deponendo deposito id debet exprimere, quod tamen ex causa, *vt hic §. ait,* ei remittitur; puta si iuret, se pro certo pondus dicere non posse: sicut & petenti vestimenta, ex causa, id ei remittitur dicere, an trita sint, an noua, si colorem dicat, si numerum dicat, si iuret de eo non satis liquere sibi, *d. l. 19. de furt.* Quod si seruus petatur, nomen eius, aut certa demonstratio (demõstratio vice nominis fungitur, *l. certum, de*

de reb. cred.) nomen igitur, aut certa hominis demonstratio exprimi debet, atque etiam ætas, vtique si plures sint serui ei quo cum agitur: nam si ei vnus tantum sit seruus, vt Paulus ostendit, frustra nomen, vel ætas ostenditur, exprimitur: satis enim est seruum peti quem possidet L. Titius, quia eum solum possidet, satis nominat Socratem, qui filium Sophronisci dicit, quia vnus fuit Sophronisci filius Socrates, quo exemplo vtitur Porphyrius. Petito autem fundo exprimi debet nomen eius, & vt ait in fine legis Paulus, quo loci sit fundus: Idem, inquit, fundum petiturus, nomen eius, & quo loci sit, exprimere debebit. Et ita apud Ciceronem pro Murena; *Fundus Capenates qui in agro est, qui Sabinus vocatur, meus est.* Exprimitur nomen fundi & locus, in quo fundus situs est.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad Librum septimum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 9. ad l. Iul. de vi publ.

Armatos non vtique eos intelligere debemus, qui tela habuerunt: sed etiam quid aliud, quod nocere potest.

EX hoc libro habemus tres leges, quas perobscurum est, & incertum, cui parti edicti reddi debeant. Et meo quidem iudicio huiusce obscuritatis causa omnino pendet ex inscriptionum traiectionibus & vitiis, quæ sunt innumera. Et sane leges, quæ adscriptæ sunt libro sexto, quia sunt de cautione iudicio sisti seruum ex causa noxali, cuius rei inspectio, & inscriptio coniuncta, & affinis est iis, quæ tradita sunt libro quarto *de in ius vocan. & de cautione iudicio sisti eum, qui in ius vocatus est*, adscribendæ potius libro quinto, quam sexto. Quæ autem adscriptæ sunt quinto libro de iis qui notantur infamia, adscribendæ videntur libro sexto. Quod si fiat, atque ita eas consequantur eæ tres leges ex libro septimo, & mox has tres, duæ quæ initium faciunt libri octaui, quæ etiam sunt de iis, qui notantur infamia continuata hæc series atque connexio magnum & clarum nobis argumentum dabit existimandi, has tres leges intermedias de causis esse, ex quibus edicto prætoris infamia irrogatur. Et sane ita est. Primum enim *l. 9. ad l. Iul. de vi publica*, respicit ad actionem famosam vi bonorum raptorum, de qua ad edictum de his, qui notantur infamia, quo ea actio numeratur inter famosas, Paulus videtur tractasse fusius, vt & Vlpianus ad idem edictum plenius tractauit de aliis causis famosis edicto comprehensis, apud quem Vlpianum eadem est traiectio librorum. Nam quæ leges tribuuntur septimo, series & consequentia rerum ostendit, eas reddendas sexto, & illas, quæ sexto, septimo deberi. Porro ex edicto prætoris actio vi bonorum raptorum datur in eum, qui dolo malo homines armatos colligit, vt damnum det, bonave rapiat aliena. Hæc sunt verba legis 2. §. *dolo, vi bon. rapt.* vbi armatos Paulus *d. l. 9.* interpretatur esse, non tantū eos, qui tela habuerunt, sed etiam quid aliud, quod nocere potest. Et ita M. Tul. pro Cæcinna, *Armatos*, inquit, *si Latine loqui volumus, quos appellare vere possumus? opinor eos qui scutis telisque parati ornatique sunt. Quid igitur si glebis aut saxis, aut fustibus aliquem de fundo præcipitem egeris, iussusque sis, quem hominibus armatis deieceris, restituere, restituisse te dices? Verba si valent, si causæ non ratione, sed vocibus ducantur, me auctore dices profecto, non fuisse armatos eos, qui saxa iacerent, quæ de terra ipsi tollerent, non esse arma, cespites, neque glebas: non fuisse armatos eos, qui prætereuntes ramum defringerent arboris, &c.* Idem omnino, quod in hac lege nona Paulus ait. Alia parte eiusdem edicti datur actio de damno, quod quis in turba dedit, & de amisso, *l. prætor 4. §. loquitur, vi bon. rapt.* vbi amissa Vlpianus interpretatur ea esse, quæ corrupta alicui relinquuntur, vel redduntur, scissa forte vestimenta, vel fracta vasa, vel alia similia, ex quibus damnum consequitur, & Paulus latius in *l. 14. de verbor. signif.*

Ad l. 14. de verborum signif.

Labeo & Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur, vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi, aut tabula rasa picturæ, videri rem abesse: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. Item si dominus rem, quæ furto sibi aberat, ignorans emerit: recte dicitur res abesse, etiamsi postea id ita esse scierit: quia videtur res ei abesse, cui pretium abest. §. 1. Rem amisisse videtur, qui aduersus nullum eius persequendæ actionem habet.

HÆc lex est altera lex libri 7. quæ dicit, amissa ea esse, quæ scissa redduntur, vt si vestimentum scissum reddatur, vel quæ corrupta sunt reddantur, vel relinquantur, non contra, vt si in turba scyphi collisi sint, aut si pictæ tabulæ sit erasa pictura, scyphi amissi, tabula amissa videtur, quia, vt ait, earum rerum pretium non in substantia, non in materia consistit, sed in arte ipsa; nec spectatur, quanti sit res ipsa, sed quanti sit manupretium, *l. 13. hoc tit.* Et ideo de scypho colliso in turba, vel de erasa tabulæ pictura, quasi de amisso in duplum agi potest ex secunda parte edicti vi bon. rapt. siue de bonis raptis, & de turba. Item amisisse rem videtur is (vt in *l. 14.*) a quo rei eius pretium abest, vt si dominus rem sibi furto subtractam ignorans emerit, nec in procliui ei sit pretium recipere, vt in *l. 4. §. tunc in potestate, de vsurp. & vsuc.* Et in extremo *d. leg. 14.* ait, rem amisisse etiam videri, qui aduersus nullum rei eius persequendæ actionem habet, forte quia res periit, nec ab vllo possidetur, & is forte vita decessit, qui eius amittendæ causa fuit, vt *l. 1. §. vlt. & l. 2. si muli. vent. nomine.* exclusum videri hereditate eum, qui eam persequi non potest, puta, qui vita decessit intra tempora aditionis, quam nec heres eius persequi potest, quia hereditas non adita in heredem non transmittitur, non transfertur. Rem amisisse, inquit, videtur, qui aduersus nullum eius persequendæ actionem habet. nam retro, qui eius rei persequendæ actionem habet, eam amisisse non videtur, *l. 15. tit. seq. de reg. iur.* qui actionem, inquit, habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur. Et hoc ipso *tit. de verbor. signif. l. 143.* id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, habetur enim & quod peti potest, imo & proprium inque bonis esse dicitur, quod peti potest, *l. rem in bonis; de adquir. rer. dom. l. 9. §. quod auus, ad l. Falc.* Et sunt huius rei innumera exempla in iure nostro, vt *l. pen. si quid in fraud. patroni, l. 35. de statu lib. l. si quis vi, de adquir. poss.* Is etiam, qui potest restitui in integrum, non videtur rem amisisse, vt idem Pauli ait *l. 5. de in integ. restit.* quæ est *l. 3. lib. 7.*

Ad l. 5. de in integ. restitut.

Nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur.

HÆc lex ait: *Nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur.* Nam & restitutio in integrum, etiam quæ conceditur beneficio ætatis, actio appellatur, *l. etiamsi, §. vlt. de minorib.* Et in definitione restitutionis in integrum apud Paulum 1. *sententiarum, in integrum restitutio*, inquit, *est redintegrandæ rei vel causæ actio.* Et restitutio quoque in integrum datur in rem, id est, aduersus quemcumque rei possessorem, *l. in causæ, prima,* Pauli.

§. interdum, de minoribus. Eaque res quamdiu quis ad eam restitui potest, in bonis eius esse dicitur, *l. 9. §. licet, de eo quod met. caus.* Et ita has 3. leges referimus ad edicta, de bon. raptis per vim, & de turba, ex quibus proficiscuntur famosæ actiones, ex quibus damnati notantur infamia. Pertinent etiam ad causam eorum, qui not. inf. vel ad edictum de iis, qui not. inf. duæ leges libri octaui, *l. 10. & 16. de his qui not.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum octauum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 16. de his qui not. infamia.

Cum non prægnans esset, vel ex alio concepisset.

Lex 16. ostendit, ex edicto prætoris notari infamia eam mulierem, quæ cum non esset prægnans, vel cum ex alio concepisset, non ex defuncto, de cuius bonis agitur, per calumniam ventris nomine, dum se asseuerat, ex illo esse prægnantem, prætor pronuntiauit, missam fuisse in possess. bonor. defuncti: per calumniam, vt dixi. nam postquam id pronuntiatum est, causa calumniæ eam fuisse missam in possessionem, & prætorem decepisse, a quo per calumniam postulauit, se in poss. mitti, ea mulier infamia notatur & laborat.

Ad l. 10. de his qui not. inf.

Solet a principe impetrari, vt intra legitimum tempus mulieri nubere liceat. §. 1. Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet.

HÆc lex, quæ est ex eod. titulo ait, *principem eum, qui laborat infamia, famæ restituere posse, l. imperialis, C. de nupt. l. si qua, C. ad Senatusc. Tertull.* Cassiodorus 3. *Fas,* inquit, *est principi maculosas notas vitiosæ opinionis abstergere.* Posse etiam principem facta edicti venia mulieri permittere, vt salua existimatione nubat intra tempus luctus, id est, intra 10. menses, quod est in *d. l. 10.* Id tamen impetrari non solet, neque debet a principe, si prægnans sit. Caius apud Dionem 58. *Cum publicæ lætitiæ causa Vidius luctum cohibuisset, & permisisset mulieribus intra legitimum tempus nubere.*, addit hanc exceptionem, nisi prægnantes essent. Et apud eundem 48. Itemque apud Cornel. Tacitum 1. Annalium: *Pontifices interrogati, an concepto necdum edito partu, vxor Neronis diuortio facto rite nubere Tiberio possit, responderunt, si dubitaretur prægnans esse, non rite.* Additur in *d. l. 10. non posse quidem viduam citra damnum existimationis suæ intra legitimum tempus alij nubere: at sponsalia sibi interim quærere & constituere posse illæsa existimatione,* quod apertissimum. De parentibus & liberis, & cognatis, & agnatis, an lugeri debeant ita scriptum habemus ex Vlpian. in *l. parentes, de his qui not. inf. parentes & liberi vtriusque sexus, nec non cæteri cognati & agnati secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit,* inquit, (ac si non sufficerent quæ præcedunt) *lugendi sunt, qui autem eos non eluxit, non notatur infamia.* Qui sermo totus magna ex parte sapit Tribonianum. Et sane quod longe aliter ab Vlpian. scriptum erat, id aliter a Triboniano interpolatum est. Nam Vlpianus scripserat idem, quod Paulus sent. 1. tit. vlt. *Parentes anno esse lugendos, filios item maiores sex annis, esse lugendos vno anno: filios minores sex annis, esse lugendos mense vno. Cognatos proximioris gradus 8. mensibus esse lugendos.* Maritum vero a muliere 10. mensibus, & eum, qui hos non eluxisset, id est, qui non in luctu fecisset tempus supradictum, quod lege certa finitum erat, proculdubio infamium numero haberi. Verba Pauli hæc sunt a me nuper lecta in vetustissimo & longe ampliore Cod. sentent. Pauli ad me Vesontione seu Bisantio perlato: Sententia hæc est. *Parentes, inquit, & filij maiores sex annis, anno lugeri possunt: minores, mense vno, maritus 10. mensibus, & cognatus proximioris gradus 8. Qui contra fecerit, infamium numero habebitur.* Paulus ait, *lugeri possunt,* pro *debent,* vt lib. 4. sententiarum: *nominatim serui testamento manumitti secundum legem Fusiam possunt.* Porro cum hæc luctus definitio, cum infamiæ pœna in parentibus, liberis, & cognatis Triboniano displiceret, vel ætate eius potius non obseruaretur, in arbitrio, pietate, & voluntate cuiuscunque reposuit modum luctus parentum & liberorum, aut cognatorum remissa infamiæ pœna iis, qui tempus luctus non expleuissent, quod iure veteri finitum erat. Plane abrogauit, quod de ea re scripserat Iurisconsultus, scribens, eos esse lugendos, secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, nec notari infamia, si eos non eluxerint. Denique longe aliud scripsit, quam quod scripserat Vlpianus ipse. Et quia ait, *liberi vtriusque sexus,* argumentum nobis præbet, existimandi, vt ætatis, & sexus quoque liberorum iure veteri differentiam aliquam constitutam fuisse. Et huius differentiæ, cum non vult ipse rationem haberi, ait, *liberi vtriusque sexus.* Cum idem ait, *agnati vel cognati,* hoc præbet argumentum, & inter agnatos & cognatos hac in re olim quandam differentiam fuisse constitutam, nec igitur plenam esse eam Pauli sententiam. In marito nihil mutauit Tribonianus, in marito lugendo non idem arbitrium mulieri dedit, quia tantum abest, vt posteriores leges eius luctum minuerint, vt etiam eum produxerint vltra menses 10. qui finiti erant iure veteri, nempe in annum 12. mensium sub eadem infamiæ pœna, *l. 2. C. de secundis nuptiis.*

Ad l. 2. de procurat.

Dummodo certus sit, qui datus intelligetur; & is ratum habuerit. §. 1. Furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, vt ratum habere non possit.

MOnuimus librum, qui sexto loco positus est, debere poni post quartum in 5. loco, & leges, quæ male adscriptæ sunt libro 6. adscribendas esse 5. quæ omnes recte anteponuntur iis, quæ sunt in *tit. de procur. & defens. ex eod. libr. 8.* Quia infames olim, neque dare poterant procuratores in litem, quia honor est per procuratorem posse litigare, quo infames indigni sunt: non poterant etiam infames procuratores dari, & inde exceptiones procuratoriæ, quod non liceat aduersario dari vel fieri procurator, *l. in exception. §. sed etsi, de probat. §. vlt. Instit. de except.* Quintil. Inst. 4. cap. 5. *male petis, procuratori enim tibi esse non licuit, sed neque illi, cuius nomine litigas, habere procuratorem.* & alibi: *non licet tibi agere mecum, cognitor enim fieri non potuisti:* cognitor est procurator præsentis. Paul. 1. sent. tit. 9. *Omnes infames,* inquit, *qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus aduersariis.* Sed hodie hæ procuratoriæ exceptiones, quæ dabantur ob infamiam domini vel procuratoris sublatæ sunt. Et infames quamuis aduocati aliis quibuscumque temere adesse non possint, nec volentibus aduersariis, *l. quos, de postul.* tamen procuratores ad litem dare, darique possunt *d. l. 1. §. vlt. de except.* Et dari possunt etiam absentes *l. 1. §. vlt. de procur.* Nam & inter absentes mandatum contrahi potest. Hoc tamen exigitur, vt certus detur, qui absens procurator datur, & vt ratum habeat, vt ait Paulus in *l. 2. hoc tit.* quæ est ex hoc libr. 8. id est, vt mandatum suscipiat. Ideoque furiosus, etiamsi in omni iure habeatur

habeatur absentis loco, *l.* 2 §. *pen. de iur. codic. l.* 124. §. 1. *de regul. iur.* tamen procurator dari non potest, quia in eo animus vel potius mens deest, vt ratum habere non possit.

Lex 4. eod.

Et in perpetuum.

ADdidit eodem libro Paul. & procuratorem dari posse vsque ad diem certum, vel etiam in perpetuum, ita vt dum vixerit procurator lites omnes agat & exequatur, quæ ad L. Titium pertinebunt, *l.* 4. *hoc tit.*

Ad l. 11. eod.

Si tamen dominus cogi possit.

ET iis præmissis Paulus transit ad edicta Prætoris de procuratoribus, quæ tria sunt. Primo edicto, procuratorem datum ad defendendum, pro quo consentiente dominus cauit iudicatum solui, pollicetur prætor, se coacturum ad iudicium accipiendum, ad litem contestandam *l.* 8. *§. vlt. hoc tit.* consentiente, id est, sciente, & non contradicente, vt liquet ex *l.* 15. *hoc tit.* Nam & in hac causa taciturnitas imitatur consensum. Pro quo, inquit, dominus cauit iudic. solui, quia non ab ipso procuratore, sed a domino litis, qui præsens est stipulatio iudicatum solui interponitur, *l. si ad defendendum iudic. solui.* Rursus ait, se eum coacturum iudicium accipere. Quod vtique facit Prætor etiam mortuo domino litis ante iudiciū acceptum, ante litem contestatam *d. l.* 15. quia interpositio cautionis, quam scilicet dominus interposuit pro defensore consentiente deintegrauit rem, perinde ac si eam cautionem procuratori interposuisset, & mandatum non finitur morte domini, nisi res sit integra, quæ non est integra, si iam interposita sit cautio vel stipulatio iudicatum solui. In hoc vero edicto, etiamsi prætor non adiiciat, causa cognita se coacturum iudicium accipere, & litem contestari, vt in edicto, *de in ius voc.* dictum est, *l.* 11. edictum tamen ex causa & ratione vtilitatis moderandum est: vtilitas edictum moderatur. Incidere enim possunt quædam iustæ causæ, quibus non sit æquum, defensorem, etiam si pro eo dominus interposuerit cautionem iudic. solui, compelli ad iudicium accipiendum, puta si adhuc præsens sit dominus & cogi possit iudicium accipere. Nam si præsens dominus cogi non possit, vt si in magistratu sit, aliud est, quod eodem libro notauit Paulus in l. 11.

Ad l. 14. eod.

Si post datum procuratorem capitales inimicitiæ intercesserunt: non cogendum accipere iudicium, nec stipulationem ob rem non defensam committi: quoniam noua causa fit.

ITem, si post datum procuratorem ad defendendum, capitales inimicitiæ intercesserint inter eum & dominum, procuratorem non compelli iudicium accipere, nec committi stipulationem iudicatum solui ex clausula de re non defensa. Plerumque vbi procurator non cogitur iudicium accipere, nec stipulatio iudicatum solui, quæ pro eo interposita est, committitur ob rem desertam & indefensam a procuratore, *l. non est* §. 1. *inf. hoc tit. l. vir bonus, iudic. solui.* Et in hac specie non committitur illa stipulatio, quia, inquit Paul. in *l.* 14. noua causa hæc est, id est, quia interuenientibus capitalibus inimicitiis, causa personæ defensoris, quæ fuit stipulationis tempore immutata est, quia cœpit esse domino litis inimicus capitalis, & causa personæ immutata euanescit stipulatio, *l. si ante, iudic. solui.* Quia igitur noua personæ defensoris causa est, nec idem intelligitur homo, qui fuit interpositæ stipulationis tempore, causa ex qualitate defensoris immutatur, eoque rem non defendente, non accipiente iudicium, sane in dominum stipulatio non committitur ex clausula de re non defensa *l.* 15. *hoc tit.* Tres sunt clausulæ, quæ & casus & causæ dicuntur, stipulationis iud. solui, de iudicato faciendo, de re defendenda, & de dolo malo; quod & formula huius stipulationis demonstrat, quæ ita fere concipitur: *Quod fundum Tusculanum, quem possidet L. Titius, ab eo petiturus sum, cuius rei Caius Aquilius iudex sumptus est.* nam & nomen iudicis in stipulatione exprimi debet, *eam rem recte defendi: aut si ea res secundum me, heredemve meum iudicata erit, quod a C. Aquilio, eove, qui in eius locum substituetur, iudicatum erit, id recte præstari, dolumque malum abesse, abfuturumque esse, & quamdiu res non defendatur, aut si quod iudicatum eius rei erit, non recte præstetur, dolusve malus non aberit, quanti ea res erit recte præstari.* Hæc est formula stipulationis iudicatum solui, quam manifestum est in se continere præcipue tres illas clausulas. Inimicitiæ autem capitales in hac l. 14. sunt, quibus causam dedit capitalis criminis accusatio instituta a domino aduersus procuratorem, vel contra a procuratore aduersus dominum. Et ita semper capitales inimicitiæ in iure accipiendæ sunt, quas capitalis criminis accusatio fecit, vel creauit, quasque sola mors diremptura videtur, vt apud Horat.

Ira fuit capitalis, vt vltima divideret mors.

Confirmatur hæc definitio in *l.* 6. §. *ἰδίωσι*, *de excus. tut. & l. penult. §. Seia, coniuncta l.* 3. *§. vlti. de adim. leg. & Nouell. de testib.* §. *pen.* Et hæc de edicto primo.

Secundo edicto cauetur, post litem contestatam in procuratorem datum ad defendendum, vel etiam post litem contestatam a procuratore dato ad agendum, non posse procuratorem mutari, quo iure vtimur, nec posse iudicium ab eo procuratore viuo & in ciuitate manente, transferri in dominum, nisi causa cognita. Edicti ratio hæc est, quia procurator litis contestatione dominus litis effectus est, id est, res siue lis facta est eius, eamque iam suo quodammodo nomine exequitur, *l. procurator* 11. §. 1. *de doli except. l. ab executore* §. *vlt. de appellat. & relat.* Si sua igitur res est, non deberet eripi ei defensio, siue executio, & suam esse litem post litis contestationem adeo verum est, vt nec morte domini iudicium soluatur, nec prohibeatur etiam procurator, qui litem est contestatus, alium facere procuratorem: ante litis contestationem procurator procuratorem facere non potest in rem eandem, post litem contestatam potest, quia dominus litis effectus est litis contestatione, *l.* 23. *C. de procur.* Addatur etiam hæc ratio, quoniam qui mutat procuratorem sine causa, maxime post litem contestatam, post determinatum iudicium, quodammodo pudorem eius & existimationem suggillat, fidemque coarguit, quod innuit *l.* 25. §. 1. *hoc tit.* Et huius edicti sententia proponitur in *l.* 17. *hoc tit. & l.* 23. *&* 24. *C. eod. tit.* Et ait in *l.* 17. viuo, vel in ciuitate manente procuratore, non posse dominum in se litem transferre. nam vt mortuo procuratore, ita & peregrino effecto, quæ mors est ciuilis, veluti deportato in insulam, sane in dominum iudicium transferri necesse est, *l. cum quis, in princ. de solut.* Rursus ait: *Nisi causa prius cognita non posse mutari procuratorem.*

Ad l. 20. 22. 24. eod.

L. 20. *Vel iudicio publico priuatove, vel valetudine vel maiore re sua distringatur.*

L. 22. *Aut adfinitate aliqua aduersario iungatur: vel heres ei existat.*

L. 24. *Mutari debebit, vel ipso procuratore postulante.*

CAusæ mutandi procuratoris hæ notantur a Paulo *l.* 20. 22. & 24. Si procurator iudicio publico & priuato, vel valetudine, vel maiore quadam re sua nimis distringatur, vel si post litem contestatam aduersario heres extiterit, aut affinitate aliqua ei coniunctus esse cœperit, ex his causis mutari potest procurator post litem contestatam, non tantum domino, sed procuratore ipso postulante; ve-

rum tametsi interueniat aliqua iusta causa mutandi procuratoris, aliquando non est mutandus, vt si procurator retentione aliqua vti velit, verbi gratia, sumptuum nomine, quos in litem fecit, nisi, vt ait Paulus in *l. 16. eod.* dominus paratus sit ei soluere eos sumptus, tunc poterit ex iusta causa eum remouere, mutare. Huius ergo edicti sententia hæc est, nonnisi ex iusta causa post litem contestatam procuratorem mutari posse: mutari permittit causa cognita, ergo prohibet, vt in *l. 6. §. Prætor, de edendo.* Prohibet Prætor, inquit Paulus, argentario edi, qui tamen causa cognita permiserat ei edi. Denique qui permittit causa cognita, prohibet. Ante litem vero contestatam idem Paulus in *l. 16. eod. lib.* docet liberam esse potestatem domino mutandi procuratoris dati ad defendendum, vel ad agendum.

Ad l. 16. eod.

Ante litem contestatam libera potestas est, vel mutandi procuratoris, vel ipsi domino iudicium accipiendi.

Paulus docet in hac lege liberam esse potestatem. Vtitur autem his verbis, *mutandi procuratoris dati ad defendendum, vel ad agendum, vel ipsi domino iudicium accipiendi*, id est, dato procuratore ad defendendum ante litem contestatam liberam esse potestatem domino suscipiendi iudicij & litis contestandæ cum actore. Iudicium accipit reus, qui litem contestatur: dictat actor, qui litem contestatur. *Libera*, inquit, *potestas est domino iudicium accipere procuratore remoto, siue defensore ante litis contestationem.* Ergo sine causa eum remouere potest. Quod est verissimum, *l. 3. C. mandati, capit. 2. ext. de procur. in 6.* Est etiam id ita verissimum, vt non possit defendi glossema, quod proponitur in *l. 64. hoc tit.* ex regulis Modestini, eum, cuius nomine defensor extitit, vel existit, eum, qui procuratorem dedit ad defendendum, si ante litis contestationem in præsentia fuerit & postulet suo nomine litem suscipere, *causa cognita* audiendum esse: facessat illud glossema, *causa cognita.* nam ante litem contestatam libera est potestas domino iudicium accipiendi, vt Paulus ait in *l. 16. hoc tit. eod. lib.*

Ad l. 32. de procur. eod.

Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit, vt posterior non sit in eo, quod prior petit procurator.

Paulus scripsit in hac lege, si duo vel plures sint dati procuratores ad agendum in solidum, occupantis, id est, eius qui anteuertit agere & litem contestari in reum, meliorem esse conditionem, quod ad votum eius, inquit Accursius, attinet, sic enim legendum in glossa Accursij, quæ corrupta est, quia ipse solus, qui occupauit agere, erit dominus litis, nec cæteri se liti immiscere poterunt; erit igitur occupantis melior conditio, vt cæteri, qui præuenti sunt in ea re, procuratoris officio non fungantur. Explicato primo & secundo edicto, antequam ad tertium veniam, ad leg. trigesimam secundam addendum est, in ea l. Paulum recte ponere plures procuratores in vnam litem simul datos in solidum simul, quia si diuersis temporibus dati sint, posteriorem dando dominus, priorem reuocasse & prohibuisse videtur *l. 31. §. vlt. hoc tit. & capitu. non iniuste. extra eod.* nisi scilicet nominatim adiecerit posteriorem dando, se priorem non reuocare: eo non adiecto prior reiicitur, nec si occupauerit, est eius conditio melior. At si duo simul dati sint, vel etiam si separatim, modo dominus expresserit, se vtrumque velle in eam rem procuratorem esse, is qui occupat agere, potior est in ea lite, imo solus litis contestatione fit dominus litis, & posterior ab ea lite repellitur exceptione doli mali, vt *l. 45. §. qui ita, inf. hoc tit.* Idem Paulus ait, eum, qui occupat agere populari actione, si & in ea re priuatum eius commodum vertatur, posse in eam rem procuratorem dare, quo quidem dato alium postea agentem ex populo, repelli exceptione, id est, exceptione doli mali, vt illo loco Basilica rectius interpretantur, quam Accursius, exceptionem rei iudicatæ. Quamquam & post rem iudicatam alius ex populo repellatur exceptione rei iudicatæ, *l. 2. de popular. actio.* Cæterum ante rem iudicatam non repellitur, nisi exceptione doli. Nunc veniamus ad tertium edictum, quo cauetur, *vt qui procuratorio nomine agit, viri boni arbitratu satisdet, id dominum, qui abest, ratum habiturum*, vtque si is, quo cum agit vicissim agat, intendens quoque aliquid sibi a domino deberi, æque boni viri arbitratu, aduersus eum domini defensionem suscipiat, *l. 33. §. pen. l. 39. §. 1. hoc tit.* aut si nolit dominum defendere, nec nomine eius agere permittatur, *l. 43. §. pœna, hoc tit. l. 3. §. vlt. rer. amot. l. 7. de noui operis nuntiat: l. vnic. C. de satisd.* Ex edicto igitur, procurator datus ad agendum, debet satisdare de rato; debet & dominum defendere, si is quo cum agit, vicissim agat: si sint mutuæ petitiones, mutuæ actiones. Defendere autem dominum, est id facere, quod dominus in eam litem faceret, aut facere compelleretur, hoc est ex ea causa omnimodo iudicium accipere; ac præterea satisdare iudicatum solui *l. 35. §. defendere, & §. seq. hoc titul. & in §. defendere. Non debet*, inquit, *durior conditio procuratoris fieri quam est domini, præterquam in satisdando iudicatum solui.* Quid hoc est, *præterquam in satisdando iudicatum solui?* nempe quia dominus, si sit locuples & conueniatur, non satisdat iudic. solui, sed repromittit tantummodo iuratus, modo iniuratus, si possideat prædia scilicet *l. pen. in princ. qui satisd. cog.* Procurator autem eius (quod est maxime notandum) id est, defensor [illegible] at, etiamsi locupletissimus sit, nec sine satisdatione, id est, [illegible]datione fideiussoris, intelligitur esse defensori idoneus *l. 51. in fin. hoc tit.* Ad hæc sciendum est, hanc esse differentiam inter procuratorem & defensorem, quod proprie procurator est actoris: defensor rei *l. si mater §. hoc iure, de except. rei iudic.* Improprie tamen ac frequentissime cum in hoc titulo, tum in multis aliis etiam defensor rei procurator appellatur: hinc alius dicitur esse procurator actoris, alius procurator rei. Sciendum etiam differentiam esse inter procuratorem præsentis, & procuratorem absentis. Nam reus præsens pro suo procuratore cauet iudicatum solui, non ipse procurator, *l. si ad defend. iud. solui: l. 8. §. vlt. l. 15. hoc tit.* Actor etiam præsens confirmat, se ratum habiturum, quod procurator egerit, nec tunc a procuratore eius exigitur cautio de rato *l. 65. hoc tit. l. vnic. C. de satisd.* Procurator autem actoris absentis cauet de rato omnimodo. Procurator rei absentis cauet iudic. solui, in iudiciis in personam, non de rato *l. 45. §. vlt. inf. hoc tit. l. 5. § vlt. & l. seq. de noui operis nunt.* non cauet de rato, exceptis quibusdam casibus, qui posteà explicabuntur. In iudiciis autem in rem procurator rei absentis vtramque cautionem cauet, de rato scilicet & iudic. solui, *l. 40. §. sed & is, hoc tit.* Vnde si procurator agat nomine absentis, & vicissim dominum ex edicto defendat vti oportet, quum mutuæ actiones sunt, vt actor ante litem contestatam satisdare cogitur dominum rem ratam habiturum; quia periculum est, ne iterum dominus de eadem re experiatur, ne eundem actum retractet, qui a procuratore eius actus est. Quod ne fiat impune, maxime rei interest, ne scilicet reus impune de eadem re sæpius conueniatur & vexetur; & ideo cauere ei procurator qui prius agit, debet de rato sub pœna certa, quatenus actor est. Idem vero procurator, quatenus est defensor, quia scilicet, & dominum vicissim defendit aduersus eum, quo cum agit nomine domini, vt defensor, inquam, in iudiciis in personam satisdat iudicatum solui, non rem ratam dominum habiturum. Ratio est, quia nulla via patet domino ad eum actum retractandum, nulla actio, nulla restitutio. Nam & quæ ex iudiciis in personam solutio fit, siue præstatio, cum effectu iuris fit, dominio translato in accipientem, nec retractari potest, aut reuocari ab eo, qui suum accepit. In iudiciis in rem solutio siue restitutio fit nudo

nudo pacto transferendæ possessionis, & ideo facile reuo- A cari potest a domino. Et in iudiciis in rem ideo defensor absentis, & iudicatum solui, & de rato cauere debet, quia periculum est, ne reuersus dominus, cuius defensor extitit, ab actore qui rem euicit, eam rem quandoque vindicet, nec iudicato stare, vel probare quod falsus procurator gessit, velit. Quod ostenditur in *l.* 40. §. *sed & is qui, hoc tit.* Quamobrem & in actionibus præiudicialibus, quæ in rem esse videntur §. *præiudiciales, Instit. de act.* non tantum procurator eius, qui ex libertate hominem in seruitutem petit, qui actoris partes sustinet, *l.* 7. §. *vltim. de lib. caus.* non, inquam, hic tantum cauere debet de rato, sed & procurator eius, qui homine ex seruitute in libertatem proclamante, contradicit se esse dominum, qui defensoris partes sustinet, hic etiam de rato cauere debet, quia præ- B iudiciale iudicium est in rem *l.* 39. §. *si status, hoc tit. l.* 8. §. *vlt. rem. rat. haberi.* Sed in quibusdam iudiciis in personam defensor absentis cauet non tantum iudicatum solui, sed etiam de rato, vt in specie *d. l.* 39. §. *est & casus.* minor petit restitutionem in integrum aduersus venditionem a se factam quasi circunscriptus, defensor actoris absentis, qui rei partes sustinet, satisdat hoc casu, non tantum iudicatum solui, sed etiam de rato, quia fieri potest, vt post restitutionem minoris, reuersus emptor aliquid a minore petat, quod defensor eius non petiit ex causa emptionis venditionis. Et ideo, vt per omnia ratum sit iudicium, quod minor exercuit cum defensore actoris: præstanda minori est etiam cautio de rato sub pœna certa. Idem seruari eadem lex ostendit §. *vltim. & l.* 6. *rem rat. hab.* quum suspectus C tutor postulatur, qui peregre abest: nam defensor eius non tantum iudicatum solui, sed & de rato cauere debet: quia fieri potest, vt reuersus tutor agat contraria actione tutelæ, & petat aliquid a pupillo ex causa administrationis. Idem euenit in tribus casibus, qui notantur in *l.* 35. §. *vlt. & l.* 36. quæ est ex eod. lib.

Ad §. vltim. l. 35. & leg. 36. de procurat.

L. 35. *Sed & hæ personæ procuratorem debebunt defendere: quibus sine mandatu agere licet: vt puta liberi, licet sint in potestate: item parentes & fratres, & adfines, & liberti.* §. 1. *Patronus libertum, & per procuratorem vt ingratum accusare potest, & libertus per procuratorem respondere.* 2. §. *Non* D *solum autem si actio postuletur a procuratore, sed & præiudicium vel interdictum, vel si stipulatione legatorum vel damni infecti velit caueri: debebit absentem defendere in competenti tribunali, & eadem prouincia. Cæterum cogi eum etiam in prouincia de Roma abire: vel e contrario, vel a prouincia in aliam prouinciam, & defendere, durum est.* 3. §. *Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret & cauere idonee. Nec debebit durior conditio procuratori fieri, quam est domini: præterquam in satisdando. Præter satisdationem procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat. Vnde quæsitum est apud Iulianum, an compellatur, an vero sufficiat, ob rem non defensam, stipulationem committi. Et Iulianus scribit libro tertio digestorum, compellendum accipere iudicium: nisi & agere causa cognita recusauerit, vel ex iusta cau-* E *sa remotus fuerit. Defendit procurator etiam, qui patitur, quod dominus pateretur. Defendere videtur procurator, & si in possessionem venire patiatur, cum quis damni infecti satisdari, vel legatorum desideret.*

L. 36. *Vel in operis noui nuntiatione. Sed & si seruum ex causa noxali patiatur duci, defendere videtur. Ita tamen, vt in his omnibus ratam rem dominum habiturum caueat.*

Videamus, quinam ii sint casus, qui proponuntur in hac l. 35. Accursius facit quatuor, sed commodius rediguntur in tres casus tantum. Primus casus hic est: Procurator eum, cuius nomine agit, videtur defendere, etiamsi cum ab eo vicissim desideraretur cautio legatorum, vel cautio damni infecti, quæ poterat ab eodem desiderari, a domino cuius nomine agit, ea cautione non præstita, si passus sit aduersarium venire in poss. cum scilicet, id domino magis expediret quam caueri, cum id ipsum dominus facturus erat. Secundus casus hic est, quo similiter procurator eum, cuius nomine agit, recte defendere videtur, etiamsi cum inuitem agit aduersarius actione noxali, quam habuit aduersus dominum omissa defensione serui, eum seruum iussu prætoris duci passus sit, cum id domino magis expediret, seruum scilicet dedi in noxam, quam defensionem eius suscipi & subiri. Sed his duobus casibus defensor, qui id patitur, cauere debet de rato, ne reuersus dominus oblata cautione damni infecti, vel legatorum missum in poss. expellat: vel vt hoc casu secundo, ne oblata defensione seruum recipiat, *l.* 2. §. *vltim. si ex noxal. caus. agatur.* Et hi duo casus eorumque ratio apertissima est. Tertius casus, vel si spectas ordinem scripturæ, secundus a Paulo destinatur his verbis d. l. 36. *vel in operis noui nuntiatione.* Quæ verba perobscura sunt, vel eo maxime, quod hoc casu, qui comprehenditur his verbis: *vel in Operis noui nuntiatione a defensore exigatur cautio de rato.* Namque ait in his omnibus defensorem cauere debere, ratam rem dominum habiturum. In his omnibus ergo, non in duobus tantum casibus, sed & in tribus. nam *omnes* dicuntur, vel minimum de tribus, non de duobus tantum, vt est initio libri primi Aristot. de cœlo, vt duos homines non dicemus omnes, sed ambos, vel vtrumque, nomen *omnium* accommodamus primum ad tertium. Ergo cum dicat, *in his omnibus*, ne dubitemus cum Accursio, an contineatur & tertius. Hoc igitur casu etiam a defensore exigitur cautio de rato, quæ tamen non videtur exigi in causa nuntiationis noui operis *l.* 5. §. *vlt. & l. seq. de noui op. nuntiat. l.* 45. §. *vlt. inf. hoc tit.* Sed vt breue faciam, quoniam & hoc fusius explicaturus sum in illa *l.* 45. *libro* 9. est enim ex libro seq. in iis locis non agitur principaliter de nuntiatione noui operis, sed de interdicto prohibitorio, ne vis fiat ædificanti: quod hoc loco nunc adnotasse satis est, dicturi ea de re vberius *lib. seq.* Et præterea ad illa verba *l.* 36. *vel in noui operis nuntiatione*, non ea species ponenda est, quæ proponitur in *d. l.* 45. §. *vlt. vel in l.* 6. *de noui oper. nuntiat.* sed longe alia, nempe huiusmodi, & res erit perspicua admodum. Vicinus, cui nuntiatum est nouum opus, id est, interdictum ne ædificaret, petit a prætore sibi remitti nuntiationem noui operis, vt sibi liceat ædificare, quasi scilicet nuntiatori ius nuntiandi vel prohibendi non fuerit: ex parte nuntiatoris, cum is abesset, interuenit procurator quasi defensor, defendere absentem videtur, etiamsi patiatur a prætore nuntiationem vicino remitti. Sed si hoc patiatur, & pati consultius esse ducat, cauere debet ratam rem dominum habiturum, quia potest reuersus dominus, qui nuntiauerat nouum opus aduersus vicinum, qui se absente, & forte falso procuratore conniuente, impetrauit remissionem ædificandi, & ædificauit, agere interdicto restitutorio, vt scilicet demoliatur, quod contra nuntiationem suam ædificauit. Neque enim falsus procurator absenti nocere debet. Imo est indignum quolibet interueniente, quum vicinus petit remissionem nuntiationis noui operis, dominum amittere beneficium prætoris, & vtilitatem nuntiationis noui operis a se interpositæ. Quod ostendit *d. lex.* 13. §. *vlt. de noui oper. nuntiat.* Ex qua meo quidem iudicio sola circumscripta Glossa Accursij, explicandus videtur hic casus, qui significatur his verbis, *vel in operis noui nuntiatione.*

Ad l. 42. de procur. & ad l. 1. & 5. de pop. act.

L. 42. *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est, merito eum qui de via publica agit, & priuato damno ex prohibitione adficitur, quasi priuatæ actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet.* 1. §. *Ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest. Nam, & si pro publica vtilitate exercetur, priuata tamen est.* 2. §. *Ea obligatio, quæ inter dominum & procuratorem consi-*

stere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati: sicut euenit, cum in rem suam procuratorem præstamus, eoque nomine iudicatum solui promittimus: nam si ex ea promissione aliquid præstiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus: vt sit cum fideiussor reum procuratorem dedit. §. 3. Iste, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, heredem iure dabit procuratorem. 4. §. Sed & dominum pignoris creditor recte dabit procuratorem ad Seruianam. 5. §. Porro si vni ex reis credendi constitutum sit, isque alium in constitutam pecuniam det: non negabimus posse dare. Sed & ex duobus reis promittendi alter alterum ad defendendum procuratorem dabit. 6. §. Si plures heredes sint, & familiæ erciscundæ aut communi diuidundo agatur: pluribus eundem procuratorem non est permittendum dare, quoniam res expediri non potest citra adiudicationes & condemnationes. Plane permittendum dare, si vni coheredi plures heredes exstant. 7. §. Reo latitante post litem contestatam, ita demum fideiussores eum defendere videbuntur, si vel vnus ex his eum pro solido defendat: vel omnes, vel qui ex his vnum dederint, in quem iudicium transferetur.

L. 1. Eam popularem actionem dicimus, quæ suum ius populo tuetur.

L. 5. Qui populari actione conuenietur, ad defendendum procuratorem dare potest. Is autem qui eam mouet, procuratorem dare non potest.

SVperest nunc vt explicem residuum legum de procuratoribus, simul ac residuas omnes ex eod. lib. 8. Et statim quidem initio *l.* 42. quod est *de popular. act.* coniungenda est *l.* 1. *&* 5. *de popular. act.* quæ sunt ex eod. libro. Lex prima definit eam esse popularem actionem, quæ suum ius populo tuetur, & quæ ideo scilicet cuilibet competit ex populo occupanti agere, quæ & actio publica dicitur, *l. eum qui.* §. *in popularibus, de iureiur.* Sed actio est ciuilis, non criminalis. Lex 5. docet, eum, qui populari actione conuenitur, procuratorem posse dare ad defendendum, quia ciuilis actio est, *vt dixi.* In criminali non posset dare, sed deberet per se litigare, & purgare crimen: Eum ergo, qui conuenitur actione populari posse procuratorem dare ad defendendum, quia ciuilis actio est: ei vero, qui eam actionem mouit, non licere procuratorem dare ad agendum. Ratio hæc est; quia quemcumque elegerit ad agendum, is etiam, sine mandatu suo nomine, vt vnus ex populo eam actionem habet: non iure datur quis procurator ad actionem, quàm suo iure, & suo nomine cum effectu habet, vt ex contrario significat §. *is cui, &* §. *porro in hac l.* Neque enim mandare quisquam popularem actionem potest ante litem contestatam, quia nec ante litem contestatam eam actionem in bonis suis habet, *l. pœnalis, ad leg. Falcid. l. pen. de pop. act. l.* 12. *de verb. signif.* Qua de causa nec ante litem contestatam pro actione populari fideiussor datur, quia nec antequã aliquis litem contestatus sit, ex ea quicquam deberi intelligitur, antequam exstiterit actor aliquis, qui moueat pop. actionem, *l. si quis pro eo, in fine, de fideiuss.* Idque quod proponitur in *d. l.* 5. simpliciter ita se habet plurimum siue regulariter, vt scilicet actio popularis procuratori mandari non possit ante litem contestatam: Addenda tantum est ea exceptio, nisi res ad eum pertineat, qui procuratorem dat ad agendum pop. actione: Cuius rei siue exceptionis duo exempla proponuntur initio huius *l.* 42. Vnum, si quis via publica vti prohibeatur, per quem solebat, exempli gratia, in fundum suum commeare, si ex ea re, ex ea prohibitione damnum in rebus suis sentiat, nempe ei competit interdictum populare de via publica, in quo tantum habetur ratio priuati damni, quanti scilicet eius intersit viam sibi publicam non prohiberi. Qua ratione eam actionem, quasi priuatam mandare procuratori potest etiam ante litem contestatam, vt *l.* 45. §. *qui ita, sup. hoc tit. l. pen. ne quid in loco pub.* Et multo magis, inquit Paulus, (quod est alterum exemplũ) procuratori mandare quis potest actionem pop. sepulchri violati, si ad eum res pertineat, si sepulchrum quod violatum est, sit familiare, aut hereditarium. Cur multo magis? nempe quia eius actionis, quamuis sit popularis, formula non de loco publico concipitur, vt interdictum superius de via publica, sed de sepulchro siue monumento, quod etsi religio occuparit, tamen videtur quodammodo esse priuati iuris, & ad heredem pertinere, qui agit de sepulchro hereditario, vel ad cognatum, qui agit de sepulchro familiari, quia ius eius sepulchri habet proprium non commune cum populo, *l.* 2. §. *sed & illa interdicta, de interd.* Verum vt proponitur in §. 1. *huius legis.* ad ciuilem actionem iniuriarum ex *l. Cornel.* puta, nam his tantum casibus competit actio iniuriarum, ex l. Cornel. quod liber homo pulsatus sit, quod ductus ei pugnus sit, aut calx, aut quod liber homo verberatus, domusque eius vi introita sit: ad hanc, inquam, actionem dari procuratorem posse constat: nam etsi pro publica vtilitate exerceatur, vindicandæ publicæ libertatis gratia, priuata tamen est, non popularis, & non cuilibet ex populo defertur, sed ei tantum, ad quem res pertinet, id est, ei, qui pulsatus vel verberatus est. Non omnis actio, quæ ad publicam vtilitatem pertinet, etiam publica aut popularis est. Ad actionem serui corrupti, & ad actionem furti non est dubium etiam procuratorem dari posse, *l.* 1. *C. ad l. Fabiam: l.* 4. *C. de furtis.*

Ad §. ea obligatio.

SEquitur in hoc §. regulariter inter dominum & procuratorem contrahi mandatum vel obligationem mandati, & ex ea obligatione, (obligatio enim dicitur esse parens actionis,) nasci vltro citroque ex eo contractu actionem mandati: dominum esse mandatorem, eique dari directam mandati actionem, procuratorem esse mandatarium, eique dari contrariam. Aliquando tamen, vt Paulus ostendit in hoc §. ex eo mandato non obligatur domino procurator, sed ex alio contractu, quamuis causa sit eadem. Idque probat propositis duobus exemplis, quæ admodum singularia sunt. Vendidi tibi hereditatem, & cum agerent mecum creditores hereditarij, vt possunt, *l.* 2. *C. de pact. l.* 2. *C. de hered. vend.* te feci procuratorem ad defendendum in rem tuam, inquit, quia tu hereditatem emisti, & loco heredis successisti: te, inquam, feci procuratorem in rem tuam ad defendendum aduersus creditores hereditarios, eoque nomine pro te consentiente exposui cautionem iudicatum solui, si quid ex ea cautione conuentus præstitero, id a te consequar, non actione mandati, quamuis inter me & te litis dominum mandatum intercesserit, sed actione ex vendito, ex cuius causa tu debuisti subire onus æris alieni hereditarij, & me, qui vendidi hereditatem, liberare, *l.* 2. §. *sicuti, de here. vend.* Et hæc te obligatio venditi scilicet tenuit obstrictum, priusquam tibi mandarem defensionem, & pro te cauerem iudicatum solui; vbi antiquior obligatio satis abundeque efficax est, noua neque opus, neque ei locus est. Aliud exemplum est huiusmodi. Qui pro debitore mandatu eius apud creditorem fideiusserat, cum ex stipulatu a creditore conueniretur, debitorem dedit procuratorem ad defendendum, & pro eo cauit iudic. solui, si ex ea cautione conuentus fideiussor aliquid præstiterit, id consequitur a reo principali, non ex posteriore mandato, non actione mandati posterioris, quo ipsi reo mandauit defensionem, sed actione mandati prioris, quo reus ei mandauit, vt pro se fideiuberet, quia & hoc ei mandasse videtur, vt pro se solueret, *l. indebitum, de cond. indeb.* vulgo fertur, *qui fideiubet, soluit.* Sane qui mandat fideiubere, & mandare intelligitur fideiussori, vt soluat. Vbi autem prius mandatum satis plenum est, posterioris ratio non habetur. Vbi antiquior actio & obligatio plena est, iunior pro nulla aut superuacua habetur. Et hic est sensus & sententia huius §. sane elegantissima. Nec quicquam ei obstat *l. si mandatu, in fine, mand.* quam adducit Accursius, cuius species longe diuersa est ab specie huius §. in specie *d. l. si mandatu meo, in fine,* debitor creditori suo delegauit suum debitorem, & mandauit

mandauit creditori, vt cum suo debitore ageret, is egit, nec quicquam exegit? creditori non datur actio aduersus priorem debitorem ex pristina causa, sed ex sequenti mandato, quod pristinam causam sequutum est, nimirum, quia mandato & delegatione debitoris sublata est pristina causa, superest tantum causa mandati. In specie autem secundo loco proposita in hoc §. pristina causa non fuit sublata, & ideo ex pristina causa agitur, non ex noua, quæ pro nulla habetur, quoniam superuacua est.

Ad §. iste cui hered.

SEquitur in hoc §. fideicommissarium, cui ex Senatusconsulto Trebell. restituta est hereditas, recte procuratorem dare ad exercendas vtiles actiones hereditarias, quæ sibi ex Senatusconsulto Trebell. competunt restituta hereditate: recte, inquam, procuratorem dare heredem ipsum, qui ipsi restituit hereditatem. Qua de re tamen ambigi poterat, quia hoc genere mandat suas actiones fideicommissarius heredi, qui easdem habet iure directo & suo nomine. Nec enim directæ actiones transeunt in fideicommissarium Trebellianum, sed vtiles tantum. Verum vt respondeam, illæ directæ actiones, quæ remanent apud heredem, qui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebell. inanes sunt, & inefficaces, quia per exceptionem Trebelliani, vel per exceptionem restitutæ hereditatis infirmantur, *l. Stichum.* §. *aditio, de solut. l. si qua* 28. *de iud. l.* 1. §. *quamquam, l. ita tamen* §. *qui ex Trebell. ad Senatusc. Treb.* Et ideo applicabitur *huic* §. conuenienter admodum *l.* 112. *de reg. iur.* quæ est ex eod. libro 8.

Ad l. 112. de reg. iur.

Nihil interest ipso iure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur.

NIhil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, vel aduersarius se per exceptionem tueatur. Denique nihil interest heres, qui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebell. directas actiones hereditarias non habeat, an per exceptionem restitutæ hereditatis infirmentur. Et ideo iure ipse heres datur procurator ad exercendas vtiles actiones, quæ fideicommissario Trebelliano competunt, quia nullas ipse suo nomine videtur habere, *l.* 75. *de verb. oblig.* Et ita illa regula proprie ex illo loco explicanda, quod non animaduerterunt interpretes.

Ad §. sed & dominum, l. 42.

ADditur in hoc §. recte etiam debitorem eundemque dominum pignoris a creditore hypothecario procuratorem dari ad exercendam actionem hypothecariam aduersus extraneum possessorem pignoris, quia etsi iure dominij debitor ipse suo nomine actionem in rem habeat, non tamen habet actionem in rem iure pignoris sine mandatu creditoris. Alias qui suo nomine actionem habet, ei ab alio frustra mandatur actio, vt diximus initio huius l.

Ad §. porro.

SVbiicit in hoc §. etiam recte vnum ex reis credendi ab altero, cui debitor se soluturum pecuniam constituit, procuratorem dari ad agendum de constit. pecunia, quia in ea actione de constituta pecunia, quæ soli mandatori constituta est, mandator non est correus, sed in actione principali tantum, id est, actionem de constituta pecunia non habet suo nomine. Et e conuerso etiam recte vnum ex reis debendi ab altero, quo cum creditor agit, procuratorem dari ad defendendum, quia actio vel obligatio, quæ constituitur ei, consistit in persona mandatoris, non consistit etiam eadem in persona sua, sed alia quædam propria, in vnoquoque sua propria, *l.* 9. *in fine, de duob. reis constituendis.*

Ad §. penultim.

IN §. *pen. h. l.* ostenditur, si agatur inter coheredes fam. ercisc. vel de hereditate diuidenda, vel communi diuidundo. Nam & hoc iudicium inter coheredes esse potest, *l. si filia* §. *familiæ, famil. ercisc.* si, inquam, inter coheredes agatur fam. ercisc. vel communi diuid. non posse omnes vnum eundemque procuratorem dare, quoniam, inquit, res expediri non potest citra adiudicationes & condemnationes. In his iudiciis fam. ercisc. vel communi diuid. singulæ res singulis adiudicantur. At si in alterius persona adiudicatio præponderare videatur, si alterius portio prægrauare videatur, is vicissim æqualitatis constituendæ gratia, alteri vicissim certa pecunia condemnatur. Pecunia mensura est æqualitatis. Id vero ita fieri non potest in vna persona, quia non potest vni adiudicari res, idemque sibi ipsi condemnari. Itaque per vnum hominem, per vnum procuratorem hæc negotia explicari non possunt. Igitur singuli coheredes debent dare singulos procuratores, vt commode expediantur adiudicationes & condemnationes, & dare ante litem contestatam, vt fit. Sunt in hoc §. μετέωροι, qui fingunt hic agi de dando procuratore post litem contestatam, qui si daretur post litem contestatam, in eius persona condemnationes fieri non possent, *l.* 14. *de his qui not. inf. l.* 1. *C. de sent. & interloc.* quia in actionibus ciuilibus nullus alius condemnari potest, quam is, in quem lis contestata est. Is in quem lis contestata non est, etiamsi cætera iudicij peregerit, condemnari non potest. & ita explicandus hic §. cui nihil obstat, quod adfert Accurs. ex *l. accipientis, de auct. tutor.* vnum eundemque tutorem posse auctorem esse pupillo agenti, & pupillo defendenti, quia hic nulla talis est ἀμηχανία, vel difficultas, quandoquidem non ipse tutor litem agit vtriusque, sed pupilli singuli litem agunt separatim, eodem tutore auctore, nec vnam eandemque litem, sed diuersam. At vt subiicit in hoc §. pen. si vnus ex coheredibus plures heredes reliquerit, nullum incommodum vetat omnes ad actionem fam. erciscundæ vnum procuratorem dare, quia & ipsi vnius coheredis vice sunt, *l.* 48. *fam. ercisc.*

Ad §. vltim.

IN §. vlt. ostenditur, fideiussores iud. solui a reo datos post litem contestatam a reo, eodem reo latitante & deserente litem, reum recte defendere videri, prout cauerunt, si ex suo numero vnum procuratorem elegerint, in quem iudicium transferatur in solidum, quod deseruit reus. Nam quod notandum ex hoc loco maxime hoc casu, etiam si litis contestatione ipsi fideiussores facti non sint domini litis, quia non ipsi litem contestati sunt, sed reus, tamen procuratores dare possunt ad litem exequendam, quia & suscepta tota defensione pariter litis domini fiunt. Recte igitur videntur rem reumque absentem defendere, si ex suo numero vnum procuratorem faciant in solidum, in quem iudicium transferatur quod deseruit reus, vel etiamsi vltro ex eis vnus in solidum defensionem suscipiat, vel si omnes simul pro sua quisque parte, si modo hoc actor æquo animo ferat, *l.* 5. §. *si plures, iudic. solui.* Alioquin ni susceperint defensionem, in eos committetur stipulatio iudicatum solui, ob rem non defensam. Quæ est sententia §. *vlt.*

Ad l. 86. de solut.

Hoc iure vtimur, vt litis procuratori non recte soluatur. Nam & absurdum est, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicatam solui posse. Si tamen ad hoc datus sit, vt & solui possit: soluendo eo liberabitur.

Restat ex hoc lib. *l. 86. de solut.* quæ ait, procuratori dato ad agendum, si vicerit, non dari actionem iudicati, non posse solui iudicatum, sed domino solui, vt *l. 28. de procurat.* Et ideo nec ei procuratori dato ad agendum tantum ante rem iudicatam solui posse. Si post rem iudicatam ei solui non potest, qui litem egit alienam: ergo nec ante rem iudicatam ei solui potest; nisi & hoc ipsum ei mandatum sit nominatim, vt non ageret tantum, sed etiam exigeret, vel nisi fuerit procurator in litem suam, in rem suam, hic enim est loco domini, & ei quoque datur actio iudicati, *l. 4. de re indicata.* Quod etiam ostenditur in *l. 13. de pactis*, vbi id fusius exposuimus lib. tertio.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum nonum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad legem 41. 43. & 45. de procurator.

L. 41. Fœminas pro parentibus agere interdum permittetur causa cognita: si forte parentes morbus aut ætas impediat: nec quemquam, qui agat, habeant.

L. 43. Mutus & surdus per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare non prohibetur. forsitan & ipsi dantur, non quidem ad agendum, sed ad administrandum. 1. §. *Cum quæretur, an alicui procuratorem habere liceat, inspiciendum erit, an non prohibeatur procuratorem dare, quia hoc edictum prohibitorium est.* 2. §. *In popularibus actionibus, vbi quis quasi vnus ex populo agit: defensionem vt procurator præstare cogendus non est.* 3. §. *Is, qui curatorem alicui præsenti petat, non aliter audietur, nisi adulto consentiente: quod si absenti: ratam rem eum habiturum necesse habet dare.* 4. §. *Pœna non defendentis procuratoris hæc est, vt denegetur ei actio.* 5. §. *Si procurator agat, & præsens sit absentis seruus; Atilicinus ait, seruo cauendum, non procuratori.* 6. §. *Qui non cogitur defendere absentem, tamen si iudicatum solui satisdedit defendendi absentis gratia, cogendum procuratorem iudicium accipere, ne decipiatur is, qui satis accepit. Nam eos qui non coguntur rem defendere, post satisdationem cogi. Labeo, causa cognita temperandum: & si captio actoris sit, propter temporis tractum, iudicium eum accipere cogendum: quod si aut adfinitas dirempta sit; aut inimicitiæ intercesserint, aut bona absentis possideri cœperint,*

L. 45. Non cogendum. Sabinus autem nullas prætoris partes esse ad compellendum defendere: sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse: ac si iustas causas habeat, cur iudicium accipere nolit, fideiussores non teneri: quia vir bonus arbitraturus non fuerit, vt qui iustam excusationem adferret, defendere cogeretur. Sed & si satis non dedit, sed repromittenti ei creditum est: idem statuendum est. 1. §. *Qui ita de publico agunt, vt & priuatum commodum defendant; causa cognitâ permittuntur procuratorem dare, & postea alius agens exceptione repelletur.* 2. §. *Si procuratori opus nouum nuntiatum sit: isque interdicto vtatur,* ne ei vis fiat ædificanti: *defensoris partes eum sustinere, nec compelli cauere ratam rem dominum habiturum, Iulianus ait. Et si satisdederit, non animaduerto (inquit Iulianus) quo casu stipulatio committatur.*

In hoc libro, quantum apparet ex *l. 41. 43. & 45. de procurat.* Paulus egit de eo edicto, ex quo, qui agit absentis nomine & absentem viri boni arbitratu defendere debet. Quod de procurat. lib. sup. fecimus edictũ tertium, & de alio edicto, quod nunc facimus quartum, & est de his personis, quæ procuratorem dare, darique non possunt, & dicitur esse edictũ prohibitorium, *l. 43. §. 1.* Quia in eo prætor certas personas prohibet procuratorem dare vel procuratorem habere, veluti infames *§. vlt. Instit. de except.* extra quas cuilibet procuratorem habere licet, & in actionibus, quas habet aduersus alium, vel quas alius aduersus se habet, quæ ei vel aduersus eum competunt, & in administratione rerum aut bonorum. Et secundum hoc initio legis 43. Paulus ait, mutum & surdum procuratorem dare posse ad agendum, vel defendendum scilicet; & multo magis ad rerum administrationem, nimirum, quia edicto non prohibetur mutus & surdus habere procuratorem. Dare igitur procuratorem possunt ad lites, per eum modum inquit Paulus, qui procedere potest, κατ' τὸν ἐνδεχόμενον τρόπον, id est, si intelligant quid agant, idque quod agunt, quod intelligunt se agere propalam demonstrant, *l. propalam 2. inf. de bon. poss. furioso & infanti*, &c. nam & in mandato contrahendo, quod negotium solum contrahitur inter dominum & procuratorem, nudus consensus sufficit, nec vlla verborum proprietas necessaria est. Eodem modo Innocentius Pontifex Rom. in *cap. 23. ext. de sponsal. & matri.* mutum & surdum matrimonium contrahere posse, quia, inquit, quod sumit ex hac lege 43. cum & prohibitorium sit edictum de matrimonio contrahendo, quicumque non prohibetur, per consequentiam admittitur, & sufficit ad matrimonium solus consensus eorum, qui coeunt, & quorum in potestate sunt. An autem mutus & surdus etiam procuratores dari possint, Paulus in hac l. explicat his verbis: *Forsitan*, inquit, *& ipsi quidem dantur, non ad agendum quidem, sed ad administrandum.* forsitan autem, inquit, more Academicorum: interim tamen & exprimens suam sententiam eo genere loquendi, & placet versus ille Accursij:

Sub dubio forte, respondent sæpe periti.

Ergo hoc ait Paulus, mutum & surdum non posse procuratores dari ad agendum vel defendendum, sed ad administrandum tantum, optima ratione, quia res siue bona administrari possunt etiam ab eo, qui non loquitur, nec audit. Lis autem ab eo agi & iudicium exerceri sane non potest, vbi interrogationes, responsiones, disceptationes frequenter necessariæ sunt. Qua ratione nec surdus aut mutus tutor esse, aut dari potest, *l. 1. § vlt. de tut. l. pen. § mutus, de legit. tut.* Quia non tantum bonis administrandis tutor datur, sed etiam litibus exercendis, quæ ad pupillum pertinent, vel ad præbendam auctoritatem pupillo litiganti necessariam, vel quod aliud gerenti ciuile negotium, quod expediri sine sermone tutoris non potest. Porro ex aliis, qui in actionib. procuratores dari non possunt, sunt etiam infames iure veteri, non nouo, *§. vlt. Instit. de except.* Sunt ex his etiam milites, *l. 8. § milites, & l. 54. hoc tit.* Itemque fœminæ, *d. l. 54. l. 2. de reg. iur.* nisi forte pro parentibus, vt ait idem Paulus *l. 41.* fœminis interdum permitti causa cognita pro parentibus agere, si forte, inquit, parentes morbus aut ætas impediat, nec quemquam alium, qui agat, habeant; alioqui fœminæ fieri ad actiones procuratores non possunt. Eius generis sunt impuberes, *d. l. 2. §. vlt. de reg. iur.* nam etsi impuberes sint, possunt quidem fieri procuratores ad administrandum, sicut & institores fieri possunt: nam & imputatur ei, qui eis committit administrationem rerum suarum: sed non possunt etiam fieri procuratores ad agendum vel defendendum.

Ad §. in popularibus.

Sequitur in d. l. 43. in popularibus actionib. non esse locum edicto, quo cauetur, vt qui alieno nomine agit, eum defendat cuius nomine agit, quia is, qui pop. act. agit, non debet inuicem populum siue remp. defendere, si reconueniatur nomine reip. ab eo, quo cum agit populari actione. Et ratio hæc est, quia suo nomine agit, vt vnus de populo, non populi nomine, non vt actor vel procurator populi aut ciuitatis: Et edictum illud loquitur de eo tantum, qui alieno

alieno nomine agit, vt & viciſſim eum, cuius nomine actionem dari ſibi poſtulat, defendat viri boni arbitratu. Alioquin ſi quis agat non vt vnus ex populo; ſed vt actor populi vel ciuitatis conſtitutus decreto ordinis, procul-dubio & populum ſiue remp. defendere cogetur, ex eodem edicto, vt hoc ipſo libro Paulus ſcripſit, *l.* 6. §. *actor, tit. ſeq.*

Ad §. is qui curatorem.

LOquitur de curatore adoleſcentis, qui in litem datur, non de curatore negotiorum aut rerum adoleſcentis, quoniam hic titulus eſt de procuratoribus ad lites, quibus non poſſunt apte curatores adiungi, niſi qui ad lites curatores ſunt. Curator autem adoleſcenti ad litem petitur vel præſenti, vel abſenti: ſi præſenti, conſenſus adoleſcentis exigitur: ſi abſenti, ratihabitio. Qua de re etiam, vt hic proponitur, cauere debet aduerſario adoleſcentis is, qui ei abſenti curatorem petit, videlicet, ratam rem eum habiturum. Quæ ſtipulatio committitur, ſi reuerſus adoleſcens non agnoſcat, quæ is curator egit, quodve cum eo actum eſt in iudicio, nimirum vt qui petiit curatorem abſenti, & aduerſario cauit de rato, aduerſario præſtet, quanti eius intereſt, denuo eandem litem non agere, aut ſubire, quam retractat reuerſus adoleſcens, & propter impendia, quæ in priorem litem cum curatore expertus fecit. Et ita explicandus eſt hic §. Videtur tamen huic obſtare, quod dicitur, inuito adoleſcenti dari curatorem ad litem, §. 1. *Inſtit. de curat.* Sed hoc ita accipiendum eſt ex *l.* 3. §. *pen. de tut. & l.* 1. *C. qui petant. tut.* vt ſi adoleſcens, quo minus cum eo agatur, ſibi curatorem dari nolit ad litem, tum cogatur curatorem accipere, quem dederit prætor, ne fruſtretur actor, ne ſit inane eluſoriumque iudicium: quia ſine curatore cum adoleſcente lis nulla eſt. Adoleſcens non eſt iuſtus & legitimus litigator ſine curatore, qui ſuppleat, quod eius ætati deeſt, *l.* 2. *C. qui leg. perſ. ſiſt. in iud. habent.* Non datur quidem curator ad litem adoleſcenti niſi præſenti, aut petenti, aut conſentienti ei qui petit: ſed ſi neque alius petat, neque ipſe petere velit, vt iudicium ratum ſit a prætore, datur etiam inuito. Quod ſi forte datus ſit abſenti & ignoranti, reuerſus alium curatorem petere poteſt, neque cogitur ratam facere dationem curatoris ſe abſente factam, ratumve facere, quod is interim geſſit in iudicio.

Ad §. pœna non.

HOc eſt omnino ex edicto prætoris, vt cuius nomine quis poſtulat actionem ſibi dari, & viciſſim, vt recte defendat eum: aut ſi non defendat, denegetur ei actio, quam poſtulat, *l.* 7. *de nou. op. nunt. l.* 3. §. *vlt. rer. amot. l. vn. C. de ſatiſd.* Quod & notandum ad illud edictum ſiue adiiciendum, quod proponitur in *l.* 43. §. *pen.* Nam & hoc edicto expreſſum fuiſſe ait *l.* 5. *C. eod. tit. de procur.* vt non defendenti denegetur actio, quam poſtulat nomine abſentis.

Ad §. Si procurator.

SEntentia hæc eſt. Si procurator agat nomine abſentis, reo cauere debet de rato, ſi dubitetur de mandato, & viciſſim procuratori reus, ſi inuicem agat, aut etiam ſi non inuicem agat: Si, inquam, procurator agat nomine abſentis, reo cauere debet de rato, & reus viciſſim cauere debet procuratori iud. ſolui: procuratori, inquam, niſi præſens ſit abſentis ſeruus: tunc enim ſeruo domino ſtipulanti reus cauere debet iudic. ſolui, non procuratori, quia per ſeruum domino adquiritur actio directa: per procuratorem adquiritur vtilis, non directa: quia regulariter per liberam perſonam non adquiritur actio. Per procuratorem igitur non adquiritur domino actio directa, ſed vtilis tantum. & melius eſt experiri directa actione, quam vtili, vt hic locus aperte docet. Et ſane non eſt neceſſaria vtilis, vbi competit, aut directa competere poteſt, *l. pen. inf. de ſeru. paſſ. l. ſi reus, ad Senatuſconſ. Trebell.* Qua ratione & ſeruo ciuitatis, ſi præſens ſit reus, quo cum actor ciuitatis agit, nomine publico cauere debet iudic. ſolui potius, quam actori, *l. vlt. tit. ſeq.*

Ad §. vltimum, & l. 43.

QVod proponitur in §. *vlt.* huius *l.* 43. quodque cohæret cum initio legis 45. eiuſdem Pauli, maioris eſt momenti, & id explicabo dilucide. Is qui cogitur abſentem defendere ex edicto prætoris, præſtita cautione iudicatum ſolui, qui eius nomine agit, quod iam dictum eſt ſæpe, vt actor ſatiſdat de rato, vt defenſor ſatiſdat iud. ſolui, & cogitur omnino eum defendere, niſi velit actionem ei denegari: cæterum qui abſentis nomine non agit, ſane inuitus abſentem non cogitur defendere, *l.* 8. §. *inuitus*, & *l. inuitus C. eod. tit. l.* 156. *de reg. iur.* niſi ſcilicet: nam duæ ſunt exceptiones, & prima hæc eſt: niſi, inquam, pro eo conſentiente dominus cauerit iud. ſolui qui conſenſit, dominum defendere cogitur, & iudicium accipere ex primo edicto Prætoris, *l.* 8. §. *vlt. hoc tit.* Itemque, quæ eſt ſecunda exceptio, niſi vt oſtenditur in hoc §. vltimo, iam ipſe, qui ſe obtulit defenſioni, ſatiſdederit aut repromiſerit, quum ei creditum eſt iudic. ſolui. Nam præſtatio cautionis huius initium defenſionis eſt. qui autem cœpit defendere abſentem, honeſte non poteſt imperfectam defenſionem omittere. Ergo poſt præſtitam ſatiſdationem vel repromiſſionem iud. ſolui, cogitur omnino iudicium accipere, & cætera litis exſequi, & ad extremum perducere. Et ita ſentiebat Labeo, vt Paul. refert in hoc §. hac ratione, ne decipiatur is, cui cauit iudic. ſolui. In qua cautione ineſt & clauſula de re defendenda, de iudicio accipiendo, & lite conteſtanda, & iudic. ſolui. Ne decipiatur ergo is, qui ſatis accepit neue in captionem ſeu fraudem incidat propter temporis tractum, vt *l.* 12. *ſup. hoc tit.* puta actione temporali (quæ actori competebat, qui ſatis accepit) temporis tractu perempta, dum ille, qui ſatiſdedit iudic. ſolui, cunctatur in iudicio accipiendo, in lite conteſtanda, iudicio accepto actio temporalis perpetuata fuiſſet domino. Et ideo ſi dum is moratur iudicium accipere, actio tempore perierit, ne ea res ſit fraudi actori, omnimodo cogitur iudicium accipere qui vltro ſatiſdedit, vel repromiſit iudicatum ſolui, cum non cogeretur abſentem defendere. Ex cauſa tamen, vt idem Labeo dicebat, nec poſt ſatiſdationem ſiue repromiſſionem iud. ſolui, ille cogitur iudicium accipere, nec ſtipulatio iudic. ſolui committitur aduerſus eum. Exempli gratia: ſi is, qui cauit iudic. ſolui, fuerit gener ei, quem cœpit defendere, & hæc affinitas ei fuerit cauſa ſuſcipiendæ defenſionis, quæ morte vxoris dirempta fuerat, vt affinitas morte perimitur, §. *affinitatis, Inſtitut. de nupt.* Et in Sextiana: *Albino ſoceri nomen ademiſſe mortem filiæ.* Si paulo poſt præſtitã cautionem iud. ſolui affinitas dirempta fuerit, non exequetur cætera litis, nec iudicium accipiet inuitus. Idem erit, ſi capitales inimicitiæ interceſſerint inter eum & dominum abſentem, vel etiam, vt ſubiicit in fine huius l. 43. ſi bona abſentis, quem cœpit defẽdere, cum non cogeretur, a creditoribus poſſideri cœperint, vt periculum ſit, ne veneant, ne abſens redigatur ad extremã paupertatem, ne ei viuo funus ducatur, vt eſt in Quintiana: nam pro mortuo habetur is, cuius bona poſſidentur a creditoribus, proſcribuntur & væneunt, *l. actione* §. 1. *pro ſocio.* Et hoc igitur caſu, qui cœpit eum defendere, iuſte recuſat iudicium accipere, & defenſionem eius ſubire, qui in eo eſt, vt redigatur ad egeſtatem. Quod & confirmat *l. Titius, hoc tit.* Sed ſi nulla iuſta cauſſa fuerit tergiuerſandi iudicij, ſane, qui cum non cogeretur abſentem defendere, cauit iud. ſolui, omnimodo cogitur iudicium accipere, & litem conteſtari, ex ſententia Labeonis. nam ex Sabini ſententia, quæ videtur obtinuiſſe, & quæ proponitur ab eodẽ Paulo initio l. 45. ex Sabini, inquam, ſententia, qui fuit diuerſæ Scholæ, is qui non cogitur defẽdere, etiamſi ſatiſdederit aut repromiſerit iud. ſolui,

non cogitur omnimodo, id eſt, deſtricte & præciſe iudicium ſuſcipere & litem conteſtari: ſed ſtipulatio aduerſus eum committitur ob rem non defenſam, & præſtando actori id quod intereſt, liberatur. Cæterum ſi agatur cum eo ex ſtipulatione iudic. ſolui ob rem non defenſam in eo iudicio, æſtimabitur, iuſtam ille habuerit necne cauſam recuſandi iudicium accipere, vt ſi iuſtam habuerit, abſoluatur, quia non ſimpliciter ſuſcipere defenſionem, & reum defendere promiſit, ſed boni viri arbitratu; & boni viri arbitratui congruit, ne iudiciũ ſuſcipere cogatur, qui id recuſandi iuſtas cauſas habet, *l. vir bonus, iudic. ſolui.* Sin vero iuſtam cauſam non habuerit recuſandi iudicij, condemnetur, quanti ea res eſt: non etiam deſtricte iudicium accipere cogatur. Hæc fuit ſententia Sabinianorum, quæ etiam obtinuit. Cui nequicquam obſtat *l.* 35. §. *vlt. hoc tit.* quæ defenſorem ait, omnimodo compelli iudicium accipere, præciſe compelli iudicium accipere, nec ſufficere ob rem non defenſam ſtipulationem committi, quia, vt breue faciam, ille §. eaque lex tota de eo loquitur, qui cogitur defendere eum, nimirum cuius nomine agit, & cogitur iudicium ſuſcipere, niſi & ex iuſta cauſa recuſet nomine eius experiri, vel agere vel æque ex iuſta cauſa mutetur & remoueatur, qui agit abſentis nomine, ſi abſit iuſta cauſa, & abſentem præciſe cogitur defendere. Idemque ſtatuendum eſt de eo defenſore, pro quo conſentiente iudicatum ſolui dominus ſatiſdedit: nam hic omnino cogitur dominum defendere aut iudicium accipere. Paulus autem in *d. §. vlt.* & initio *leg.* 45. loquitur de eo, qui non agit abſentis nomine, & ideo non cogitur præciſe abſentem defendere, tametſi cauerit iud. ſolui: ſed ſufficiet committi ſtipulationem ob rem non defenſam. Idem ſtatuendum de eo defenſore, pro quo non conſentiente dominus ſatiſdedit iud. ſolui, vt ſcilicet non compellatur iudicium accipere, nec agi etiam cum eo poſſit ob rem non defenſam, qua de re nihil cauit, ſed agi tantum poſſit cum domino qui cauit illo ignorante & non conſentiente, *l.* 14. *ſup. hoc tit.*

Ad §. qui ita l. 45.

EXpoſui controuerſiam Labeonis & Sabini, & dixi de eo, qui cum non cogeretur alium defendere, tamen pro eo ſatiſdedit vel repromiſit iudic. ſolui, an omnimodo compellatur iudicium accipere, Labeone dicente omnimodo compellendum eſſe, contradicente Sabino, nullas partes prætoris eſſe ad compellendum eum iudicium accipere, & ſufficere cautionem vel ſatiſdationem iud. ſolui committi in ſolidum. Quæ ſententia videtur obtinuiſſe, magiſque probari a Paulo, quod ſit ab eo relata ſecundo loco, nẽpe initio *l.* 45. Videtur igitur ab eo probata, quod relata ſit poſteriore loco. Nunc ſunt nobis explicanda cætera, quæ ſunt in ea *l.* 45. §. *qui ita, & §. ſi procuratori*, §. *qui ita*, eſt de pop. act. qua qui agit, ſi & priuatum commodum perſequatur, aut defendat, vt in exemplis propoſitis & explicatis, ſup. lib. ad *l.* 42. quamuis vbi priuatum commodum non defendit ante litem conteſtatam, non poſſit procuratorem dare, *l.* 5. *de pop. action.* hoc tamen caſu cum & de publico agit, & de ſuo priuato commodo cauſa cognita, vt Paulus ait hoc loco, ei procuratorem dare permittitur. Cauſa cognita, id eſt, eo cognito & patefacto, rem ad eum pertinere. Et ita in *l.* 64. *hoc tit.* de qua tractabam non ita dudum, cauſa cognita ſic accipi debet, id eſt, eo cognito litem nondum eſſe conteſtatam a defenſore, dominum ſi velit iudicium accipere ſuo nomine, audiendum eſſe. Quæ interpretatio probabilis eſt, & probata, omnem tollit dubitationem & omnem ſuſpicionem adſciti gloſſematis. Ergo ait Paulus in hoc §. qui agit populari actione, ſi ea res etiam ad eum pertineat, proprie ante litem conteſtatam cauſa cognita, id eſt, ſi liqueat rem ad eum pertinere, procuratorem dare poteſt, & poſtea, inquit, alius agens, exceptione repelletur. Quo loco, *poſtea*, vel eſt, *poſt rem iudicatam*, vel *poſt litem conteſtatam* a procuratore; quem ad eam litem fecit procuratorem. Poſt rem iudicatam alium repelli exceptione rei iudicatæ, *l.* 3. *de pop. act. l.* 6. *de ſep. viol.* Poſt litem vero conteſtatam alius ſi agat, repèllitur except. doli, vt hoc loco recte Baſilica interpretantur, καὶ κινῶν ἕτερος μετὰ ταῦτα ἐκβάλλεται δόλου παραγραφῇ. Quod confirmat etiam *l.* 3. §. *ſi is cuius, de ſep. viol.* quæ oſtendit, nonniſi ante litem ab alio conteſtatam admitti ad actionem ſep. viol. quæ eſt popularis, eum, ad quem ea res pertinet. Poſt litem ergo conteſtatam non admitti præuentione vnius ex populo, qui agere cœperit, excludi cæteros, ſicut fit in criminalibus cauſis publicorum iudiciorum, in quibus ſcilicet præuentione vnius accuſatoris cæteri omnes excluduntur, *l.* 9. *C. de accuſat.* Sicut etiam fit pluribus ſimul factis procuratoribus ad actionem vnam in ſolidum, vt iam dictum eſt ſupra ad *l.* 32. *hoc tit.* præuentione vnius procuratoris cæteros excludi.

Ad §. vlt. ſi procuratori.

VEnio ad §. vlt. qui ſane difficillimus eſt, quoniam vt eius verba concepta ſunt, hunc ſenſum referunt: procuratorem vicini, qui vicinum ædificanti nouum opus nuntiauit, ſi egerit interdicto aduerſus eum, ne ei vis fiat ædificanti, defenſoris partes ſuſtinere, & ideo de rato cauere non debere. Video & agnoſco eo interdicto agere poſſe procuratorem vel dominum, cui nuntiatum eſt nouum opus, ſi modo ſatiſdederit de opere reſtituendo vel demoliendo, ſi iudicatum fuerit, ius ei non fuiſſe ædificandi, ius fuiſſe vicino prohibendi & impediendi. quæ ſatiſdatio tantum poteſt, quantum ſatiſdatio iud. ſolui. Video etiam & agnoſco, regulariter eum, qui abſentis nomine agit, de rato cauere debere ex edicto prætoris, *l.* 33. §. *vlt. hoc tit.* non etiam eum, qui defenſoris partes ſuſtinet. hic cauere debet iudic. ſolui, non de rato in actionibus perſonalibus, exceptis caſibus certis, de quibus ſup. libro diximus ad *l.* 36. Verum, vt qui agit interdicto, *ne vis ei fiat ædificanti*, defenſoris partes ſuſtineat, vel, vt dicam explicatius, vt qui actor eſt, reus ſit, vel rei partes ſuſtineat vel ſuſtinere poſſit, qua ratione id fieri poſſit non video. Cum imo, qui eo interdicto conuenitur, expreſſim dicatur obtinuiſſe partes defenſoris, *l.* 5. §. *vlt. de noui op. nunt.* Et retro igitur is, qui eo interdicto agit, partes actoris ſuſtinet, ſi is qui conuenitur partes defenſoris ſuſtinet. Ergo qui conuenit, partes actoris ſuſtinere dicitur hoc loco, alioquin nullum eſſet iudicium, nulla lis: & ex eo ſolo pendet huius §. difficultas. Ideo autem ſi eadem eſſet ſpecies *d. §. vlt.* quæ eſt *d. l.* 5. §. *vlt.* adhibita *l.* 6. nullus eſſet labor. At longe ſunt diuerſæ ſpecies ab illa, quæ proponitur *d. l.* 5. §. *vlt.* qui dicitur defenſoris partes ſuſtinere, & reuera defenſor eſt, & ideo non cauere debet de rato. In hac autem ſpecie, qui actor eſt, non defenſor, dicitur defenſoris partes ſuſtinere, & ideo non cauere dicitur de rato. Species *d. l.* 5. §. *vlt.* eſt huiuſmodi: procurator meus vicino ædificanti nouum opus nuntiauit, & ab eo ſatis accepit de opere reſtituendo, ſi iudicatum eſſet, ius ſibi non eſſe ædificandi, & nihilominus idem procurator meus eum prohibet, & impedit poſt ſatiſdationem, ne ædificet: Qua ex cauſa ei aduerſus procuratorem licet experiri interdicto ne vis fiat ſibi, quo minus ædificet. Hoc interdictum proponitur in *l. prætor ait* §. *deinde, eod. tit. de noui op. nunt.* In hoc interdicto procurator meus ſuſtinet partes defenſoris, & cauere debet iud. ſolui, non de rato. Qua ratione, vt ait *l.* 6. nec opponi ei poteſt procuratoria exceptio, quaſi & hoc ei mandatum non ſit, vt dominum defenderet, cuius mandatu nuntiauit nouum opus, quæ defenſio quoque ex cauſa illius interdicti, vel qua alia ſecundum tenorem edicti perpetui ei mandata fuiſſe intelligitur. Cui mandatur actio, mandari etiam defenſio videtur. Et ſufficit agentem cauere de rato, nec neceſſe eſt, eundem quoque inuicem defendentem, eandem cautionem iterare. Certiſſima eſt & euidens ratio *d. l.* 5. §. *vlt. & l.* 6.

ſpecies

ſpecies quoque euidentiſſima. Species autem & ſententia huius §. vltimi hæc eſt. Procuratori mei vicini facienti nouum opus mandatu mei vicini, nuntiaui nouum opus, ne pergeret facere, ne quid moliretur, aut ædificaret procurator, vt nihilominus pergeret ædificare, ſatiſdedit, vel repromiſit de opere reſtituendo quod faceret, ſi ſecundum me iudicatum eſſet, quæ cautio pro remiſſione nuntiationis eſt, *d. l. 5. §. ſi is qui.* At ſi poſt ſatiſdationem adhuc eum prohibeam opus facientem, & ideo aduerſus me agat interdicto, ne vis ſibi aut domino fiat, quo minus ædificet, actor quidem eſt, ſed tamen non debet cauere de rato. Regulariter ex edicto, qui agit alieno nomine, cauere debet de rato, hic agit alieno nomine ſupradicto interdicto, nec tamē cauere debet de rato. Et vt intelligere oportet, quamuis ſit actor, reuera videtur eatenus defenſoris partes ſuſtinere, quatenus non cauet de rato. Ideo autem non cauet de rato, quia nec ſi eam cautionem interpoſuerit, vt ex Iuliano Paulus refert, vllo caſu committi poteſt. Inanis eſt, & ridicula interpoſitio cautionis, quæ nunquam committi poteſt, quæ vſui eſſe non poteſt ſi cauerit de rato. hæc cautio ſiue ſtipulatio, quo caſu committi poſſit, Iulianus ait, ſe non animaduertere: & ideo, non eſſe interponendam. Nullo vero caſu committi poteſt, quia non poteſt dominus, cuius mandato procurator nouum opus inſtituit, non habere ratum, quod procurator illo interdicto egit, quia mandata edificatione, & id ei mandaſſe videtur, ſine quo ædificium expediri non poteſt, *l. 56. & 62. hoc tit.* Datur ergo in hoc *§. vlt.* caſus ſingularis, quo qui agit alieno nomine non cauet de rato, quia vt eſt in *l. 6. in princ. de cond. indeb.* quum quis quid mandaſſe videtur, non eſt expectandum, vt id poſtea ratum habeat. At in *d. l. 5. §. vlt. & l. 6.* datur longe alius caſus, quo ſcilicet ſecundum regulam iuris, qui alium defendit procuratorio nomine, cauet iudicatum ſolui, non de rato, & vt eſt in *§. ſpen.* eiuſdem *l. 5.* & in *l. 36. hoc tit.* dantur etiam longe alij quidam caſus ſingulares, quibus contra regulam iuris, qui alium defendit, cauet de rato, quibus & alios adiunximus ad *d. l. 36. lib. ſup.* Et ij caſus temere commiſcendi non ſunt, ſedeſve eorum mutari, id eſt, hæ tres leges confundendæ non ſunt, *d. l. 5. §. vlt. & l. 36.* & hæc *l. 45. vlt. hoc tit.* Et ita ſi diſtinguantur, nulla erit difficultas.

Ad legem 4. quod cuiuſque vniuerſ.

Plane, vt duæ partes decurionum adfuerint, is quoque, quem decernent, numerari poteſt.

HÆc lex puſilla eſt, nec longi ſubſellij. Paulus a procuratoribus tranſit ad actores ſiue ſyndicos ciuitatum, qui quaſi procuratores ſunt, *l. 6. § actor, hoc tit.* quaſi, inquit, procuratorum partibus funguntur, nec tamen proprie procuratores ſunt, quia non mandato conſtituuntur, ſed decreto ordinis, nec inter eos & ciuitates, vel alias vniuerſitates obligatio mandati conſiſtit, ſed vel neg. geſt. vel ex ſtipulatu, vel extraordinaria. Conſtituitur actor ciuitatis decreto ordinis: ordo autem non aliter habetur, quam ſi adfuerint duæ partes decurionum, τὸ πλεῖον μέρος, id eſt, maior pars, *l. 3. hoc tit. l. 3. de dec. ab ord. fac.* Ergo in actore decernendo duæ partes decurionum adeſſe debent: non exigo, vt duæ partes eum decernant, ſed vt in eo decernendo adſint duæ partes, & maior numerus earum partium eum decernat actorem. Nec rurſus dico, eum, quem decreuerit maior numerus, in maiori illo numero computari, eiuſque ſuffragium eidem prodeſſe, quaſi & ſe ipſe decernere poſſit, quod & pontifices probant in *capit. cum in iure, extra, de elect.* quod & adduxit hoc loco Accurſius, adeo vt ſi ſint ſeptem Electores, vt ſunt hodie Imperatoris Electores 7. & tres elegerint vnum ex eo numero, tres alij extraneum, antiſtare cenſeant eorum electionem, qui vnum ex ſuo numero elegerint, ſi modo is electioni de ſe factæ præbuerit adſenſum. Sed dico ex ſententia Pauli in hac *l. 4.* neque enim aliam præ ſe fert ſententiam, eum, qui actor decernitur, adnumerari maiori parti, quæ adeſſe debet, non etiam adnumerari maiori numero decernentium eum actorem. Et ita ſentio.

Ad l. 6. eod.

L. 6. Item eorum, qui in eiuſdem poteſtate ſunt, quaſi decurio enim hoc dedit, non quaſi domeſtica perſona. Quod & in honorum petitione erit ſeruandum: niſi lex municipij, vel perpetua conſuetudo prohibeat. 1. §. Si decuriones decreuerunt, actionem per eum mouendam, quem duumuiri elegerint: is videtur ab ordine electus, & ideo experiri poteſt, parui enim refert, ipſe ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit. Sed ſi ita decreuerint, vt quacumque incidiſſet controuerſia, eius petendæ negotium Titius haberet: ipſo iure id decretum nullius momenti eſſe: quia non poſſit videri de ea re, quæ adhuc in controuerſia non ſit, decreto datam perſecutionem. Sed hodie hæc omnia per ſyndicos ſolent ſecundum locorum conſuetudinem explicari. 2. §. Quid, ſi actor datus, poſtea decreto decurionum prohibitus ſit: an exceptio ei noceat? & puto ſic hoc accipiendum, vt ei permiſſa videatur, cui & permiſſa durat. 3. §. Actor vniuerſitatis, ſi agat, compellitur etiam defendere: non autem compellitur cauere de rato. Sed interdum, ſi de decreto dubitetur, puto interponendam & de rato cautionem. Actor itaque iſte procuratoris partibus fungitur: & iudicati actio ei ex edicto non datur; niſi in rem ſuam datus ſit: & conſtitui ei poteſt. Ex iiſdem cauſis mutandi actoris poteſtas erit, ex quibus etiam procuratoris. Actor etiam filiusfamilias dari poteſt.

EX initio legis 6. intelligimus, patrem & filiumfam. & duos vel plures fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, in eadem curia, eodemve Senatu (in municipiis, curia dicebatur minor Senatus: decuriones minores Senatores.) In eadem, inquit, curia eodemve Senatu, decuriones aut Senatores eſſe poſſunt pater & filius, vel duo fratres, & in actore ciuitatis, vel curiæ decernendo, atque etiam in honore aliquo veluti duumuiratu decernendo, niſi id lex municipalis vel conſuetudo prohibeat, patris ſuffragium filio prodeſſe, & filij ſuffragium patri prodeſſe, vt *l. 5. hoc tit.* Et ſimiliter fratris fratri, quamuis in eiuſdem poteſtate patris ſint. Et ratio hæc eſt, quia pater filio, vel filius patri vel frater fratri ſuffragium dat quaſi decurio ſiue Senator, non quaſi domeſtica perſona, ſed ſuffragium ſuum ſibi prodeſſe non poſſe. At ſi filiusfamilias vel pater, qui eum habet in poteſtate, vel frater, qui in eiuſdem patris poteſtate eſt, hoc in caſu haberetur pro domeſtica perſona, idem ipſe ſibi ſuffragium ferre videretur, quia vinculum patriæ poteſtatis facit, vt pater & filius, vtque fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, pro vno eodemque homine habeantur: ſicut e contrario diſſolutio poteſtatis facit, vt habeantur pro pluribus atque diuerſis, *l. 10. de opt. leg.* Et domeſtica perſona æſtimatur non ex cognatione vel contubernio, ſed ex vinculo poteſtatis, vt Theop. noſter ait in *§. pater, Inſt. de teſt. ord.* ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι. Idcirco ſuffragium patris aut filij, aut fratris quaſi ſuffragium accipitur publicæ perſonæ, id eſt, decurionis, non domeſticæ, vt proſit ſuffragium filij patri vel patris filio, vel fratris fratri, ſi datum ei ſit: nec ſpectatur ius poteſtatis, quod etiam non ſpectari dicitur in iis, quæ ad cauſam, iuſve publicum pertinent, *l. 14. ad Senatuſ. Trebell.*

Ad §. 1. Si decuriones.

ADditur in hoc §. nihil referre, ipſe ordo eligat, & decernat actorem, ſyndicum, vel ἔκδικον, his tribus appellationibus idem ſignificatur, an vero is, cui ordo negotium & poteſtatem dedit vt actorem eligeret, vt puta ſi maior pars decurionum decreuit, vt is eſſet actor, quem duumuir, id eſt, magiſtratus municipalis elegerit, quem magiſtratum municipalem certum eſt, fuiſſe ex ordine

siue corpore decurionum, *l. 3. §. vlt. de pecul. l. honores, §. is cui, de decur.* Quem elegit is, cui potestatem eligendi maior pars ordinis dedit, vel is, cui idem negotium maior pars ordinis dedit, vniuersus ordo elegisse videtur, ac proinde iure datus ac constitutus esse intelligitur.

Ad §. Sed si. & §. Quid si.

Sequitur in *§. sed si ita*, ipso iure nullum decretum esse videri, quo actor generaliter constituitur decreto ordinis ad lites futuras: Puta, inquit, vt quæcumque inciderit controuersia, eius petendæ negotium L. Titius habeat tanquam actor ciuitatis vel municipij. Petendæ controuersiæ, id est, in petitionem deducendæ, vt *l. de rebus, de recept. & qui arb. rec.* Species peti dicuntur, id est, certæ quædam controuersiæ, quæ in petitionem deducuntur. Id vero decretum, quo actor municipum fit ad lites futuras, vtile & æquum non esse videtur: ideo nullum esse videtur, quia maxime alienum est a natura decretorum publicorum, vt fiant de iis rebus, quæ nondum sunt. Et tamen constat procuratorem dari posse in priuatorum causis ad lites futuras, *l. 3. sup. tit. prox.* Imo prudentis patrisfam. est, maxime, si longinquo sit absuturus, sibi prospicere in futurum, procuratore domi relicto omnium litium, quæcumque inciderint post profectionem suam. Et hæc est alia differentia inter procuratorẽ & actorem. Prima hæc fuit, quod procurator mandato constituatur, actor decreto decurionum. Hæc igitur erit secunda. Sed & quod ad hanc secundam differentiam attinet, subiicit Paulus, hodie quibusdam locis esse receptum, vt syndicus, id est, actor municipum decernatur in perpetuum, per quem lites omnes extantes & futuræ exerceantur, quæ ad rempublicam siue municipium pertinebunt. Communia autem multa esse inter procuratorem & actorem, quæ sequuntur in hac l. ostendũt, a §. actor ad finem l. Ac primum quidem, vt procurator re integra reuocari potest, *§. recte, Instit. de mand. l. 16. sup. tit. prox.* ita & actor decreto datus, contrario decreto prohiberi potest, re scilicet integra §. *quid si actor*, coniuncto §. *pen. in hac l. 6.* quia actori publico commissa videtur actio causæ publicæ, cui, inquit, & permissa durat. Et ideo sicut reuocato mandato, agenti procuratori nocet exceptio procuratoria, ita & reuocato decreto agenti actori ciuitatis nocet quasi procuratoria exceptio. Quia, vt ait, procuratoris partibus fungitur, nempe hæc exceptio, si non postea agere prohibitus sit. Item sicut procurator ante litem contestatam procuratorem in rem eandem facere non potest, *l. si procuratorem §. si quis mandauerit, mand.* ita nec actor ciuitatis, *l. 14. sup. de procur. nec ciuitatis actor*, inquit, *negotium publicum per procuratorem agere potest*, ante litem contestatam scilicet: nam litis contestatione efficitur dominus litis, & ad negotium publicum alium actorem recte facit. Item sicut procurator, si agat, cogitur eum defendere, cuius nomine agit, ex edicto prætoris, *l. 33. §. pen. sup. tit. prox.* ita & actor ciuitatis vel vniuersitatis cuiuscumque si agat nomine publico, compellitur etiam defendere vniuersitatem, quod Paulus proponit hoc loco in §. *actor*. Item procurator datus ad agendum, cauere debet de rato, maxime si de mandato dubitetur, an duret, vel an interuenerit, *l. 3. §. pen. vt in poss. leg. l. 6. §. pertinere, de edendo, l. quid ita §. 1. ad Senatusc. Treb. l. 1. C. de procur.* Aut (quod summe notandum est) si ex iis personis sit is, qui agit nomine alieno, quæ sine mandato agere possunt, vt si sit pater aut filius, frater aut affinis virilis sexus, auus, nepos, libertus, *l. 35. in princ. de procurat.* hæ personæ possunt agere nomine alieno sine mandato, sed tamen, ne decipiatur aduersarius, omnimodo cauere debent, rem ratam dominum habiturum, *l. 8. in princ. tit. seq.* Actor quoque ciuitatis, si dubitetur de decreto, περὶ ψηφίσματος, compellitur cauere de rato, vt & hoc loco Paulus ostendit. At plerumque dicitur actor ciuitatis non cauere de rato, vt *l. 9. rem rat. haberi*, quia scilicet raro euenit, vt non liqueat de decreto, quo factus est actor publice & solemniter. Idemque eadem lex statuit *de magistro*, vt ait, *cuiuscumque vniuersitatis*, veluti de magistro collegij cuiuscumque, cuius eadem est potestas, quæ actoris ciuitatis. *Actor*, inquit, *ciuitatis vel magister vniuersitatis de rato cauere non debet*. Et ita in inscriptione Veronensi legitur, *Magistro Veronensi collegij centonariorum*. Et in Roman. inscriptione, *Magistro collegij fratrum Arualium*, & in alia, *Ordo sacerdotium magistro suo*. Et apud Valer. *Magistrum collegij Saliorum*. Sane ita est, plerumque non cauent de rato, quia constituti sunt publice, ex communi decreto, & solemniter: sed si quandoque tamen dubitetur de decreto, etiam ab eis exigitur cautio de rato. Et ita dicemus, tutorem vel curatorem, non cauere de rato, quia etiam sine mandato rem in iudicium deducere potest suo iure quodam, vel potius, quia mandatæ ei intelliguntur actiones omnes, quæ ad pupillum, vel ad adolescentem spectant iniuncto munere tutelæ vel curæ. Ideo, inquam, tutorem vel curatorem non cauere de rato, adiecta eadem exceptione, nisi dubitetur, an sit tutor, vel an duret tutela, vel an gestus & administratio ei concessa sit. Quid enim si sit honorarius tutor tantum? *l. vulgo, de adm. tut.* Præterea, vt procuratori, ita & actori si vicerit, iudicati actio non datur, sed domino vel ciuitati: quod etiam hoc loco proponit Paulus; nisi & hoc ipsum nominatim ei mandatum sit, vt & ageret iudicati in aduersarium condemnatum, vel nisi in rem suam datus sit, quoniam qui in rem suam datur procurator, loco domini est per omnia, *l. 8. sup. tit. prox. l. 4. de re iudic. l. hoc iure, de solut.* Et similiter, vt Paulus addit, sicut procuratori debitor eius, qui eum procuratorem dedit, constituere potest, se soluturum ei, vel domino, atque ita se obligare actione de constituta pecunia: ita & actori municipum constitui potest pecunia, quæ municipio debetur, & ex ea causa actori competit actio de constituta pecunia, si debitor constituerit se ei soluturum, vel etiam reipub. competit vtilis actio, *l. eum qui §. Iulian. & §. seq. de const. pec.* Vt post litem contestatam mutari procurator non potest, nisi prius causa cognita, ita nec actor ciuitatis, vel municipij, *§. pen. h. l. l. 17. sup. tit. prox.* Et vt filiusfam. procurator dari potest, ita & actor, vt nomine publico agat & excipiat actiones, *§. vlt.* huius legis, *l. 8. §. ipse quoque, sup. tit. prox.* Hinc apparet, quam multa sint communia inter procuratorem & actorem ciuitatis, vel municipij vel cuiusque vniuersitatis. Nec quicquam est amplius in hac lege.

Ad l. 18. de verb. signif.

Munus tribus modis dicitur: vno donum, & inde munera dici dari mittive, altero onus, quod cum remittatur, vacationem militiæ munerisque præstat, inde immunitatem appellari. Tertio officium: vnde munera militaria, & quosdam milites munificos vocari. Igitur municipes dici, quod munera ciuilia capiant.

Pertinet etiam hæc lex ad hunc titulum, quæ est ex eodem libro Pauli, quoniam cum tractaret hoc libro, de actore municipum, & de municipibus sæpe, vt apparet ex legibus huius tit. visum est Paulo explicare, qui in hoc titulo dicerentur municipes. Et docet in hac *l. 18.* improprie municipes dici suæ cuiusque ciuitatis ciues, vt *l. 228. inf. eodem, l. 1. ad municip.* Proprie autem municipes esse eos, qui munera ciuitatis Romanæ capiunt, id est, qui donati sunt ciuitate Romana, ita vt munera publica cum populo Romano capiant, vel subeant. Ciues Romani ex municipiis, vt docet Gellius, muneris tantum publici cum populo Romano onerumque participes sunt, & suo iure, suisque legibus vtuntur, nullis populi Romani legibus adstricti, nisi populus eorum fundus factus sit, id est, nisi se ciuitati Romanæ subiecerint, & legibus Romanis. Et hãc propriam significationem Paulus vult demonstrare *d. l. 18.* & præmisit, munus dici tribus modis, vno

vno donum, quod officij causa datur, vt nuptialitium, natalitium: altero onus, quod cum remittitur, vacationem, vt ait, militiæ, munerisque præstet, quæ plena est immunitas, scilicet quoties nominatim militiæ vacatio datur, alioquin, cui datur immunitas, non intelligitur data militiæ vacatio, *l. pen.* §. *duo, de vac. munerum.* Tertio modo munus dici officium, vnde munera militaria *l.* 3. §. *vlt. de testib.* & milites munifices, qui officia militaria, faciunt veluti, qui agunt excubias, vel angarias sufferunt, quibus opponuntur milites principales & beneficiarij. Inde etiã municipes appellari, quod officia ciuilia obeant, quæ tamen & ipsa onera dicuntur, sed sunt honoratiora, quam quæ simpliciter dicuntur onera. Et Plinio quoque *mamma munifex*, quæ lacte abundat. Quidam munifices, συνεργοὺς interpretantur ex illo loco D. Pauli in epist. θεοῦ ἐσμὲν συνεργοί, *Dei sumus munifices.* Atque ita apparet eam *l.* 18. proprie pertinere ad hunc tit. siue ad actores municipum.

Ad l. 7. de negot. gest.

Quia tantumdem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.

POst hos Paulus transit ad negotiorum gestores, qui à M. Tullio vocantur *amici & procuratores voluntarij,* quia sine mandatu se offerunt gerendis negotiis alienis. Et ideo nec eis imputatur, quod debitores absentis amici, cuius negotia administranda susceperunt, non conuenerint & exegerint, quia non habent mandatum, & sine mandato exigi pecunia alieno nomine non potest, *l.* 5. §. *vlt. de præsc. verb. l.* 6. §. *vlt. tit. seq.* M. Tull. pro Roscio Comædo: *alteri*, inquit, *nemo potest petere, nisi qui cognitor est factus.* Cognitor, id est, procurator, vt apud Liuium 39. *Turpe & indignum esse alienarum simultatum Tribunum pl. cognitorem fieri,* id est, procuratorem. Ac proprie cognitor dicitur præsentis, non absentis, vt Anianus vetus interpres Cod. Theodos. tradit in *l. si lite, C. Theodos. de cognit. & procur.* Sed si amicus, qui vltro suscepit absentis amici gerenda negotia omnia, ei aliquid debeat, forte ex ea causa, quæ certo tempore finiatur, & tempore fuerit liberatus, dum ab semetipso pecuniam non exigit, dum sibi ipsi non soluit, hoc proculdubio ei imputabitur, vt *l.* 6. §. *vlt. & l.* 8. *in princip. h. t.* quia aduersus se experiri potuit sine actione, id est, seponere potuit pecuniam, quam debuit absenti amico, eamque in eius negotia consumere, atque ita interrumpere præscriptionem temporis, cum ei debitor fuerit ex causa temporalis actionis, *l. quotiens* §. *item si temporali, de admin. tut.* Et eleganter in eadem *l.* §. *nec vtique,* vnumquemque sibi debere verum & æquum denuntiare. Est sententia elegantissima, id est, quod bonum, æquum, & honestum est, nec alio monitore vel iudice vti, quam seipso. Merito igitur ei imputari, qui quod debuit amico absenti, non exegit a seipso in tempore. Ac proinde merito ipso iure ei tenetur actione negot. gest. in quam etiam veniunt vsuræ debitæ pecuniæ ex cessationis tempore, ex moræ tempore, ex eo tempore, quo debuit a seipso exigere & soluere sibi ipsi, tametsi debitum initio non fuerit vsurarium, quia vt eleganter Paulus hic ait, tantumdem in bonæ fidei iudiciis, quale est negotiorum gestorum, officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. quæ sententia extat in *l. Lucius, depos.* In stipulationem non veniunt vsuræ ex pacto. non veniunt ex mora officio iudicis in iudiciis stricti iuris, sed ex stipulatione tantum vsurarum facta nominatim. At in iudiciis bonæ fidei vsuræ veniunt etiam ex pacto nudo, & officio arbitri ex mora, quod officium arbitri tantum potest in iudiciis bonæ fidei, quantum nominatim concepta stipulatio in iudiciis stricti iuris.

Ad l. 13. de neg. gest.

L. 13. *Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit. huius hereditatis curationem suscepi, & impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariæ centum in arca reposui. hæc sine culpa mea perierunt. quæsitum est, an ab herede qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim, vel decem, quæ impendi. Iulianus scribit, in eo verti quæstionem, vt animaduertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim & mihi, & cæteris hereditariis creditoribus soluere, periculum non solum sexaginta, sed & reliquorum quadraginta (milium) me præstaturum. Decem tamen, quæ impenderim retenturum, id est, sola nonaginta restituenda: si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne prædia in publicum committerentur, ne pœna traiectitiæ pecuniæ augeretur, aut ex compromisso committeretur, non solum decem, quæ in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quæ mihi debita sunt, ab herede me consequi posse.*

AD hanc l. sciendum est, ex edicto de neg. gestis dari negotiorum gestorum actionem vltro citroque: directam domino negotiorum, heredive eius: contrariam gestori: non tantum si viuentis amici negotia gesserit, sed etiamsi mortui, id est, hereditaria negotia iacente hereditate, cum nemo adhuc defuncto heres extitisset, *l.* 3. *in princip. &* §. *hæc verba, & l.* 21. *hoc tit.* Quo cognito sic apponam speciem huius legis: mortuo L. Titio, qui mihi 50. debebat ex causa crediti, iacente, nec dum adita hereditate, gessi & procuraui negotia hereditaria. Suscepi, inquit Paulus, curationem hereditatis. Ex quibus verbis vulgo male colligunt, me fuisse a prætore curatorem datum custodiendis bonis hereditariis, quod sæpe fit, *l.* 1. *in fin. de mun. & hon. l.* 6. *de priuil. cred.* Sed me fuisse datum a prætore curatorem bonis, hic non ponitur, nullove verbo adsignificatur, sed me vltro accessisse ad gerenda & procuranda negotia hereditatis, in quæ negotia hereditaria forte de meo impendi 10. ac præterea vendidi quasdam res hereditarias, quas vendi expediebat, quod vel steriles essent & infructuosæ, vel tempore perituræ, aut deteriores futuræ, & ex venditione earum rerum redegi 100. eaque reposui in arca, & seruaui heredi futuro. Postea 100. arca forte vi rapta sine culpa mea perierunt: tum aliquis L. Titij hereditatem adiuit, aut se pro herede L. Titij gessit, quæritur, an *ab herede possim petere* 50. *quæ mihi defunctus debuit, actione creditæ pecuniæ, an item petere possim* 10. *quæ impendi in negotia hereditaria, contraria actione neg. gestorum?* Dubitationem facit, quod 100. redacta ex venditione rerum hereditariarum reposuerim in arca, nec mihi ex ea summa statim soluerim sexaginta, id est, quinquaginta quæ mihi defunctus debuit ex causa crediti, & 10. quæ impendi in negotia hereditaria. Nam vt ei, qui debet illi, cuius negotia gerit, imputatur, quod a semetipso non exegit quod ei debuit, & intulerit rationibus eius creditoris, cuius negotia gerit, *l.* 6. §. *vlt. l. qui sine vsuris, hoc tit.* Ita etiam videtur imputari debere ei, cui debuit is, cuius negotia gerit, si ipse sibi ab eo debitam pecuniam, non soluit, *l. diuortio, inf. hoc tit.* An igitur in hac specie mihi imputari poterit, quod non mihi illa 60. soluerim, quodque interim ex illis 100. non impleuerim cæteros creditores hereditarios? Hæc est quæstio huius legis. Et ex sententia Iuliani Paulus docet distinguendum esse: aut non habui iustam causam seponendorum, nec custodiendorum 100. quæ redegi ex venditione rei hereditariæ, aut id faciendi iustam causam habui. Priore casu, si non habui iustam causam seponendorum 100. si debui potius ex ea pecunia mihi soluere confestim, & cæteris creditoribus hereditariis, ad me pertinet periculum, non tantum 60. quæ mihi debebantur, sed etiam cæterorum 40. milium, inquit, nempe quia ab herede, petere non potui, 60. quæ mihi debebantur, & heres a me potest petere 40. residua, actione negot. gest. quasi amissa interueniente culpa mea. Ait 40. millia. Ex quo apparet, 50. esse 50. millia, & 10. quæ impendi, 10. millia, &

100. quæ confeci ex venditione, 100. millia, vt in *l. lecta, de reb. cred.* quindecim, id est, 15. millia denarium, & in *l. si testamento* §. *quod si duo, de fideiuss.* 20. id est, 20. millia: decem, id est, 20. millia, quia subiicit aperte 50. millia. Quia igitur periculum pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum ad me pertinet, quia eam seponere non debui, sed erogare confestim, eaque & me ipsum ab-[illegible]ere & cæteros creditores hereditarios. Quia inquam ea mihi pecunia periit, eaque 100. mihi periere, non possum 50. petere, quæ mihi debebantur ex causa mutui, neque retinere, aut deducere, quia mihi imputatur, quod ea mihi non soluerim. Non possum etiam petere 10. ex causa neg. gest. retinere tamen ea 10. possum ex bonis hereditariis. Sæpe quorum petitionem non habemus, eorum tamen ex æquo & bono retentionem habemus. Et æquum est, mihi repetitionem dari illorum 10. quæ in hereditatem vtiliter impendi, quia bona fide ea impendi, & hoc impedio hereditatis causam feci meliorem. Retinebo ergo duntaxat 10. & non 40. vt videbatur prima specie, sed omnino residua 90. a me heres petere potest actione neg. gest. directa. Et hæc de priore casu. Posteriore autem casu, si iustam causam habui, propter quam integra 100. in arcam reconderem & custodirem, veluti si periculum erat, ne committeretur pœna compromissi, si mihi non esset pecunia ad manum, vel ne committeretur pœna traiectitiæ pecuniæ, vel pœna commissi. Paulus coniungit tria genera pœnarum, vt & Africanus in *l. traiectitia, de oblig. & action.* Pœna compromissi committitur, si quis eorum, qui in arbitrum compromiserunt, non pareat sententiæ iudicis compromissarij. Et petitur ea pœna actione ex stipulatu, quia inuicem eam litigatores stipulati sunt & compromiserunt, si quis eorum non staret sententiæ iudicis compromissarij. Pœna autem traiectitiæ, vel nauticæ pecuniæ committitur & augetur in dies singulos, si pecunia nautica, cuius periculum creditor suscepit, cum vsuris non soluatur ad diem, & ea quoque pœna petitur actione ex stipulatu. Pœnæ autem commissi locus est, vel ex conuentione, si placuerit inter emptorem & venditorem fundi, vt pretio ad certum diem non soluto, fundus fieret inemptus & venditori committeretur, id est, vt rediret ad venditorem, quod petitur per actionem ex vendito: vel etiam pœnæ commissi locus est iure publico, iure fiscali, quum ob tributa non soluta prædia in publicum committuntur, & recidunt in fiscum, *l. 1. C. de suscept. & arcariis lib. 10.* Hæc sunt tria genera pœnarum quæ hic notantur. Si igitur 100. redacta ex venditione seruaui, vt mihi pecunia esset in manu, qua amicum, cuius negotia gerebam, pœna committenda seruarem indemnem, qua soluerem, quod is debiturus erat cum pœna, nisi solutum esset ad diem, potius quam quod mihi vel aliis debebat sine pœna: tum sane iustissimam id faciendi causam habui, quia si pecuniam non seruassem, in pœnam incidisset, *l. 1. sup. hoc tit.* Et hoc casu petam ab herede contraria actione neg. gest. non tantum 10. quæ impendi in negotia hereditaria, sed etiam ab eodem petam quinquaginta, actione scilicet si certum petetur, quæ mihi ex causa mutui defunctus debuit, nec residua 40. heredi præstabo, quia heredi perierunt, non mihi, quia arca vi latronum erepta nulla culpa mea interueniente periit, nec vim maiorem gestores negot. præstare debent, sed dolum tantum & culpam etiam leuissimam. Priore casu præstare debeo heredi deductis 10. residua 90. quia etsi integra 100. quæ erant in arca sine mea culpa perierint, vt Paulus posuit, casu maiore, hunc tamen casum præcesserat culpa mea, id est, importuna eius pecuniæ custodia, quia potius debueram ea pecunia luere æs alienum, quod vel mihi, vel aliis defunctus debebat. cum nullus esset metus pœnæ committendæ ex aliis causis casus imputatur mihi, quem præcessit culpa mea, vt in *l. si vt certo* §. *sed interdum, commod. l. 3. C. de adm. & peric. tut.* Et ita hæc lex est explicanda. Venio ad l. decimam quintam.

Ad l. 15. de neg. gest.

L. 15. Pomponius libro vicesimosexto in negotiis gestis initia cuiusque temporis conditionem spectandam ait. quid enim, inquit, si pupilli negotia cœperim gerere, & inter moras pubes factus sit? vel serui, vel filijfamilias, & interea liber, aut paterfam. effectus sit? hoc & ego verius esse didici: nisi si ab initio quasi vnum negotium gesturus accessero, deinde alio animo ad alterum accessero eo tempore, quo iam pubes, vel liber, vel paterfamilias effectus est, hic enim quasi plura negotia gesta sunt: & pro qualitate personarum & actio formatur, & condemnatio moderatur.

INitio legis 15. proponitur hæc Pomponij sententia siue definitio: *in negotiis gestis initio cuiusque temporis conditionem spectari.* Basil. breuius: ἡ ἀρχὴ τῆς διοικήσεως σκοπεῖται, *initium gestionis siue administrationis negotiorum spectatur*, sicut dicitur in *l. si procuratorem, in princ. mand. l. 1.* §. *idem Pomponius, depos. l. si id quod* §. *si filiusfam. pro soc.* vniuscuiusque contractus initium spectandum esse. Quod & de stipulatione dicitur in *l. filiusf. de verb. oblig.* & de delictis: quæ contractus sunt inuoluntarij, *l. 1. de pœn.* Sic igitur, & quasi contractus, puta gestus, vel administrationis alienorum negot. initium spectatur, eius scilicet temporis, quo accedimus ad aliena negotia. Spectamus, inquam, eo tempore, cuius conditionis & status fuerit is, ad cuius negotia accessimus. Igitur si initio administrationis pupilli negotia fuerint, & inter moras dum pergo negotia eius administrare, dum perseuero in administratione, pubes factus fuerit, & nihilominus post pubertatem in eadem administratione perseuerauero, finitis negotiis in eum erit actio neg. gest. in id tantum, quo locupletior factus erit. Si initio fuisset pubes, in solidum teneretur. quia initio administrationis fuit pupillus, non obligatur in solidum sine tutoris auctoritate, sed in id tantum, quo locupletior factus est, *l. 3.* §. *pupilli*, sic legendum, non *pupillus, l. litis in princ. l. 6.* §. *1. hoc tit. l. 2. C. eod.* Et similiter si initio administrationis negotia fuerint serui, aut filijfam. negotia peculiaria, licet postea, & interim, dum geruntur negotia eadem, liber aut paterfam. effectus sit, inspecto initio erit in dominum vel patrem actio neg. gest. non in solidum, sed de peculio tantum, vel de in rem verso. In ipsum autem qui postea pendente administratione neg. paterfa. effectus est, erit actio neg. gest. æque non in solidum, sed in id tantum, quod facere potest: nam ex beneficio prætoris, qui nouam familiam instituit, qui exit ex patris potestate, qui fit sui iuris, qui paterfam. ex contractibus, quos habuit cum esset in potestate, quamuis tunc temporis potuerit conueniri in solidum, tamen postquam factus est sui iuris, non poterit ex illis causis conueniri in solidum, sed in id tantum quod facere potest. In initiis nouæ condendæ familiæ, non est vrgendus ad solutionem in solidum ex edicto prætoris, *l. 2. inf. quod cum eo, l. 5. ad Maced. l. tutorem, de admin. tut.* In seruum vero, cuius negotia initio fuerunt, qui postea pendente administratione eorum negotiorum manumissus est, nulla actio est, *l. 17. in prin. hoc tit.* quia seruus ex contractibus vel quasi non obligatur ciuiliter, vt in eum vel agi possit in seruitute, vel etiam post libertatem. Obligatur quidem naturaliter: sed ex naturali illa obligatione nulla est actio. Ideoque neque in seruum, neque in eundem manumissum vlla competit actio ob negotia peculiaria gesta. Et ita Græci dilucide hanc legem interpretantur, in qua multum laborant, & ad extremum ita concludunt & explicant Pomponij definitionem propositam initio huius legis, δεῖ τῇ ἀρχῇ προσέχειν τῆς ἑκάστης διοικήσεως ἐκείνῳ τῷ, καὶ σκοπεῖν τὴν καιρῷ τοῦ προσώπου κατάστασιν. *Cuiusque*, inquiunt, *administrationis initium spectari oportet, & quis eo tempore fuerit status, quæ conditio personæ, cuius negotia sunt.* Et ait Paulus: *quid enim si pupilli negotia cœperim gerere, & inter moras pubes factus sit:* Alias legitur, *& interim pubes factus sit.* Sed Florentiæ rectissime, &

& inter moras: pendente scilicet administratione pubes factus sit, *vt in l. si quis tutor* §. *quid ergo*, *& l. plerumque*, *de ritu nupt.* Ita frequenter nostri loquuntur, inter moras, *l. tutor pro pupillo, de admin. tut. l. non est, ad Trebell. l. fructus, de rei vind. l. vlt. si quis caution.* Et Quintil. in declam. *inter moras iudicij adolescens*; id est pendente lite. Et Suetonius in Othone: *Tumultu inter moras exorto*: & in Nerone, *inter moras perlatos codicillos praeripuit.* Hanc autem Pomponij definitionem se probare Paulus ait, sub hac conditione tamen, quae summam rationem habet, nisi ab initio accessero eo animo, vt gererem vnum negotium pupilli, vel serui, vel filiifam. ac ita finito negotio, discederem: deinde eo pubere, vel libero vel patrefam. facto mutata sententia, alio animo, quasi ad eiusdem alterum & nouum negotium accessero, & nouum, quasi mutata qualitate personae & negotij, hoc enim casu duo sunt negotia, duo contractus, vt in *l. seq.* nec initium prioris negotij spectatur, nisi vsque ad pubertatem, vel libertatem, aut emancipationem. Alterius autem negotij aeque separatim initium spectatur, nec posterius negotium ex prioris initio, aut quae ex eo datur actio, aestimatur, sed vt eleganter ait in fine huius legis; *pro qualitate personarum*. Hoc casu, quia duo sunt negotia, & actio formatur, & condemnatio moderatur. Condemnatio moderatur, inquit, vt M. Tull. de natura Deor. *Ita feruntur, moderanturque cursus. Pro qualitate personarum*, inquit, *& actio*, neg. gest. scilicet, inquit, *formatur, & condemnatio moderatur.* Nam hoc casu, cum sint duo contractus, duo negotia, de negotiis pupilli erit in eum actio in id tantum, quo locupletior factus est, de negotiis puberis erit actio in solidum. Ac rursus de negotiis serui vel filiifam. erit in patrem vel dominum actio de peculio, vel de in rem verso. In patremfam. erit actio, in quantum facere potest. In manumissum nulla erit actio. De negotiis autem liberi hominis vel patrisfam. erit in eum actio in solidum, atque ita vt vides, pro qualitate personarum & actio formatur negotiorum gestorum & condemnatio moderatur. Haec vulgo existimantur difficilima, quibus nihil est apertius.

Ad l. 18. eod. & 19. ad Neratium.

L. 18. Proculus & Pegasus bonam fidem eum, qui in seruitute gerere coepit, praestare debere aiunt: ideoque quantum, si alius eius negotia gessisset, seruare potuisset, tantum eum qui a semetipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum si aliquid habuit in peculio, cuius retentione id seruari potest. Idem Neratius.

L. 19. At qui natura debitor fuit, etiamsi in peculio nihil habuit: & sibi postea soluere debet in eodem actu perseuerans: sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione id praestare cogitur. 1. §. Scaeuola noster ait putare se, quod Sabinus scribit, debere a capite rationem reddendam, *sic intelligi, vt appareat, quid reliquum fuerit tunc, cum primum liber esse coeperit, non vt dolum aut culpam in seruitute admissam in obligationem reuocet. Itaque si inueniatur vel malo more pecunia in seruitute erogata, liberabitur. 2. §. Si libero homini, qui bona fide mihi seruiebat, mandem, vt aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem, Labeo ait: quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate seruili: erit igitur negotiorum gestorum actio: quia & gerendi negotij mei habuerit affectionem, & is fuit, quem obligare possem. 3. §. Cum me absente negotia mea gereres, imprudẽs rem meam emisti & ignorans vsucepisti, mihi negotiorum gestorum, vt restituas obligatus non es. Sed si antequam vsucapias, cognoscas rem meam esse, subiicere debes aliquem, qui a te petat meo nomine: vt & mihi rem, & tibi stipulationem euictionis committat, nec videris dolum malum facere in hac subiectione: ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum tenearis. 4. §. Non tantum sortem, verum etiam vsuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus. Contra quoque vsuras, (quas) praestabimus vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus: seruabimus negotiorum gestorum iudicio. 5. §. Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administraui, postea reuersus est, negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt.*

Adgrediar quaestionem difficilimam, quam Interpp. non explicant, sed difficiliorem reddunt, quae proponitur in *l. 18. de neg. gest.* & initio *l. 19.* & in §. *Scaeuola.* Facitque ad hanc quaestionem plurimum lex 17. quae praecedit. Certissimum est eum, qui gessit negotia alterius tempore seruitutis, post manumissionem eo nomine non teneri actione neg. gest. sicut ex contrario, si quis peculiaria negotia serui gesserit, ei manumisso nulla tenetur actione, quia negotiorum gestio contractus est, *l. 16. h. tit.* & ex contractibus serui naturaliter tantum obligantur, non ciuiliter, vt cum eis agi non possit, *l. 14. & 43. de oblig. & act. & l. seq. in princ. & l. naturaliter, de cond. indeb. l. hoc iure*, §. *si quis seruo, de donat.* Vnde confecta est, & recepta haec reg. iuris: Post manumissionem ex antegesto, id est, ex eo, quod is qui manumissus est, gessit in seruitute, cum manumisso non esse actionem *l. 1.* §. *si apud seruum*, *l. si apud filium, depos. l. tutorem, qui tutelam, de admin. tut. l. si pure, de fideicom. libert. l. prox. sup. l. quae vtiliter* §. *1. inf. hoc tit. & l. 1. & 2. C. an seruus ex suo facto post manumiss. ten.* Ratio superioris regulae est, quia negotiorum gestorum initium spectatur, *l. 15. sup. hoc tit.* Initio autem is qui accessit ad negotia, seruus fuit, aut attigit negotia, quae serui erant, imo & si is qui in seruitute coepit gerere aliena negotia, post manumissionem in eodem actu perseuerauerit, actione negot. gest. tenetur rationem reddere eius tantum, quod gessit post libertatem, non eius quod ante libertatem: videlicet si posterior actus propriam & separatam rationem habuerit, non cõmunem cum priori: Nam si communis sit & coniuncta vtriusque actus & temporis ratio: si posterior actus priori cohaereat, si prioris actus ratio connexa sit posteriori, non ab eo separata, atque diuisa, non tantum posterioris, sed & prioris temporis nomine tenetur actione neg. gest. non vt separentur tantum & disiungantur rationes, quae connexae sunt, quod glossae & Doctores comminiscuntur, sed etiam vt praestentur reliqua rationis vtriusque, vt puta si tempore seruitutis quis aedificare L. Titio coeperit, & post libertatem aedificium consummauerit, posterior actus nexus est priori, & posteriori prior, & vterque venit in actionem neg. gestorum, etiam qui gestus est in seruitute. At si, quod exemplum proponitur in *l. prox. sup.* in seruitute quis aream ei, cuius negotia gerenda susceperat, mille emerit, & in ea quoque area domum male aedificarit, adeo vt corruerit non ita multo post aedificationem perfectam, in libertate autem fundum eiusdem hominis male locauerit: rationes huius & illius actus diuersae & separatae sunt, vt patet satis: & ideo sola locatio fundi venit in actionem negot. gestor. non emptio areae, non aedificatio domus postea collapsae, quae acta sunt in seruitute. Et huic legi prox. sup. coniungenda lex 13. *de tut. & rat. distrah.* quae est ex eodem Pauli libro: possunt etiam adiungi, quae de connexis negotiis & administrationibus habentur in *l. 3.* §. *pen. de cont. tut. act. & l. 5.* §. *si tutor, de admin. tut. & l. 11. C. arbitr. tut. & l. si cognati, C. de neg. gest.* Vnde ita concludamus, regulariter seruum de eo, quod in seruitute gessit, post libertatem conueniri non posse, nec si post libertatem in eodem actu perseuerauerit; vel eo omisso dicamus simpliciter, seruum de eo, quod in seruitute gessit, post libertatem conueniri non posse. Sed addamus exceptionem, nisi in eodem gestu post libertatem perseuerarit, & quod gessit in seruitute connexum fuerit cum eo, quod gessit in libertate, adeo vt nec potuerit vnus gestus expediri sine altero. Addamus etiam, quod erit loco alterius exceptionis, id quod ex sententia Proculianorum, Proculi scilicet ipsius, & Pegasi, & Neratij, dissentientibus Sabinianis, proposuit Paulus *in l. 18.* ex hoc libro, qui est in manu. Idemque Paulus refellit in notis ad Neratium lib. 2. nempe initio *l. 19. seq.* Hoc autem proponit in *l. 18.* ex sententia

Proculianorum, etiamſi vtriuſque temporis ſeparata non connexa adminiſtratio fuerit, quod Baſilica ponunt recte, κἂν μὴ ᾖ ἡ διοίκησις ἡνωμένη, vel ἡ διοίκησις ἐχωρίσθη, manumiſſum perſeuerantem in actu cœpto tempore ſeruitutis bonam fidem debere præſtare, ex bona fide teneri etiam de eo quod geſſit tempore ſeruitutis. Ita ſcilicet, vt ſi ex cauſa negotij geſti in ſeruitute aliquid ei, ad quem negotia pertinent, naturaliter debere cœperit, ciuiliter ex hac cauſa nihil debere poteſt: ſi quid, inquam, ei naturaliter debere cœperit, ſi quid in ſeruitute reliquatus fuerit, quod poſtea potuit a ſemetipſo exigere manumiſſus, & ſibi ſoluere ex peculio, cuius liberam adminiſtrationem habuit, *vt l. naturaliter, de cond. indeb.* eo ſcilicet, quod reliquatus eſt priori adminiſtrationi deducto ſiue retento ex peculio, & reſiduo reddito domino & manumiſſori, videlic. quum peculium ei a domino cum libertate ſimul conceſſum non eſt, ſi tamen id a ſemetipſo non exegerit, ſi id poſt manumiſſionem non deduxerit ex peculio, *vt dixi*, non deductum ſibique ſolutum, aut quaſi ſibi ſolutum non intulerit rationib. eius, cuius negotia gerebat, id eum præſtare debere actione neg. geſt. quia hoc iudicium bonæ fidei eſt, & bona fides poſtulare videtur, vt ei imputetur, quod a ſemetipſo pecuniam debitam ex prima adminiſtratione manumiſſus non exigit, cum in manu eſſet peculium, ex quo eam retinere potuerit, ſicut (qua comparatione Proculiani vtuntur in *l.* 18.) ſicut, inquiunt, etſi alius quilibet liber homo eiuſdem hominis negotia geſſiſſet, nec a ſemetipſo exegiſſet debitum in ipſa adminiſtratione contractum, vel aliud quodcunque debitum, quo tenebatur obſtrictus domino negotiorum, & forte interim tempore liberatus eſſet, id finito aut intermiſſo negotio ei imputaretur, & veniret in actionem neg. geſt. *l. 6. §. vlt. l. 8. in princ. l. qui ſine vſ. hoc tit. l. 9. §. præterea in fine, de pecul.* Et hæc eſt ſententia Proculianorum, quam Paulus refert in hac *l.* 18. non etiam probat, imo eam refellit in *l. ſeq. in princ.* quod ducitur ex eiuſdem Pauli notis ad Neratium, & refellit hoc argumento: ſi ſeruo habente peculium manumiſſionis tempore, nec ex eo retinente, & ſibi ſoluente, quod domino negotiorum in ſeruitute debere cœpit, id ei poſt libertatem in eodem actu perſeueranti imputatur, & deducitur in actionem neg. geſtorum. Par & æquabile eſt, etiamſi nihil in peculio habuerit manumiſſionis tempore, quia id etiam poſt manumiſſionem natura debuit, & manumiſſione non perimitur naturalis obligatio. Quia igitur etiam id poſt manumiſſionem natura debuit, & aliunde quæſita pecunia id ſibi ſoluere potuit, & vt videtur, debuit, ſi id non fecit, æquum eſt, vt hoc ei imputetur finito negotio, & hoc denique præſtet conuentus actione neg. geſt. tam igitur, quod geſſit in libertate, quam quod geſſit in ſeruitute, ſicut vtitur Paulus eadem comparatione in 2. caſu, qua Proculiani vſi ſunt: in priore caſu ſeruus fuit peculiaris, in poſteriore non fuit: ſicut, inquit, liber homo, qui gerendo aliena negotia a ſemetipſo non exegit, quod domino negot. geſt. debuit ex cauſa, quæ certo tempore finiebatur, verbi gratia, ex cauſa actionis redhibitoriæ, ex ædilitio edicto, quæ finitur, & perit tranſactis ſex menſibus, etiam poſt ſex menſes, id quod interim à ſemetipſo non exegit, quamuis tempore liberatus videatur, domino præſtare tenetur actione neg. geſt *l. 8. in princ. ſup. hoc tit.* Denique Paulus ita argumentatur: ſi is, qui peculium habuit, & in ſeruitute aliena negotia gerere, & ex ea adminiſtratione domino negot. aliquid debere cœperit, neque id manumiſſus ex eo peculio retinuit, & ſibi ſoluit, de eo tenetur actione neg. geſt. vt Proculiani dicunt. Æque tenebitur eadem actione ob eandem cauſam, ſi cum peculium non haberet, id quod debere cœpit ex priori adminiſtratione, quam in ſeruitute geſſit, manumiſſus aliunde parata pecunia non intulerit in poſteriorem adminiſtrationem, quia natura debitor manſit etiam poſt manumiſſionem. Quod ſi vtroque caſu, id quod in ſeruitute geſſit, & debere cœpit poſt libertatem, venit in actionem neg. geſt. Falſa igitur regula iuris, quæ dictat, de eo, quod quis in ſeruitute geſſit, eum poſt libertatem non teneri, quia nullus caſus exiſtit, quo ea regula locum habere poſſit, ſi in eodem actu poſt libertatem perſeuerauerit, ſemper domino negotiorum ei imputante, quod manumiſſus confeſtim ſibi non ſoluerit pecuniam, quam in ſeruitute debere cœpit. At profecto falſa ea regula non eſt. Et verius eſt, ſiue peculium habuerit, ſiue non habuerit, ei non imputari, quod a ſemetipſo non exegerit, quod in ſeruitute debere cœpit. Verius eſt, non congruere etiam comparationem liberi hominis, quia liber homo ciuiliter obligatus fuit, & merito igitur a ſemetipſo exigere debet; ſeruus ciuiliter obligatus non fuit, & immerito igitur ei imputatur, quod a ſe non exegerit id, cuius nulla exactio fuerat. Naturale debitum, neque ab alio, neque a ſeipſo exigi poteſt, nec debet. Et hæc eſt mens notæ Pauli ad Neratium.

Ad §. Scæuola.

Quæ poſt hanc Pauli notam ſubiiciuntur in eadem lege 19. *Scæuola noſter,* ait, *putare ſe, quod Sabinus ſcripſit,* &c. omni aſſeueratione confirmo non eſſe ex 2. lib. Paul. ad Neratium, ex quo eſt initium legis, ſed ex libro nono ad edictum, vt lex 18. Quod & legis 21. huius tit. quæ ex eodem libro nono, coniunctio cum fine huius leg. 19. peruincit, & infra monſtrabo apertius, quum explicabo legem 21. Et certum quoque eſt libro ſecundo ad Neratium, Paulum tam vbertim non tractaſſe de negot. geſtis quam facit in hac l. 19. quæ falſo tota, vt dixi. adſcribitur 2. ad Neratium. Quia vero aduerſus ſupradictam regulam, de eo quod quis geſſit in ſeruitute manumiſſum non teneri, etiamſi in eodem geſtu perſeuerauerit, nec connexa vtriuſque geſtus ratio fuerit: quia, inquam, aduerſus hanc regulam, quam Sabinus mordicus tuebatur, Proculus propemodum deſpiciebat; quia aduerſus eam obiici poterat ex Sabino ipſomet, quod idem ſcripſit, ab eo, qui in ſeruitute actum adminiſtrare cœpit, & in eo poſt libertatem perſeuerauerit, a capite rationem eſſe reddendam. Vnde quis diceret ſtatim: ergo ab ipſo initio adminiſtrationis cœptæ in ſeruitute, quamuis connexa vtriuſque temporis ratio non ſit. Ideo eam ſententiam Sabini ex opinione Quinti Seruidij Scæuolæ Paulus ita interpretatur in hoc §: vt non debeat quidem totius adminiſtrationis rationem reddere, etiam eius, quam in ſeruitute geſſit, non debeat ſcilicet eius rationem reddere, quod in ſeruitute improbato more, dolo malo, aut culpa ſua conſumpſerit, neque enim ex eo quodcunque in ſeruitute geſſit, ciuiliter obligatur; etiam ſi dolo malo aut culpa in ſeruitute adminiſtrans negotia, aliquid admiſerit, aliquid inſumpſerit, *malo more,* inquit, *vel erogarit*, id eſt, diſſipauerit, poſt manumiſſionem in obligationem non reuocatur, quinimo eo nomine liberatur, hoc eſt, non obligatur, abſoluitur, ſed debet tantum reddere rationem earum rerum & pecuniarum, quæ ex priore adminiſtratione ſupererant tempore manumiſſionis, vt in *l. ſi pure* (quæ multum ad hunc locum facit,) *de fideicommiſſar. libert.* Ita vt a capite rationem reddere ſit poſterioris adminiſtrationis rationẽ reddere, incipiendo a rebus reſiduis a priore, a quibus poſterior adminiſtratio cœpit, incipiendo ab eo, quod caput eſt poſterioris adminiſtrationis. Et ita, quod dicitur, domino poſtulanti ab aduerſario rationes edi debere, ſic accipi interpretatur lex 10. *§. edi, de edendo,* vt non totum codicem rationum argentarij totaſque membranas inſpiciendi, deſcribendi poteſtas ſit, ſed eius tantum partis, quæ ad inſtruendum eum, qui rationes ſibi edi poſtulat, pertineat, & ſit quodammodo caput ſuæ rei, vel cauſæ: Eodem prorſus modo, quod Sabinus ſcripſit, *a capite rationem eſſe reddendam*, ita accipi debet, vt appareat, quod reliquum fuerit tunc, quum liber eſſe cœperit, hoc eſt, quæ res, quæ corpora reliqua fuerint, quæ pecuniæ fuerint in bonis, non etiam ſcilicet quod abſumptum fuerit dolo malo, vel culpa eius. Et hoc ita intellige ſicut dixi, ſi connexa non fuerit vtriuſque temporis ratio: Nam ſi connexa fuerit, poſterior actus trahit ad ſe

priorem,

priorem, & vterque deducitur in actionem negot. gestorum. Quæ omnia valde notanda sunt.

Ad §. si libero.

Regulariter actio mandati vltro citroque nascitur, si ex mandato tuo tua negotia gessero, actio neg. gest. si sine mandato gessero: hæc nascitur quasi ex contractu, illa ex contractu. Verum in hoc §. datur casus singularis, quo interueniente mandato nascitur actio neg. gest. non mandati, vt si libero homini, qui bona fide mihi seruiebat mandauero, vt negotia mea, vel vt negotium aliquod meum ageret, non est actio mandati hoc casu, quia id non libera voluntate liber homo suscepit, sed quasi ex necessitate seruili, cum existimaret, se esse seruum mandatoris, nec quasi amici, sed quasi domini negotium gessit. Quod valde alienum est a iure & a natura mandati, quod originem trahit ex officio & amicitia, vt ait *l. 1. mand.* vbi officium est, quod vulgo dicimus *plaisir.* Qui putat se esse seruum, iussum eius, quem putat esse dominum, non officiose exequitur, sed necessario. Verum est, hoc casu nego. gestorum actio est, vt hoc loco Paulus ait, quia & gerendi negotij mei ille affectum habuit, & is fuit, qui mihi obligari potuit, nempe liber homo. Atque ita negotiorum gestorum actio est non tantum, si quis nulla cogente necessitate immiscuerit se negotiis alienis, sed etsi necessitatis opinione falsa, *l. 3. §. pen. l. si liber homo, hoc tit.* Nec mutat, quod eum mihi obligare nolui, quem seruum meum esse existimabam, quia plerumque accidit, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio contrahatur, veluti quum per errorem indebiti soluendi causa datur. nam id agitur palam, vt distrahatur obligatio solutione, id agitur palam: tacite autem obligatio contrahitur reddendi indebiti soluti per errorem; quia ea mens intelligitur fuisse soluentis, *l. 13. §. vlt. commod.* Qui tamen §. huic nostro vehementius obstat in eo, quod ait, posita omnino eadem specie, mandati actionem esse, quam esse negat hic §. in quo laborant plurimum interpretes. Sed vt breue faciam in illo §. vlt. corrigit se, dum addit, *vel præscriptis verbis.* quæ est subsidiaria actio, mandati scilicet actionem esse, *vel*, inquit, *præscriptis verbis,* vel etiam, vel potius, vel quod magis est, vt loqui solemus. Et ita in *l. 6. de rescind. vend.* esse actionem exempto vel proximam empti in factum, id est, præscriptis verbis: corrigit se, dum ait, *vel proximam empti in factum,* quia scilicet vtroque loco in hac specie tutius est agere præscriptis verbis, quam mandati, vel etiam neg. gestor. Quod & ad hunc §. suppleri vel subintelligi debet, vt in specie proposita non sit actio mandati, sed negot. gestor. vel potius præscr. verbis, qua experiri tutius est: quia in hac specie non competunt & concurrunt omnia, quæ desiderantur vt proprie competat, vel mandati, vel negot. gest. actio.

Ad §. cum me abs.

Qvi negotia mea gerebat, ab extraneo rem meam bona fide emit, cum ignoraret esse meam, & eam vsucepit, an mihi tenetur actione neg. gestor. vt eam rem mihi restituat? minime, quia sibi non mihi negotium gerere voluit, qui ignoraret eam rem ad mea negotia pertinere. Sed si ante impletam vsucapionem cognouerit, eam rem esse meam, bona fides exigit, vt quamuis postea vsucapionem impleuerit (neque enim interueniens scientia rei alienæ interrumpit vsucapionem, *l. bonæfid. de adquir. rer. dom.*) bona fides, inquam, exigit, vt quamuis vsucapionem impleuerit, vt eam rem mihi restituat actione nego. gest. quam cognouit esse meam ante impletam vsucapionem, nisi scilicet interim subornauerit, subiecerit aliquem, qui ab eo rem vindicaret meo nomine, quæ subiectio caret omni fraude & calumnia, & culpa quoque omni, cum per eam subiectionem mihi rem commiserit, id est, effecerit, vt mihi ea res seruaretur nec vsucaperetur, & sibi quoque commiserit stipulationem euictionis re sibi euicta ab eo, quem subiecit stipulationi euictionis aduersus auctorem suum, aduersus venditorem, atque ita excluserit actionem neg. gest. qua alioqui impleta vsucapione mihi fuisset obligatus: non videtur dolo agere, qui ita agit, vt sibi conseruet actionem de euictione, & vt alij præcidat causam agendi secum, *l. 26. de lib. caus. l. cum pater §. Titio, in fine, de leg. 2. l. 12. de iniur.* Fuit enim ei necesse subiicere aliquem, qui ab eo rem vindicaret, euinceret meo nomine tanquam procurator meus, præstita cautione de rato, vt fieri adsolet, quia statim atque cognouit rem esse meam, non potuit eam mihi reddere, aut inferre rationibus meis sine damno suo, sine periculo amittendæ euictionis suæ, siue auctoritatis aduersus venditorem, quin prius expertus sit per subiectum alium aduersus me, & eam mihi euinceret, quia re vltro illata rationibus meis, non haberet regressum aduersus auctorem suum ex stipulatione euictionis, quia res ei euicta nō est, sed ipse vltro ea se spoliauit. Re tamen sibi iudicio euicta, supposito certo homine, qui eam euinceret, habet actionem ex stipulatu euictionis nomine aduersus auctorem suum, qua omni damno seruatur indemnis. Commodius illi igitur est, ne in damno moretur, subiicere hominem, qui sibi eam rem nomine meo euincat, quam vltro eam rem inferre rationibus meis: iure iudicioq; rem euinci necesse est, vt stipulatio euictionis committatur, *l. euicta re §. 1. l. emptorem, l. non tamen, de euict. l. si seruus, Iud. solui.* Quod & *euincendi* verbum demonstrat. Euincere enim est iudicio vincere, & non vincere tantum, sed etiam auferre rem, & abducere. Nec obstat l. *si dictum §. si cum possit, de euict.* quæ ait, *denegari actionem de euictione emptori, cuius culpa factum, vt cum posset rem vsucapere, eam non vsuceperit:* quia in specie nostra, culpa in emptore nulla est, qui præstitit bonam fidem, quam præstare statim debuit, atque cognouit rem a se emptam ad negotia pertinere, quæ gerit. Denique bonam fidem præstitit, cui præstandæ obnoxius est in gerendis negotiis alienis, qui effecit vt a se cœpta vsucapio interrumperetur supposito aliquo, qui sibi eam rem euinceret nomine absentis domini, cuius negotia administrauit. Suppositio hæc pars est administrationis, quia rem suam domino negotiorum conseruat, simul ac supponenti seruat regressum aduersus auctorem suum, quod omne cum geratur bona fide, reprehendi non potest. Et inuenio similiter, quum abest fraus, suppositionem recte fieri alterius personæ, in specie legis *si debitor tuus, de solut.* Si debitorem meum præsentem & inuitum, qui non vult liberari, ego velim liberare, quid faciam, qui omnimodo volo eum liberare? Possum supponere aliquem a quo debitum nouandi causa stipule. Hoc enim genere debitor velit nolit liberabitur, & expromissor quoque, etiamsi ei non accepto tulerim, si cum eo agam se tueri poterit exceptione doli mali quod non vt ab eo debitum exigerem, sed vt debitorem meum liberarem, ab eo stipulatus sum: quæ est species d. legis, *si debitor.*

Ad §. penult.

In hoc §. ostenditur, in actione negot. gest. directa non tantum sortem venire, sed etiam vsuras, quas ex pecunia aliena negotiorum gestor percepit, ne de alieno lucrum sentiat, *l. itemque §. sed etsi, mand.* vel etiam vsuras, quas percipere potuit, nec percepit. Videlicet (si enim hoc exaudiendum est) si is, cuius negotia sunt, pecuniam fœnori occupare solebat, debuit enim, & qui eius negotia gerenda suscepit, eum imitari, & facere, quod is facere solebat, nec pecuniam eius sterilem & vacuam habere. Et in contraria quoque actione neg. gesto. similiter ostenditur in hoc §. venire vsuras, quas negotiorum gestor præstitit nomine alieno, vel quas ex sua pecunia, quam impendit in negotia aliena percipere potuit is, qui suam pecuniam fœnori occupare solebat, *l. 18. C. eod. tit. l. & in contraria, inf. de vsur.* Quod totum iudex ex bono, & æquo arbitra-

tur, vt eleganter ait *l. si vero non remunerandi §. sed et si reum, mand.* In iudiciis bonæ fidei vsuræ veniunt officio iudicis variis ex causis: in iudiciis strictis veniunt ex vna causa tantum, si nominatim in stipulationem deductæ sunt, non aliter, *l. 7. h. tit.*

Ad §. vlt.

IN hoc §. vlt. ostenditur, si Titio capto ab hostibus eius negotia gessero, quamuis eo tempore negotia dominum non habuerint propter seruitutem eius: nec seruus quicquam intelligitur proprium habere posse: eo tamen postliminio reuerso, vltro citroque esse actionem negot. gestor. quia retro creditur in ciuitate fuisse, nec libertatem vnquam amisisse. Hæc est fictio postliminij, *l. retro, de capt. & postlim. reuers.* Et coniungendus hic §. cum initio l. 21. quæ cum sit ex lib. 9. & §. vlt. adiungit similem casum his verbis, *nam & Seruius respondit, &c.* Nam hic articulus plane coniungit legem 21. cum extremo legis 19. & id vero plane coarguit, quod ante dicebam, & ea omnia, quæ sunt in l. 19. esse ex libro 9. Pauli ad edictum, excepto tantum initio, quod interiectum est ex Pauli notis ad Neratium, ad quam accedo.

Ad l. 21. de neg. gest.

L. 21. Nam & Seruius respondit, vt est relatum apud Alfenum libro trigesimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent, & vnus ea conditione missus, vti pecuniam pro tribus adferret, & nisi rediisset, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reuerti noluisset, & ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam soluissent (Seruius respondit) æquum esse, prætorem in eum reddere iudicium. 1. §. *Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat. Ideoque nihil refert an etiam pupillus heres existat: quia id æs alienum cum cæteris hereditariis oneribus ad eum transit.* 2. §. *Si viuo Titio, negotia eius administrare cœpi, intermittere mortuo eo non debeo: noua tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare, ac conseruare necessarium est, vt accidit cum alter ex sociis mortuus est: nam quæcunque prioris negotij explicandi causa gerentur, nihilum refert, quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoarentur.*

4. §. *Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit, quod is non recte gessit: tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, vt actiones tuas præstes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris: vt quidquid detrimenti negligentia eius fecit, tu mihi præstes.*

CAsus similis est, qui ab initio huius legis 21. proponitur. Tres ciues Rom. capti sunt a Lusitanis, quos diu, cum populo Romano bellum gessisse constat, & rogatu omnium, vnus ex eis impetrauit veniam a duce Lusitanorum: quæ venia συγχωρὴ, dicitur sæpe in Comœdiis Plauti, videlicet, vt sibi domum ire liceret conquirendæ & adferendæ pecuniæ causa, qua tam ipse, quam alij duo redimerentur, vt Basilica ἐφ' ᾧ ἀγαγεῖν ὑπὲρ τῶν τριῶν λύτρα, ea tamen lege, vt si non rediret, alij duo pro eo quoque pretium redemptionis inferrent, quod in idiotismo nostro a Germanico est *rançon*, ex redemptionis verbo deflexum: ille vero tertius noluerit redire, ac proinde alij duo pro eo quoque redemptionem exsoluerint, his reuersis domum, in illum, qui redire in hostes noluit, competit contraria actio nego. gestor. vt ab eo recipiant pretium redemptionis, quod pro eo persoluerunt: actio negot. gestorum, inquam, non mandati, quia non proponuntur mandato eius pro eo interuenisse. ergo actioni negot. gest. locus est non tantum si quis in ciuitate captiui negotia gesserit qui postea in ciuitatem reuersus sit, vt in §. vlt. sed etiam, vt initio l. 21. si captiuus negotium apud hostes gesserit eius, qui cum etiam captiuus esset, missus est ad suos, neque rediit ad hostes: namque postliminio reuersus in eum habet actionem negot. gestorum.

Ad §. qui negotia.

SEquitur in hoc §. eum, qui iacente hereditate negotia hereditaria gessit, ex hac causa se quodammodo obligare hereditati, quæ loco dominæ est, & vicissim hereditatem sibi, eamque obligationem in solidum ad eum, qui postea heres exstiterit, transire vna cum cæteris obligationibus hereditariis, etiam si pupillus fuerit, qui postea heres factus est, quia obligatio ab ipso pupillo non cœpit, sed ab ipsa hereditate. Si obligatio a pupillo cœpisset, non teneretur in solidum, sed in id tantum, quo locupletior factus esset, *l. 3. §. pupil. 6. §. 1. l. de litis contest. hoc tit.* At quia obligatio non cœpit a pupillo, sed ab hereditate, quæ cum iacet quasi domina esse intelligitur rerum hereditariarum, ideo ex ea causa pupillus postea heres factus in solidum obligatur.

Ad §. pen.

IN hoc §. ostenditur, eum, qui viui negotia gessit, & mortui gerere debere, nec ea intermittere, si connexa fuerit vtriusque temporis ratio; vetera scilicet negotia explicare & conseruare debere, non noua adoriri. Quod & vno ex sociis mortuo seruandum esse docet, nempe vt iam cœpta negotia a socio post mortē eius heres eius explicet atque perficiat, non suscipiat noua, *l. heres socij, pro soc.* Morte vnius ex sociis finitur contractus societatis, morte item domini negotiorum finitur contractus, de quo est hic titulus. Morte item tutoris finitur tutela, quæ & contractibus adnumeratur, id est, quasi contractibus. Sed vt heres defuncti socij inchoata per defunctum negotia explicare debet, ita etiam heres tutoris: alioqui teneretur, quasi ex dolo malo, *l. 1. de fideiuss. tut.* Et negotiorum quoque gestor negotia viuo domino inchoata ad extremum perducere debet, quia imperfecti, & inchoati negotij nullus est vsus.

Ad §. vlt.

REstat §. vlt. in quo ostenditur, si me absente, nec mandante, tuo mandatu, L. Titius mea negotia gesserit, eo nomine mihi teneris actione negot. gestorum, quia tu ipse mea negotia gessisse videris: puta si quid minus recte L. Titius gesserit, mihi teneris non tantum, vt mihi actionem mandati cedas aduersus Titium, sed omnimodo vt mihi damnum præstes, quod dolo vel culpa Titij admissum est in rebus meis, quia imprudenter eum elegisti. imprudentia culpa est, & in iudicio negotiorum gestorum non tantum dolus venit, sed etiam culpa, negligentia, imprudens electio. L. Titius autem proculdubio mihi non tenetur actione negot. gestorum, quamuis mea negotia gesserit, quia non contemplatione mei, sed contemplatione tui ad ea accessit: tibi in eum est actio mandati, mihi in eum nulla est actio. Quæ est sententia huius §. vlt. Neque vero ei obstat lex *si is apud quem, depos.* quam obiicit Accursius, quia lex illa loquitur de actione depositi, in qua certo certius est, venire tantum depositarij dolum malum, non culpam. Et ideo depositarius culpæ nomine, si imprudenter alium eiusdem rei depositarium fecerit, & elegerit, cuius dolo res deposita perierit, in hoc tantum tenetur, vt cedat actionem depositi aduersus posteriorem depositarium, & quia nihil ipse dolo malo fecit, culpam admisit, sed in hoc iudicium culpa non venit. Hoc autem loco agitur de actione neg. gestorum, in qua certissimum est non tantum venire dolum, sed etiam culpam, etiam leuissimam. Sicut & in actione mandati, in qua tamen quandoque hoc tantum inest, vt qui conuenitur actori cedat actionibus suis, *l. si procuratorem §. si liber, mand.* sed hoc ideo, quia in specie illius §. is quo cum mandati agitur, omni dolo & culpa caret, & ideo delegatio siue cessio actionum, quam ille

ille facit, aut facere paratus est, pro iusta præstatione habetur, nec quicquam aliud ab eo desiderari potest, in quo neque dolus est, neque culpa.

Ad leg. 40. mandati.

L. 40. Si pro te præsente & vetante fideiusserim: nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est, sed quidam vtilem putant dari oportere. Quibus non consentio. Secundum quod & Pomponio videtur.

SI te mandante libens pro te fideiusserim in rem tuam, non donandi animo, & soluerim, aut condemnatus fuerim: mihi in te competit actio mandati, hoc est certissimum. Cæterum competit eadem actio, si pro te non mandante, sed præsente & tacente, nec recusante fideiusserim, *l. 6. §. si passus, l. quifide, hoc tit. l. 6. C. eod. l. 60. de reg. iur.* Competit mihi actio mandati, si pro te præsente & tacente & patiente fideiusserim, quia taciturnitas consensum imitatur, & consensus mandatum, etiam ex tacito mandato est actio mandati. At si pro te absente & ignorante fideiusserim, & soluerim, aut damnatus fuerim, quod semper exigitur, ex illa causa mihi in te competit actio neg. gesto. quia nullum mandatum intercessit, neque expressum, neque tacitum, *l. ex mandato, mand.* Quod si pro te præsente, & vetante, id est, specialiter prohibente ne fideiuberem, fideiusserim, mihi neque mandati, neque neg. gest. actio competit, ne vtilis quidem, vt definit Paulus in hac l. 10. Actio vtilis datur in casu simili, non in casu dissimili, *l. 5. si mens. fals. mod. dix. l. 29. comm. diuid.* Is autem qui palam & aperte vetat pro se fideiuberi, omnino dissimilis est ignoranti vel tacenti, & non recusanti. Et ideo nec vtili actione tenetur mandati, vel negot. gesto. Quidam dabant vtilem nego. gest. vt Paulus ait: quidam denegabant etiam vtilem, vt Pomponius & Iulianus, quam sententiam Paulus probat. Probauit etiam Iustinianus sublata omni controuersia, *l. vlt. C. de neg. gest.*

Ad l. 24. de admin. tut.

L. 24. Decreto prætoris actor constitui periculo tutoris solet; quotiensque aut diffusa negotia sint, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulet. Si tamen nondum fari pupillus potest, vt procuratorem facere possit, aut absens sit: tunc actor necessario constituendus est. 1. §. Si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente, vel a contutoribus, vel a magistratibus: benigne accipiendum est, etiam vni agere permissum, quia duo simul agere non possunt.

QVod est in hac lege, id etiam Paulus scripsit ad edictum *de neg. gestis*, cum tutorem & curatorem conferret cum procuratore mandatario, & procuratore voluntario, id est, negotiorum gestore, & doceret, quanto interuallo distaret tutor a procuratore vel negotiorum gestore. Et hoc inter cætera, nulla ex causa permitti procuratori vel negotiorum gestori, litium causa, quæ pertinent ad eum, cuius negotia sunt, suo periculo actorem a prætore postulare, & constituere, *l. liberto §. quamquam, de neg. gest.* nec procuratorem facere posse ante litem contestatam. Tutorem vero, etiamsi ante litem contestatam procuratorem facere non possit, *l. neque, C. de procur.* posse etiam ex causa, vt puta, *quotiensque*, vt Paulus loquitur hoc loco, & alij auctores nostri sæpissime, pro *quotiescunque*: *l. 3. Quibus modis vsusf. amitt.* & l. 3. *§. si vsusfructus, vsusfr. quemad. cau. l. in singulis, de ann. leg. l. 1. §. merito, ne quid in loco publico.* quotiensque, inquit, negotia pupilli late diffusa sunt, vel quotiensque tutor longinquo abfuturus est, aut dignitas vel ætas, vel valetudo eius, in quam post susceptam tutelam incidit, id exigit, posse, inquam, tutorem desiderare a prætore vel præside, vt quando ipse omnibus rebus pupilli sufficere non potest, aut nullis pupilli rebus, vt litium sui pupilli agendarum causa, periculo suo actorem decernat, maxime si nec pupillus ipse tutore auctore litem agere, vel procuratorem ad agendum vel defendendum dare potest, forte quia infans, vel absens est, *l. tutor, quand. ex fact. tut. l. solet, de tutel. §. vlt. Instit. de curat. l. 10. C. de appell. l. 10. C. qui dari tutor. l. 1. C. de actor. a tut. seu curat. dand.* Si pupillus infantiam excessit, & præsens est, quamuis tunc ipse litẽ agere possit tutore auctore, vel etiam ad litem facere procuratorem æque tutore auctore, tamẽ etiã actor decreto prætoris vel præsidis, & periculo tutoris constitui potest ex causa, sed non est necesse, si malit pupillus per se litem agere, vel procuratorẽ dare tutore auctore. At si infans vel absens sit, necessario, vt Paulus ait hoc loco, actor constituendus est, ex iusta causa, vt dixi, ab eo actore scilicet exacta cautione de rato, quia domini, id est, pupilli voluntatem non habet, *l. actor, rem rat. haberi.* Constituitur autem vnus actor, non plures. nam & vix per plures lites expediri possint. Qua ratione & pluribus procuratoribus simul datis ad agendum, ex iis vnus tantum adsumitur, nempe is, qui agere occupauerit, cæteri repelluntur, *l. 32. de procurat.* Cui legi cum sit ex eodem lib. licet adsuere, quod Paulus subiicit in hac *l. 24.* Si duobus simul testamento parentis tutela gerenda permissa sit, vel a maiore parte tutorum, vel a prætore, vel præside, vel a duumuiris, etiam vni agere permittendum est, maxime ei, qui diligentior fuerit, qui agere occupauerit, quia & vix duo simul bene agere, & litem exequi possunt. Et eleganter *l. 3. §. apparet, hoc tit.* facilius vnum tutorem exercere, & excipere actiones, ne per multos tutela spargatur. Quod confirmat etiam *l. cum possessor, inf. de censib.* Et ait Paulus hoc loco, benigne vni agere permitti, quia scilicet cum duo plane & diserte simul agere iussi sunt a parente, vel prætore, vel a contutoribus, si ad verba rem deflectamus, nonnisi duo agere possunt. sed benignius est, vt & vni agere permittatur, quoniam id est facilius & pupillo commodius.

Ad leg. 41. ad leg. Falcid.

Dolo carere non videtur, si iam mota quis controuersia hereditatis legata sine cautionibus det.

DOlo, inquit, *carere non videtur*, &c. Hæc lex etiam proprie accommodanda est ad neg. gest. actionem, vt fit etiam ab Accursio in *l. vlt. de neg. gest.* videlicet, vt si is, qui negotia hereditaria gerebat, cum iam mota esset controuersia hereditatis, vel cum iam actum esset petitione hereditatis, soluerit legata, non exactis cautionibus. Recte cautionibus: nam duo complectitur genera cautionum, quæ præstari solent soluenti legata. Vnde hæc est, quæ proponitur in *tit. seq. Quod amplius legatorum nomine legatarius ceperit, quam e lege Falcidia capere licebit, id boni viri arbitratu restitutum iri.* Altera cautio est, *euicta hereditate ei qui legata soluit, boni viri arbitratu legata restitutum iri.* Et hanc maxime cautionem, si non exegerit, qui gerebat negotia hereditaria, cum solueret legata post motam controuersiam de hereditate, eo nomine domino negotiorum euicta hereditate tenebitur actione neg. gestorum, quia dolus in eo est, quod cautionẽ exigere supersederit, *l. Iulianus §. Marcellus, ad exhib.* dolus, inquam, est, vel potius culpa dolo proxima, culpa lata *l. 4. §. hæc actio, tit. seq.* quia in hac lege 41. non dolo facere dicitur, sed dolo carere non videri, id est, proximum esse dolo, quod supersederit eam cautionem exigere. Lata culpa vulgo præsumitur esse dolus: lata negligentia, dolus est: dolus euidens, qui probatur ex perspicuis insidiis, vt ait *l. 6. C. de dolo.* Lata culpa est dolus præsumptus. Fit autem huius cautionis euicta hereditate soluta legata reddi sæpe mentio in libris nostris, *l. 3. §. si legatarius tit. seq. l. quod si possessor, de petit. hered. l. de die §. tutor. qui satisf. cog. l. 1. §. non quærimus, si quis om. causa. test. l. 5. C. de leg. l. vlt. C. de petit. hered.*

Ad l. 51. de solut.

Dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte soluitur. Ex vtilitate enim domini ei soluitur: quam si nescit mutatam, qui soluit, liberatur.

NEgotiorum gestori siue procuratori comparatur actor seruus siue dispensator, quem dominus præposuit calendario, quem dominus præposuit pecuniis credendis & exigendis, *l. solutam, sup. hoc tit. l. solutum §. solutam, de pign. actione.* Comparatur etiam quandoque tutori vel curatori, *l. tutorem qui tutelam, de admin. tut.* Et vt procuratori dato ad exigendam pecuniam recte soluitur, quia ex voluntate domini soluitur, ac proinde is qui ei soluit, liberatur: Ita & certissimum est, seruo dispensatori recte solui pecunias domino debitas, & soluentem liberari, *l. quod seruus, sup. hoc tit.* An vero ei etiam soluitur recte, postquam dominus illum ab illo actu remouit. Et vt hoc loco definit Paulus, vtque comprobat *l. pen. de reb. cred.* comprobant & aliæ innumeræ, a debitoribus quidem scientibus, mutatam esse domini voluntatem, scientibus dispensatorem ab eo actu dominum remouisse, non soluitur recte, & ideo soluendo non liberantur: & ab ignorantibus soluitur recte, licet reipsa iam finitus actus, finita dispensatio sit. Quod tamen benigne receptum est vtilitatis causa, ne debitoribus iusta & probabilis ignorantia noceat.

Ad l. 114. de reg. iur.

In obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.

HÆc etiam lex accommodari potest, & admodum proprie ad speciem *l. 13. de neg. gestis.* in qua, si creditor, cui debentur 50. defuncti debitoris sui negotia hereditaria gesserit, & in ea impenderit 10. ac postea ex venditione rei hereditariæ redegerit 100. eaque reposuerit in arca, nec ex ea pecunia confestim sibi soluerit 60. & mox ea pecunia arca vi erepta sine culpa sua perierit, quæritur, an ab herede postea facto 60. petere possit? Et ostenditur in ea lege, quæ a nobis fusius explicata est, animaduertendum esse, vtrum habuerit iustam causam seponendorum & custodiendorum 100. an non habuerit, de quo si constet, nullus est labor. Nam siue iustam causam habuit, definit perspicue quid statuendum sit, & contra si non habuerit. At si forte id obscurum fuerit, id esse inspiciendum hoc loco ait, quod est verisimilius, & quod plerumque fieri solet. Et ita coaptari debet ad distinctionem *d.* legis 13. vt sit verisimile, eum non sine iusta causa deposuisse 100. in arca quod esset optimus & diligens paterfam. vel si plerumque in ea regione soliti erant facere patresf. quive eorum negotia gerebant: nam in obscuris inspiciendum quid in ea regione frequentatur, vt ait *l. 34. eod. tit.* tunc vero negotiorum gestor possit 60. ab herede petere. Sin autem verisimilius sit, eum imprudentia peccasse, quum deposuit 100. in arca, aut si plerumque solebant homines in ea regione confectam redactamque pecuniam statim erogare in negotia sua, neque otiosam asseruare domi, tum neque possit 50. petere, neque retinere: decem vero, quæ impendit in negotia hereditaria, etiam petere non possit, retinere tamen possit. Quod maxime facit ad illustrandam distinctionem *d.* legis 13. nam posita ea distinctione, & eo definito, quod de quaque parte distinctionis statuendum est, restabat illa inspectio, quid esset dicendum, quidve statuendum, si obscurum fuerit & incertum habuerit ille iustam causam reponendi 100. in arca, an non habuerit. Et huic exemplo conuenienter Ioannes ad hanc regulam, *maiorem,* inquit. 25. *annis verisimilius est non esse lapsum, si industrius appareat.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum decimum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 2. & 7. de calumn.

L. 2. Quin etiam, si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse. Idemque si gratuita pecunia vtenda data sit, aut minoris locata, venditaue res sit. nec refert, ipse pecuniam acceperit, an alij dari iusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit.

L. 7. Si quis ab alio acceperit pecuniam, ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum: vel ab eo, qui negotium meum gerere volebat, & ratum habui: ego dedisse intelligor. Si autem non mandatu meo alius eo, licet misericordia causa, dederit, ne fiat: neque ratum habui, tunc & ipsum repetere, & me in quadruplum agere posse. 1. §. Si, vt filiofamilias negotium fieret, acceptum est: Item si filiusfamilias pecuniam acceperit, vt faceret negotium, vel non faceret: in ipsum iudicium dabitur. Et si alius non meo mandatu ei dederit, ne fiat: tunc etiam ipsum repetere, & me in quadruplum agere posse. 2. §. Cum publicanus mancipia retineret, dataque ei pecunia esset, quæ non deberetur, & ipse ex hac parte edicti in factum actione tenetur.

LEges huius libri pertinent ad eam partem edicti, quæ est de calumniatoribus, & statim ex eo tit. de calumniator. coniunctim explicabuntur l. 2. & 7. Ordo autem hic est edicti perpetui, quem & in ordinatione Pandectarum Tribonianus sequutus est, vt post tit. de neg. gestis statim detur tit. de calumniatoribus, quem ita latius fuisse conceptum constat ex *l. pen. de cal.* de iis, qui pecuniam, vt negotium facerent, aut non facerent, accepisse dicuntur. Nec alia est huic tit. sup. qui est de neg. gestis iungendi proxime, & quasi vinciendi ratio quam commune negotij nomen, licet eadem in vtroque tit. nominis significatio non sit: superior est de neg. gest. hic est de iis, qui pecuniam accipiunt, vt negotium aliis faciant, aut non faciant. Quæ ratio fecit, vt & inf. tit. *de recept.* subiungeretur tit. *naut. caup.* licet idem in vtroque non significet recipiendi verbum. homonymia hoc fecit, non quod vtroque eadem esset eiusdem nominis potestas, eademue notio. Hoc vero edicto de calumniatorib. siue de iis, qui pecuniam vt calumniæ causa negotium facerent, aut non facerent accepisse dicuntur, tenetur actione in factum pœnali, in quadruplum intra annum is qui pecuniam accepit, vt per calumniam alij negotium faceret: quæ actio non datur ei, qui eam pecuniam dedit, quia eam dedit turpiter, *l. 3. §. 1. l. 5. §. 1. hoc tit.* vterque turpiter fecit, qui dedit, quique accepit, vt alij calumnia fiat: sed datur hæc actio ei propter quem pecunia data est, vt ei calumnia fieret. Eadem actione tenetur is, qui pecuniam accepit ab innocente, cui minatur crimen, ne ei calumniæ causa crimen intenderet, neue negotium faceret. Et hæc actio ei datur, qui dedit pecuniam, ne sibi calumnia fieret, quia turpitudo versatur ex parte accipientis, non dantis. Omnis enim est honesta ratio propellendæ calumniæ. Coercetur etiam extra ordinem, siue extraordinario iudicio concussionis, quod criminale est. hoc de quo hic agitur est ciuile. Sed præter hoc iudicium ciuile, coerceri potest etiam extraordinario iudicio concussionis, vel etiam publico iudicio ex *l. Corn. de falf.* is

falſ. is qui pecuniam ſub ſpecie criminis vel accuſationis ab innocente extorquet, *l. pen. hoc tit. l.* 1. *& 2. de concuſſ.* Quo genere Tertull. in lib. de fuga in perſecutione, frequenter, concuti Chriſtianos: *militem*, inquit, *vel delatorem, vel inimicum Chriſtianos concutere & perterrefacere, & nihil Cæſari exigere, imo vero contra Cæſarem facere, quum Chriſtianum humanis legibus reum mercede dimittit*, id eſt, accepta pecunia. Pecuniam autem accepiſſe videtur, vt ait *l.* 1. in *fin. hoc tit.* & qui pro pecunia rem aliquam accipit, quod eſt certum. Verum additur ex hoc libro Pauli in *l.* 2. eum etiam pecuniam accepiſſe videri, qui obligatione aliqua liberatus eſt, vt alij negotium faceret, vel non faceret. *eum quoque*, inquit, *cui gratuita pecunia vtenda data eſt*, id eſt, cui pecunia mutuo data eſt ſine vſuris; vtendi dati nomine non tantũ ſignificatur commodatũ, ſed etiam mutuum, Plaut. in Perſ. *Nummos dares vtendos mutuos.* Sed quæ datur pecunia mutua, datur ad abuſum potius, non proprie ad vſum, dominio in accipientem tranſlato. quæ commodatur, proprie datur ad vſum, dominio non tranſlato ea lege, vt eadem pecunia reſtituatur. Commodantur enim pecuniæ dicis cauſa, vt ait *l. ſæpe, commod.* non vt eas conſumamus, ſed vt eaſdem reſtituamus, vſu earum, in quem eas ſumpſimus, expleto. Ergo hoc loco is, cui pecunia vtenda data eſt, id eſt, abutenda, quod fit credita pecunia. Item pecuniam accepiſſe videtur, qui propter hoc, id eſt, propter calumniam, quam ſe facturum alij in ſe recepit; is, inquam, qui propter hoc, rem minoris emit, aut conduxit. Et addit etiam, nihil referre, vtrũ ipſe pecuniam acceperit, an alij iuſſerit dari, mercedem ſcilicet calumniæ, an vero alij datam ſuo nomine ratam habuerit. Ratihabitio iuſſo ſeu mandato comparatur. Qui iubet accipere, ipſe videtur accipere, *l.* 95. §. *vſumfruct. de ſolut.* Sed vt redeamus ad id, quod eſt initio *h. l.* 2. is etiam pecuniam accepiſſe videtur, qui obligatione aliqua liberatus eſt, quod & repetitur ex d. lib. in *l.* 115. *de reg. iur.* Liberatur quis obligatione plerumque, vel per acceptilationem, vel pacto nudo, & ſiue hoc, ſiue illo modo liberetur, ſemper videtur pecuniam accepiſſe. Ac primum quidem per acceptilationem, quia acceptilatione ipſo iure perimitur obligatio, nec agi cum eo poteſt, cui accepto latum eſt, adeo vt lucrifacere & accipere videatur pecuniam, quæ ab eo peti & exigi non poteſt. Pacto autem, videlicet de non petenda pecunia debita, videtur etiam pecuniam accipere, quia etſi ab eo debitore ipſo iure pecunia debita peti poſſit, quia ex pacto neque tollitur, neque naſcitur obligatio, tamen agentem poteſt repellere exceptione pacti conuenti. Et recte *l.* 3. §. 1. *h. t.* etiam eum, qui depectus eſt, hoc edicto teneri. Quod tamen ne fallamur, ita procedit, ſi pactus ſit quis cum creditore ſuo, ne a ſe pecunia peteretur, cum id ageretur vt per calumniam alij negotium faceret, vt calumnioſam accuſationem aduerſus alium inſtitueret. hoc caſu vtriuſque turpitudo verſatur: & ideo creditor ſi pecuniam petat, omnino repellitur exceptione pacti, quæ replicatione doli infringi non poteſt, quia vbi par turpitudo & delictum verſatur, melior eſt conditio rei, deterior petitoris, *l.* 3. *& pen. de cond. ob turp. cauſ. l.* 5. *C. eod. tit. l.* 2. *ne quis eum qui in ius voc. l. cum par* 196. *de reg. iur.* At ſi debitor pactus ſit, ne a ſe pecunia peteretur, cum id ageretur, vt creditori forte innocenti, faceret negotium, ſane hoc edicto non tenetur, quia exceptio pacti ei prodeſſe non poteſt, & pro eo eſt, ac ſi tale pactum non interpoſuiſſet, propter replicationem doli, qua creditor, ex cuius parte turpitudo non verſatur, poteſt elidere exceptionem pacti. Qua ratione etiam Paulus ait in *d. l.* 115. quod confirmat *l.* 13. *eod. tit.* eum non videri quicquam accepiſſe, qui ſtipulatus eſt certã pecuniam ſibi dari vt alij negotium faceret, aut non faceret, quia ea ſtipulatio per exceptionem doli irrita cõſtituitur, vel etiam ipſo iure per exceptionem doli, ſi ob illam turpem cauſam, ſi ob calumniæ cauſam ſtipulatus ſit certam pecuniam, illa cauſa non expreſſa, cum id tacite inter eum & poſſeſſorem ageretur: nam ſi cauſam expreſſerit, ipſo iure nulla ſtipulatio eſt, *l. iuriſgentium* § *ſi ob maleficium ne fiat, de pact. l. generaliter* 26. *de verb. oblig. l.* 5. *de cond. ob turp. cauſ.*

Paul.

Ad l. 7. de calumniat. cuius verba ſupra ſunt adſcripta.

HIs addamus ex eodem Paulo, quod eſt in *l.* 7. *hoc. tit.* ſi non innocens ipſe calumniatori pecuniam dedit, ne ſibi ſub ſpecie criminis faceret negotium, ſed alius dedit pro eo, ne ei delator faceret negotium, ſi quidem alius dedit mandatu innocentis, vel procuratoris eius, cui vniuerſorum bonorum adminiſtratio conceſſa eſt, vel mandatu amici voluntarij, qui negotium illud eius agere volebat, & is, cuius negotium erat, ratum habuerit, quia ratihabitio mandato comparatur, & retrotrahitur, proculdubio innocenti ex hoc edicto competit actio in quadruplum, quia ipſe pecuniam dediſſe videtur, quæ data eſt mandatu, vel voluntate eius. Voluntatem accipimus pro ratihabitione, *l.* 55. *de ſolut.* Competit ergo innocenti actio in quadruplum ex hoc edicto, quia ipſe pecuniam dediſſe videtur, ne ſibi negotium faceret. Competit etiam innocenti condictio ob turpem cauſam, qua repetat pecuniam datam calumniatori ſiue concuſſori: ſed electa actione pœnali ex hoc edicto, condictio conſumitur. Prima autem electa condictione & repetita pecunia, quam concuſſori dedit, ſupereſt ex hoc edicto actio in triplum in id tantum quod amplius in ea eſt: nam mixta eſt actio, ſi dedit ne mihi calumnia fieret. Et ita explicanda eſt lex 5. §. *vlt. hoc tit.* Sed ſi innocens id neque mandauit, neque ratum habuit, quod alius pecuniam concuſſori dedit, id benigne faciens, & miſericordiæ cauſa ne innocens inique vexaretur, hoc caſu ei, qui pecuniam dedit, aduerſus eum qui accepit datur condictio datæ pecuniæ ob turpem cauſam: aduerſus eum, pro quo dedit, nullam repetitionem habet: ſicut nec is, qui pietatis cauſa impendit in negotia aliena, aduerſus eum, cuius negotia ſunt, vllam actionem habet, *l.* 16. *l. ex duobus* 28. §. *vlt. ſup. tit. prox. l.* 1. 11. 15. *C. eod.* Ergo, qui pecuniam dedit pro innocente, nec quod is gerebat mandante, aut ratum habente, non habet actionem, niſi aduerſus eum qui pecuniam accepit ne vexaretur innocens, veluti condictionem ob turpem cauſam: Verum & hoc caſu innocenti propter quem dedit, competit in concuſſorem actio in quadruplum ex hoc edicto, vt puta ſi concuſſor ab alio acceperit decem, ei qui dedit reſtituet decem, & innocenti 40. nam hoc caſu (quod maxime notandum eſt) quum alius dedit pecuniam delatori, ne alij negotium faceret, actio in factum ex hoc edicto continet meram pœnam: Et ideo cum condictione concurrit omnino, nec per eam conſumitur, aut minuitur: altera alteram non conſumit, aut minuit, quia nec eidem datur vtraque, ſed ei, qui eam numerauit condictio ob turpem cauſam, innocenti actio in factum ex parte huius edicti. nunquam inuenies vt duæ actiones, quæ diuerſis competunt, ſe inuicem conſumant vlla ex parte. Sequitur in hac *l.* in §. *ſi vt filiof. &c.*

Ad §. ſi vt filiofam.

EVm qui accepit pecuniam, vt filiofamil. calumniæ cauſa faceret negotium, non tantum teneri filiofamil. ſed & patri, quod omnino ita fit, ſicut in actione iniuriarum ſi iniuria facta ſit filiofamil. duæ ſunt iniuriarum actiones, & competunt: Vna quæ filiofamil. competit, vel patri filiifamil. nomine, & altera quæ competit patri ſuo nomine, *l. pater* 41. *de iniur.* Duplex enim intelligitur eſſe iniuria, & duplex calumnia, duplex concuſſio. Contra, ait, filiumfamilias, qui turpiter pecuniam accepit, vt alij per calumniam negotium faceret, aut non faceret, ipſum teneri in quadruplum ex hoc edicto, non patrem & filium, & ſi non habeat vnde ſoluat, carcere coerceri. Patrem ante condemnationem filij, & ante damnatum filium ex hac cauſa non teneri. At poſt condemnationem

filij, quod Paulo addendum, in quadruplum patrem teneri de peculio duntaxat, vel de in rem verso, quasi ex contractu *l. etsi condemnatus* 35. *de noxal. act.* quia litis contestatione cum filiofamil. quasi contractum intelligitur. Et licet ex delicto filiifamil. pater non teneatur, tamen tenetur quasi ex contractu. Ergo ex lite contracta, vt Tullius, lites contractas litigando: Hoc enim est, quod dicitur in *l.* 3. §. *idem scribit, de pecul.* iudicio accepto, id est, lite contestata quasi contrahi. Post cōdemnationem ergo filij factam ex hac causa, quasi ex contractu pater tenetur de peculio duntaxat, vel de in rem verso. Post litis contestationem ex eadem causa mortuo filio, quid fiet? mortuo filio post litis contestationem ante condemnationem, constat iudicium transferri in patrem, de peculio duntaxat, vel de in rem verso, *l. tam ex contractibus* 57. *de iudic.* Additur hoc etiam in *l.* 7. si alius sine mandato, aut voluntate mea filiofamil. dederit pecuniam, ne innocenti mihi negotium faceret, æque, vt dictum est supra, in patrefamil. mihi aduersus filium ex hoc edicto pœnalis actio competit ex edicto, non in patrem: in filium quoque datæ pecuniæ condictio competit ei qui dedit, non in patrem, nisi quatenus ex ea re locupletior factus est, vt *l.* 3. §. *pen. de pecul.* Et ita hic locus explicandus est.

Ad § vlt. cum publicanus.

QVod autem proponitur in *hoc* §. *vlt.* valde singulare est: publicanum sub specie vectigalis, quod non debebatur, retinentem mancipia, & vt eadem dimitteret pecuniam accipientem, ex hac parte edicti teneri in quadruplum, quia pecuniam accepit, ne vexaret mancipia, ne iniuria ea detineret. Quo ex loco intelligimus, negotium in hoc edicto non pro lite tantum accipi calumniosa, vel pro accusatione, sed etiam pro vexatione qualibet iniusta.

Ad leg. heres 8. de obseq. par. & patr.

HÆc lex pertinet etiam ad eandem partem edicti, & ait, *eum honorem, quem patrono libertus exhibere debet, non debere etiam eidem patrono exhibere heredem liberti. Imo heredem liberti habere aduersus patronum defuncti omnia iura extranei hominis.* Quod ostendit etiam, quæ ibi non adnotatur, *l. apud Celsum* §. *aduersus, de doli except.* illo loco, *si autem cum herede liberti patronus,* &c. Quorsum id scripsit Paulus? Respiciens proculdubio ad hanc edicti partem, qua libertus non potest agere aduersus patronum, ex hac parte edicti de calumniatoribus, *l.* 5. *hoc tit.* In qua lege animaduertendum est, hanc actionem de calumniat. separari ab actionibus famosis, quibus & multo minus libertus aduersus patronum experiri potest. Huius edicti, inquam, actionem separari a famosis, & non esse famosam: nam & in edicto de his, qui notantur infamia, non numeratur qui hoc iudicio damnatus est in quadruplum, sed qui iudicio publico calumniæ causa damnatus est. Hoc iudicium est priuatum, non publicum. Cum ergo docuisset Paulus, libertum hoc iudicio aduersus patronum agere non posse, quod licet non sit famosum, habeat tamen mentionem turpis calumniæ, docuit, liberti heredem hac actione posse aduersus patronum defuncti experiri, quia ei est pro extraneo. multo plura alia prætor in edicto scripserat de calumniatoribus, & inter cætera proposuerat aliam actionem de calumniatoribus in eum, qui causam non probasset nec obtinuisset, & in eum, qui destitisset a negotio, quod calumniæ causa instituerat. Cuius veteris actionis fit mentio in §. *hæc autem, Inst. de pœn. tem. litig.* & in *l.* 31. *de lib. causa. l.* 4. *C. de fructibus, & lit. exp.* Sed nihil de hac actione proditum in his libris, quia Iustinian. eam sustulerat, vt ipsemet narrat in *d.* §. *hæc autem,* introducto iureiurando propter calumniam, quod initio litis iurat vtraque pars, iurantque patroni vtriusque partis. Et ex his causis maxime quod quis destitisset a negotio, quod calumniæ causa instituerat, fuisse datam actionem, fuisseque de ea actione tractatum a Iureconsultis consequenter his, quæ sup. dicta sunt de actione in factum, intelligimus etiam ex Vlpiani libro 10. ad edictum, quo & de hac actione plura exposuit, & præterea exposuit quid esset desistere a negotio calumniæ causa instituto in *l. destitisse* 10. *de iud.* quia præter hanc actionem in edicto consequenter etiam proposita erat actio ciuilis calumniæ in eum qui destitisset a negotio calumniæ causa instituto.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum vndecimum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 4. 8. 15. de eo quod met. causa.

L. 4. *Ego puto, etiam seruitutis timorem, similiumque admittendum.*

L. 8. *Isti quidem & in legem Iuliam incidunt, quod pro comperto stupro acceperunt. prætor tamen etiam vt restituant interuenire debet: nam & gestum est malo more, & prætor non respicit an adulter sit qui dedit: sed hoc solum quod hic accipit metu mortis illato.* 1. §. *Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interuersurus est, nisi dem: non dubitatur, quin maximo metu compellat, vtique si iam in seruitutem petor: & illis instrumentis perditis, liber pronuntiari non possum.* 2. §. *Quod si dederit, ne stuprum patiatur vir seu mulier: hoc edictum locum habet: cum viris bonis iste metus maior, quam mortis esse debet.* 3. §. *Hæc quæ diximus ad edictum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis: cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.*

PAulus proposuit hoc libro, & interpretatus est varia edicta de restitutione in integrum, ac primum quidem edictum de eo quod vi met. causa gestū erit, quo is qui vi metuve compulsus aliquid fecit, restituitur in integrum, rescisso eo quod fecit, & redintegrata re vel causa, quam amisit, per actionem prætoriam, quod metus causa. Quæ nisi statim ab initio is, qui quid vi extorsit aut metu, monitus a iudice statim rem restituerit vi metuve extortam, datur in eum intra annum in quadruplum, in quo inest etiam simplum, id est, res quæ vi metuve extorta est. post annum datur in simplum tantum, id est, in id quod vi aut metu extortum est, vt id restituatur: Vbi vis accipitur, non pro vi qualibet, sed pro maiore, & atroci, & sæua, vt *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Et metus quoque non pro quolibet metu, sed pro metu maioris malitatis, vt loquitur Vlpianus *l.* 5. quem iustum metum vocat *l.* 7. *& vlt. hoc tit.* magistrianum timorem Fulgentius in explicatione continentiæ Virgilianæ. Huiusmodi est metus mortis, & verberum, & vt Paulus ait in *l.* 4. *hoc tit.* quæ est prima huius libri 11. metus seruitutis, aut similium, veluti vinculorum. Vnde quod & idem Paulus eodem titulo tractat *l.* 8. *hoc tit.* si quis in adulterio deprehensus alienauerit, vel promiserit aliquid ei qui deprehendit terrore mortis vel vinculorum, ex hoc edicto restitui potest in integrum, in eum qui quid ab eo extorsit illato mortis aut vinculorum metu, data actione, quod met. caus. in quadruplum, quæ mixta est actio. Et repetit igitur id, quod is dedit qui deprehensus est in adulterio, vt deprehensi pudoris damnum redimeret. Atqui id turpiter dedit, nempe pro comperto & manifesto adulterio,

adulterio. Verum id quoque non repetit, quasi turpiter, datum, nec enim hoc colore posset agere, sed quasi metu illato sibi extortum inciuili & malo more, vt ait l. 8. quia prætor, qui eum restituit in integrum, dato iudicio quod metus causa, non respicit, an adulter fuerit, atque adeo an turpiter dederit, sed an aduersarius acceperit metu mortis illato. quæ fuerit causa dandi non respicit, sed quis extorquendi mos, qui inciuilis valde est. Et ideo is qui accepit ab eo, qui deprehensus est in adulterio illato metu mortis, aut verberum, præter hoc iudicium priuatum, tenetur etiam publico criminaliter ex *l. Iulia de adult.* quod pro comperto stupro pretium acceperit, ne occideret eum, aut ne proderet adulterium. Super hæc Paulus in h. l. 8. quod dixit in *l.* 4. seruitutis timorem esse iustum timorem, id explanat hoc modo: si cum haberes in tua potestate instrumenta libertatis meæ, & ea posses interuertere, idque te facturum minitareris, si dedero tibi pecuniam vt status mei instrumenta mihi seruares, sane quod ita dedi, maximo metu compulsus dedi. Vtique si cum amissis instrumentis liber pronuntiari non possem, tum dedi, cum iam me peteres in seruitutem, & mihi hunc metum incuteres, non etiam si te tacente, nihilque moliente, egomet mihi solus hunc metum asciuerim, *l.* 21. *hoc tit.* hoc edicto metus coercetur, quem alius intulit mihi, non quem ego mihi ipsi non lacessitus ab alio. Verum hoc casu, quum tibi pecuniam dedi, iam me petenti in seruitutem, ne pergeres petere aut ne instrumenta libertatis meæ, quæ penes te sunt, consumeres, iustissimo metu ductus dedi. Et ideo locus huic edicto est. Imo in hac specie biuium mihi patet ad rem & pœnam persequendam, vel ex super. edicto de calumniat. vel ex hoc edicto, quod met. causa. Vtroque concussio coercetur: sed grauius illo: quia ex illo edicto actio stricta est, ex hoc edicto arbitraria. Et ideo concussor, qui rem restituit, non ideo liberatur illius edicti pœna, *l.* 5. *§. vlt. de cal.* huius tamen edicti pœna liberatur arbitrio iudicis, *l. seq. § licet, l.* 14. §. 1. *l.* 21. §. *vlt. hoc. tit.* quoniam ex hoc edicto datur actio in quadruplum sub conditione, si monitus a iudice rem vi metuve extortã non restituat boni viri arbitratu, vt ait *d. l.* 14. *§.* 1. hoc edicto prætor satis clementer egit, vt daret restituendæ rei facultatem reo, si vellet pœnam euitare. Et ea ratione hæc actio dicitur esse arbitraria, quia reus si pareat iudicis arbitrio monentis vt rem restituat, omnino liberatur. Mox vero hæc ipsa l. 8. timori seruitutis adiungit timorem stupri, & ait eleganter, stupri timorem viris bonis aut honestis mulieribus, quam mortis maiorem esse debere. Et hunc igitur timorem maxime ad hoc edictum pertinere, ac præterea nihil referre hæc, vereamur mortem, seruitutem, stuprum, vincula in nobis, an in liberis nostris. Imo quod liberi nostri nobis sint chariores, quam nos ipsi nobis, eo maiorem esse hunc ipsum timorem in liberis nostris, quam in nobis ipsis. maiorem significat esse charitatem parentum in liberos, quam liberorum erga parentes. Quæ ratio facit etiam in iure, vt facilius ex conuentionibus parentum quorumcunque liberis accommodentur actiones vtiles; (hoc scilicet indulto omnium maximæ affectioni) quam ex conuentionibus liberorum parentibus, *l. Caius* 45. *solut. mat. l. pater, C. de pact. con.*

Ad l. 15. eod. tit.

Aut in id dabitur aduersus cæteros actio, quod minus ab illo exactum sit.

SVperioribus addenda etiam est lex 15. quæ docet, si plures metu illato aliquid alij extorserint, & vnus ex iis rem restituerit, vel condemnatus fuerit in quadruplum, cæteros non teneri actione quod metus causa, nisi in id tantum, quod minus ab illo exactum est: aut si initio ab illo res, vel etiam ex sententia quadruplum exactum sit, cæteros omnino liberari, quia in hac actione semel duntaxat id quod interest quadruplatur, puta extortis decem, 40. præstari satis est. Imo ante sententiam decemre stitutis, omnibus qui metum intulerunt, plena liberatio contingit, quia actoris interesse desiit, qui rem recuperauerit, *l. prox. § pen. & vlt. supra.* Et hoc etiam distat hoc edictum a superiore de calumniatoribus: nam exemplo actionis furti, & pœnalium omnium siue mixtarum actionum quoque in factum, ex illo edicto de calumniatoribus pœnæ petitio est, etiamsi actoris desierit interesse, vt puta restituta re; ac si plures pecuniam acceperint calumniandi, aut non calumniandi causa, singuli tenentur pœnali iudicio, adeo vt non sufficiat vnum eorum pœnam luere: Idque obtinet, vt dixi, in omnibus actionibus pœnalibus, quæ meram pœnam continent, atque etiam in omnibus mixtis, quæ rem & pœnam persequuntur, non etiam in iis actionibus, quæ ab initio in id tantum competunt quod actoris interest, quarum ex numero est actio quod metus causa: nam in eam ab initio venit tantum id quod interest actoris. Quod si reus præstiterit, moremque gesserit arbitrio iudicis, id restituendo omnino liberatur. Ergo actio quod metus causa non est ab initio pœnalis, aut mixta. Quæ ab initio sunt pœnales, aut mixtæ, earum conditio hæc est, vt qui ex earum causa rem restituit, pœna non absoluatur, *l. ita vulneratus* 51. §. *vlt. l. item Mela §. sed si plures, ad leg. Aquil. l. vulgaris* 21. *§. pen. de furt. l.* 1. *§. vlt. si is qui testam. lib. esse iuss. l.* 8. *de iurisdict. l. pen. §. vlt. nequis eum qui in ius voc.* Et aperte in *l.* 1. *C. de condict. furt.*

Ad l. 21. eod.

Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in seruitutem redigatur: cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert. 1. §. *Quod metus causa gestum erit, nullo tempore prætor ratum habebit.* 2. §. *Qui possessionem non sui fundi tradidit: non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum, vel simplum cum fructibus consequetur. æstimatur enim, quod restitui oportet. id est, quod abest autem nuda possessio cum suis fructibus, quod & Pomponius.* 3. §. *Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum nec talem promissionem dotis vllam esse.* 4. §. *Si metu coactus sim ab emptione, locatione discedere: videndum est, an nihil sit acti, & antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonæ fidei obligatione possumus niti, cum finita sit, dum amittitur, & magis est, vt similis species acceptilatione sit: & ideo prætoria actio nascitur.* 5. §. *Si metu coactus adij hereditatem: puto me heredem effici, quia quamuis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per prætorem restituendus sum, vt abstinendi mihi potestas tribuatur. Si coactus hereditatem repudiem, duplici via prætor mihi succurrit: aut vtiles actiones, quasi heredi dando, aut actionem metus causa præstando: vt quam viam ego elegerim, hæc mihi pateat.*

REstat tantũ in hoc tit. ex hoc lib. 11. l. 21. in cuius principio ostenditur, ingratum libertum in seruitutem patroni redigi posse ex lege Ælia Sentia, vt *l. sciendum, de verb. signif.* vel ingrati iudicio extraordinario, *l.* 1. *C. de lib. & eor. lib.* Sed si libertus ingratus, cum nondum peteretur, aut retraheretur a patrono in seruitutem, vltro ei obtulerit certam pecuniam, ne quandoque ab eo in seruitutem repeteretur, hoc casu non competere ei actionem, quod metus causa, quia non patronus, sed ipse sibi hunc metum intulit.

Ad §. 1.

SEquitur, *quod metus causa gestum erit,* &c. Nullo tempore, id est, neque intra annum, neque post annum: nam post annum simpli, id est, eius quod vi, aut metu extortum est, perpetua repetitio est, præterquam si, vt Placentinus & Græci interpretes notant, post tricennium

quis ea actione vti velit. Quod ait nullo tempore, non excludit tricennium: nam personales actiones non durant vltra 30. annos: reales, de quibus est *l.* 3. *C. eod* non vltra 10. annos inter præsentes, & 20. inter absentes.

Ad §. qui possessionem 2.

SEquitur in hoc §. in actione quod metus causa, id tantum quadruplari, si non pareatur arbitrio, quod actoris interest, id est, quod actori abest, *l.* 14. §. *Iulianus, hoc tit.* Et ideo, qui metu compulsus fundum suum tradidit dignum 10. hac actione intra annum 40. consequitur cum fructibus fundi, quia fundus tantum actori abest dignus 10. cum fructibus, vel consequitur simplum tantum, nempe fundum ipsum, aut fundi pretium cum fructibus post annum, vel etiam intra annum consequitur simplum tantum, si reus pœnæ euitandæ causa arbitrio iudicis rem restituat. Qui vero fundum alienum, quem bona fide possidebat, similiter dignum 10. metu coactus dedit, non quanti fundus, sed quanti possessio fundi est, quæ apud eum fuit, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequitur, quia nuda tantum possessio ei abest, non proprietas: neque enim fundus eius fuit, id est, proprietas fundi, sed possessio tantum. quanti fuerit possessio spectatur, non quanti proprietas, fit autem sæpe vt eiusdem fundi alterius sit proprietas plena, aut nuda, alterius possessio nuda, *l. Mæuius* §. *pen. de leg.* 2.

Ad §. si dos metu promissa.

IN hoc §. Paulus docet, hoc esse singulare in dote, si metu illato promissa sit, vt ipso iure nulla nascatur obligatio: & vt igitur cesset hoc edictum, sicut ex *l.* 115. *de regul. iur.* didicimus lib. sup. cessare edictum de calumniat. si quid calumniator stipulatus sit sibi dari, vt alij faceret, aut non faceret negotium, quia ex ea stipulatione, aut nulla nascitur obligatio, aut quæ nascitur per exceptionem infirmatur. Et ita in hoc §. *si dos*, inquit, *metu promissa sit, non puto nasci obligationem, ex hoc edicto scilic. quia*, vt subiicit, *est verissimum nec talem promissionem dotis vllam esse*. Hoc vero in dote promissa iure singulari receptum est: namque alias ex stipulatione metu extorta constat obligationem nasci, sed opponi posse exceptionem metus illati, vel agi posse ex hoc edicto, *l. pen. C. de inut. stip.* Sane hodie in dote promissa non est singulare, quia actio ex stipulatu de dote hodie est bonæ fidei ex constit. Iustin. Et certum est, in omnibus bonæ fidei iudiciis, dolum qui infuit ab initio, vel metum, omnino irritum iudicium facere, irritumque contractum bonæfidei. Et similiter promissio dotis stipulanti facta, hodie ipso iure nulla est. Et generaliter contractus bonæ fidei elicitos dolo vel metu, dicimus στραγγαλιὰς βιαίων συναλλαγμάτων, Esaiæ 58. ipso iure non valere, *l.* 7. *tit. seq. l. in causæ* 2. §. 1. *de minor. l.* 3. §. *vlt. pro soc.* Quod & in hoc §. Græci ita generaliter præcidunt: *dolus*, inquiunt, *vel metus, qui inest, qui initium dat contractibus bonæfidei, eos irritos nullosque constituit.* Vnde quæritur in §. *seq.* si post contractam emptionem venditionem, aut locat. conductionem (contrahuntur autem nudo consensu) re integra metu coactus sim contrario consensu ab emptione venditione, locatione conductione discedere, quæritur, an nihil actum sit, & ideo, an maneat pristina obligatio empti venditi, aut locati conducti? Et ostendit in hoc §. *si metu*, valere quod actum est, vt discederetur ab emptione venditione, etiam si quis coactus fuerit abire contrario consensu. Et ideo huic edicto locum esse, siue actioni quod metus causa. Ratio est euidentissima, quia alia est causa contrahendi negotij bonæfidei, alia distrahendi. In cõtrahendo dolus vel metus qui inest ab initio, qui causam dat contractui, vitiat contractum ipso iure, in distrahendo non item. Et hæc conuentio consensusve contrarius, qui distrahit contractum bonæ fidei, acceptilationi similis est: acceptilatio autem metu extorta valet ipso iure, & ideo quod met. causa nascitur actio, vt rescindatur acceptilatio, vel etiam si id species proposita ferat, nascitur actio in factum de calumniat. *l.* 2. *de calumniat.* Ergo & quod contrario consensu actum est re integra distrahendi contractus gratia, ipso iure valet, quia (quæ est alia ratio) quo minus id valeat, nulla prorsus niti possumus obligatione bonæ fidei, quandoquidem contraria conuentione ipso iure omnis obligatio bonæfidei finita est: *finita*, inquit, *est dum amittitur*. amittitur contrario consensu, vel acceptilatione, *l.* 1. §. *pen. tit. seq.* quia exiit bonis nostris: finitur, quæ prorsus interiit, & quæ amittitur obligatio, profecto etiam finitur, non contra, vt quæ finitur obligatio, vel quæ finitur tempore; non etiam amittitur. Alij sunt amittendi, alij finiendi modi, vt de vsuf. Paulus ostendit, 3. Sent. *vsumfruct. amitti capitis deminutione, in iure cessione, & alijs quibusdam modis, finiri autem morte fructuarij, vel tempore, quum ad certum tempus vsusfructus constitutus est.*

Ad §. pen. & vlt.

IN §. pen. & vlt. ostenditur, eum, qui cogentibus metu illato forte creditoribus hereditariis hereditatem adiit, obligari hereditati, & heredem fieri aditione, *quia* (hæc sunt Pauli verba) *quamuis, si ei liberum esset, noluisset, tamen coactus voluit.* Et eadem ratione, qui metu coactus rem suam tradit, dominium transfert in accipientem: qui metu coactus stipulanti promittit, obligat se stipulatori, quia coactus voluit. sed vt ij restituuntur ex hoc edicto, ita & is, qui coactus adiit, restituitur, data abstinendi facultate, quia ab initio inuitus ad hereditatem accessit, vt *l. si metus, de acquir. hered.* sicut is, qui coactus repudiauit hereditatem, restituitur in integrum datis vtilibus actionibus hereditariis, quod pro simplo est, vel data actione in quadruplum, ex hoc edicto, §. vlt. huius l. Hinc adnotatur atque etiam ex *l. si patre cogente, de ritu nup.* coactam voluntatem, esse voluntatem, non quidem liberam perfectam, aut plenam, sed profectam ab initio inuoluntario. Principium necessitatis, est postprincipium voluntatis, & inspecto principio inuitus heres extitit, vt ait *d. l. si metus*; qui coactus adijt, inspecto post principio volens, aut non nolens heres extitit, Terent. *coactus sua voluntate*, nisi scil. fallens adiit, vt ait *l.* 6. §. *vlt. de acquir. hered.* fallens, id est, simulans se velle cum omnino nollet, quod protestationem seorsim ante factam, declaraturam & probaturam Acc. notat. Et eo iure vtimur. Vlp. autem in fragmentis, quum ait, *non intelligi dominum voluisse, vt seruus liber fieret, qui coactus eum manumisit, & ideo non venire seruum ad libertatem ex lege Iunia Norbana*, respicit ad principium, quod sane in libertatibus debet esse voluntarium omnimodo, vt *l. si priuatus, qui & a quibus manumiss.* In aliis causis postprincipium voluntarium esse satis est.

Ad leg. 2. 4. 10. de dol. mal.

L. 2. *Vel ab eo res seruari poterit.*
L. 4. *Sit actio: vel si ab alio res mihi seruari potest.*
L. 10. *Id est vsque ad duos aureos.*

POst edictum quod metus causa, nunc datur edictum de dolo malo, quo in integrum restituuntur maiores 25. annis, qui aliqua in re dolo malo alterius læsi, & circumscripti sunt, causa cognita, data in eum qui dolum admisit, nisi si rem restituat arbitrio iudicis, actione de dolo, quanti ea res est æstimata iureiurando actoris, quæ actio est famosa. Et ideo nec datur passim & temere: non certe si alia sit actio honestior, qua possit actor ad ius suum peruenire, si possit leuiore iudicio cõfligere, veluti aduersus eum qui dolũ admisit, vel aduersus alium, quo consequi possit, quod sua interest, vel si quæ alia via & ratio suppetat, qua rem quæ sibi abest, seruare possit, vel ab eo qui dolum admisit, vel ab alio quocunque, vt Paulus hoc lib. scripsit, *l.* 2. & 4. *de dolo*, veluti si rem pupillus, quæ sibi abest dolo malo L. Titij, ser-

uare

uare possit a tutore, quo forte colludente aut conniuente pupillus a L. Titio circumscriptus est, vt *l. 5. hoc tit.* Non datur etiam hæc actio, nisi causa cognita, vt nominatim in edicto expressum est his verbis, *si iusta causa esse videbitur.* Actio quod metus causa datur causa non cognita cuicunque postulanti & de plano actio de dolo decernitur verius, quam datur, quia decreto datur, id est, causa cognita, non passim & temere, vt si modica sit summa, in qua quis dolo alterius circumscriptus sit. Hæc non est satis idonea, aut iusta causa dandæ actionis huius, *l. 9. §. vlt. h. t.*

Ad l. 10.

ET modicam summam Paulus in l. 10. interpretatur esse eam, quæ non excedit duo millia sestertium, id est, duos aureos. Cur tantum duobus aureis furto sublatis, aut vi ereptis, vel etiam vno aureo, competat actio furti, aut vi bonorum raptorum, si quæras, & ego vicissim quæram abs te, cur actio furti sit perpetua, actio de dolo malo temporaria? Finitur enim actio de dolo malo anno vtili iure veteri, *l. in honorarijs, de obl. & act.* biennio continuo iure nouo, *l. vlt. C. de dolo.* Quæram item, cur in actione furti dupletur vel quadrupletur verum rei pretium? in actione de dolo id tantum veniat, quanti ea res est, qua de agitur? Vtraque est famosa, & furti & de dolo. Sed cur in iis, quæ dixi, inter se tantum distant? Sane quia non tam facile est, sibi cauere a furto incerti & ignoti hominis, quam a calliditate & insidiis noti hominis, cuius consuetudine vtimur, cum quo forte viuimus, contrahimus, negotiamur, & fabulamur: ideo promptius & plenius subuenitur furtū passo, quam dolum passo. Imprudentia est, & stultitia dolum pati, & culpanda videtur imprudentia eius, qui se circumscribi, quive quid sibi persuaderi patitur in fraudem suam. Quamobrem nec qui se circumscriptos dicunt, facile audiuntur, nisi sint minores 25. annis, non facile restituuntur in integrum, nonnisi stulti, aut non admodum sani, vt qui sunt captu faciles. certe ob modicam summam, si quis te deceperit maiorem 25. annis, eris derisui si petas restitutionem in integrum. Si actionem de dolo malo, non dubito, quin etiam ob rem summamve modicam ex superiori edicto detur actio quod met. causa, *l. 4. supra de restit. in integ.* Quæ enim cautio, aut prouidentia possit vim aut metum maiorem repellere: & dolum effugere prudenti viro non est difficile. Et actionem furti, aut vi bonorum raptorum, etiam ob rem minimam dari ostendit §. 1. *Instit. vi bonorum rapt. & Nouell. 63.* Et eleganter Iulianus antecessor Constantinopolitanus in Nou. 69. *quamuis res, qua de agitur*, inquit, *minima videatur, tamen iusta ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis æstimari debet. Nam quod aliis vilissimum esse videtur, hoc aliis pretiosissimum est.* Ad hæc sciendum est, etiam non esse dandam actionem de dolo liberis vel libertis aduersus parentes vel patronos, quoniam famosa actio est, & earum personarum famæ atque pudori parcendum est.

Ad l. 6. & 12. de obseq. parent. & patro.

L. 6. Nec serui corrupti agetur.

QVod cum scripsisset hoc lib. 11. Paulus, adiecit in *l. 6. de obseq.* quæ est ex eodem libro, nec aduersus parentes & patronos dandam esse actionem serui corrupti: nam & hæc actio serui corrupti turpibus actionibus adnumeratur, *l. nec quicquam, pro soc.* Et quod ait *l. vlt. de ser. corrup.* actionem serui corrupti marito constante matrimonio in vxorem dari, quam interim a marito actione famosa aut pœnali conueniri non posse verum est, *l. 2. C. rer. amo.* id mox ita temperat ead. l. vlt. vt non etiam serui corrupti detur in vxorem in duplum, vt solet dari aduersus alios, sed in simplum tantum. Ergo & vt non formula directa, sed in factum, vt *l. 1. C. de iur. dot.* Nam in factum actio, quæ & vtilis dicitur, omnis actio vtilis est in factum, & retro, *l. verum. in prin. tit. seq. l. si quis vxori §. sed. si filius, de furt.* Actio, inquam, in factum, etiam ex turpi & famosa causa institui potest aduersus quoscunque etiam parentes & patronos, *l. 11. h. t.* ne vt subiicit Paul. in *l. 12.* ex dolo suo lucrentur. non etiam agere formula directa de dolo in parentem, vel patronum, sed ne ex dolo suo lucretur, quem admisit, æquum est, vt in eum detur actio in factum, quæ leuior est verbis actione directa. Et in factum, id est, in rem, quæ admissa est, non in personam quæ admisit; neque enim actio in factum ita concipitur, *si paret te in ea re dolo malo fecisse*, sed concipitur hoc modo facta mentione bonæ fidei, vt scribit Vlp. *l. 11. si paret eam rem non ex bona fide gestam esse.* Eadem est actio vi ipsa, sed tectior. Sicut Tull. 6. ad Attic. ep. 1. Hanc exceptionem edicti facti inter publicanos & prouinciales, *extra quam si ita negotium gestum sit, vt eo stari non oporteat, ex fide bona*, ait, esse eiusdem ponderis & momenti illi, quæ erat in edicto Bibuli, *extra quam si quid vi, aut dolo factum sit, sed tectiorem esse*, nempe verbis temperatam in factum, atque adeo leniorem esse, lenitatem verborum mitigare tristitiam, aut infamiam rei. Lampridius in Alexand. Seu. *Si minus benefactum esset aliquid, etiam ipse conuincebat, idque in factum, & sine amaritudine pectoris.* Vbi in vetere libro additur *ἀσεμνῶς*, *in factum, non in persona*, id est, non notata persona quæ fecerat.

Ad l. 14. de dolo. malo.

L. 14. Quid enim, si impetrauerit a procuratore petitoris, vt ab eo absolueretur: vel si de tutore mentitus, pecuniam accepit: vel alia similia admisit, quæ non magnam machinationē exigunt?

SEquitur in hac lege, etiam pupillum conueniri posse actione de dolo, vt si cum creditoris procurator cum pupillo ageret, nomine creditoris, pupillus ei persuaserit arte & malitia mala, vt se absolui & vincere pateretur, vt lusorie causam creditoris ageret, vt præuaricaretur in sui gratiam, vel etiam, si pupillus adhibuerit falsum tutorem, quo auctore pecuniam mutuam acciperet, atque ita deceperit creditorem, vel etiam si finxerit se esse puberem, vt *l. 4. §. quæ de tutore, de doli excep.* vel vt ait hic Paulus, si quid aliud admiserit, quod non magnam machinationem exigit, id est, quod strui & excogitari possit ab eiusmodi ætatis pueris. Etiam pueri plerique pubertati proximi, imo nonnunquam, ne dum proximi pubertati doli potentes sunt præcoci malitia. Vnde & ex 12. tab. prætoris arbitratu impubes verberari, & noxiam sarcire iubetur, si furtum fecit, vel si frugem aratro quæsitam noctu pauerit, aut secuerit, testib. *Gell.* in fine 11. & Plin. *in* 18. Et impuberem quoque ex criminis causa deportari in insulam, ex criminali iudicio legimus in §. *item finitur, Instit. quib. mod. tut. l. 4. de auct. tut.* Et eleganter Apuleius 2. apologia, hoc magis noxium esse puerum, quod cum venia perniciosus est, & nondum pœnæ, iam iniuriæ sufficit.

Ad l. item exigit prætor 16. eod.

L. 16. Item exigit prætor, vt comprehendatur, quid dolo malo factum sit, scire enim debet actor, in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari.

IN hac lege notandum est, quam distet formula huius edicti a formula edicti superioris. Formula actionis, quod metus causa in rem concipitur, non notata persona eius, qui vim, aut metum fecit, & ideo nec famosa est. Concipitur nempe hoc modo, *si paret me iusto metu perculsum, rem illam donasse, aut vendidisse, aut debitori meo acceptū fecisse*, vel si paret, quid in ea re metus causa gestū esse, *l. 9. §. animaduertendū, & §. vlt. l. 14. in hac actione, supra tit prox.* Deniq; prætor superiori edicto, rem non hominem notat, vt Cic. loquitur pro Milone, *rem non hominem*, inquit, *Senatus notauit.* Et vt edicta, ita formantur actiones. Hoc autē edicto de dolo prætor hominem varium & dolosum notauit, concepta actione non in rem, sed in personam, si paret dolo L. Titij factum esse, *l. 1. §. 1. l. 4. §. pen. de dol. excep.*

l. 15. §. vlt. h. t. Ad quam in hac l. 16. Paul. adiecit, non tantum personam, quæ dolum admisit, in actione de dolo designandam esse, sed etiam rem, in qua dolus admissus est: *nec enim oportet*, inquit, *in tanto crimine vagari*. Et similiter Vlpianus in *l. prætor, in princ. de iniur.* eum, qui famosam actionem intendit, non debere vagari cum discrimine alienæ existimationis, sed certum designare, & specialiter dicere. Exempli gratia, in hac causa, *quid, qua in re, quis dolo malo fecerit*, idque probare ex perspicuis insidiis, vt ait *l. dolum, C. de dolo.* sic legendum illo loco, *insidiis* non, *indiciis*. Et cum ea l. coniungenda lex *metum, C. de iis, quæ vi aut metu.* Hæc metum probari ait ex atrocitate facti, ex atrocitate metus, aut vis illatæ: Illa vero dolum probari ait ex perspicuis insidiis, vt *l. si voluntate, C. de rescind. vend.* dolum argui ex calliditate atque insidiis, ex calliditate igitur euidenti & magna, alioqui cessat actio de dolo *l. 7. §. vlt. hoc tit.* Et ita quoque Basilica interpretantur *d. l. dolum* ἀπὸ ἐπιβουλῶν προφανεστάτων. *ex insidiis*, inquiunt, *manifestis*: Imo & vetus translatio Gallica: *par aperts aguets*: mala fides dicitur probari indiciis, *l. pen. C. de euict.* veluti alienæ rei scientia probatur indiciis: at dolus, non nisi ex perspicuis insidiis. Et ita *l. ea quæ est, de cont. empt.* dolum malum in eo esse, qui insidiose dissimulat, & *l. vlt. C. si adu. vend.* tutorum & curatorum insidias, id est, dolos. Vnde etiam Terent. in Phorm. insidias fecit nostræ adolescentiæ, vbi Donatus dolos, & Psalm. 33. & 49. vbi vulgo dolum & dolos. Cyprian. in epist. 21. insidiose & insidias. Et quod vulgo Esai. 53. neque dolus in ore eius. Lactant. 4. de vera sapient. Neque insidias ore suo locutus est, de domino Saluatore nostro, &c.

Ad l. arbitrio iudicis 18.

L. 18. Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: &, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem & hic, & in metus causa actione, certa quantitas non adijcitur, vt possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit. Sed officio iudicis debet in vtraque actione, taxatione iusiurandum refrænari. 1. §. *Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? veluti si seruus dolo malo traditus defunctus sit: ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris.* 2. §. *Si dominus proprietatis insulam, cuius vsusfructus legatus erat, incenderit: non est de dolo actio: quoniam aliæ ex hoc oriuntur actiones.* 3. §. *De eo, qui sciens commodasset pondera, vt venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si maiora pondera commodauit: id quod amplius mercis datum est, repeti condictione potest, si minora, vt reliqua merx detur, ex empto agi potest, nisi si ea conditione merx venit, vt illis ponderibus traderetur: cum ille decipiendi causa adfirmasset se æqua pondera habere.* 4. §. *Dolo cuius effectum est, vt lis temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait, de dolo dandum iudicium, non vt arbitrio iudicis res restituatur, sed vt tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum: ne aliter obseruantibus lex circumscribatur.* 5. §. *Si seruum quem tu mihi promiseras, alius occiderit: de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant: quia tu a me liberatus sis, ideoque legis Aquiliæ actio tibi denegabitur.*

SIcut actio quod metus causa, quæ proponitur superiori edicto, arbitraria est, ita & quæ in hoc edicto proponitur actio de dolo malo: Idque ostendit initium huius l. 18. actio arbitraria, neque est bonæfidei, neque iudicij stricti omnino, quia neque in ea bonæfidei mentio fit, puta, vt in id damnetur reus, quod ex bona fide eum dare, facere, præstare oportet. Actio arbitraria non ita concipitur, non fit in ea, vt dixi, mentio bonæfidei. Iudex etiam, qui actioni arbitrariæ addicitur, non concludit stricta formula, aut petitione actoris, sed arbitrio eius rei, qua de agitur, restitutio permittitur. Et plerumque in iudiciis arbitrariis res hoc ordine peragitur, vt iudex primum iubeat rem, qua de agitur, actori restitui, quod iussum iudicis arbitrium dicitur, & arbitratus vel arbitratum a Theophil. nostro in *§. præterea, de act.* μεσιτεία. quia quasi medium & sequestrem se iudex interponit initio litis componendæ gratia inter actorem & reum, quum iubet rem statim suam actori restitui cum fructibus, deinde si huic arbitrio pareat reus, absoluitur omnimodo: si non pareat, longe grauior ei infligitur condemnatio, quam ipsius rei. Exempli gratia: iudicio quod metus causa, qui ex arbitrio iudicis rem non restituit actori, vi metuve extortam, damnatur in quadruplum intra annum vtilem, & post annum, in simplum, quanti id actor æstimauerit, iureiurando in litem a iudice delato. In actione autem de dolo, qui non restituit rem actori, vt iudex arbitratus est, damnatur quanti ea res est, id est, quanti actor iurauerit in litem, quanti actor iuratus rem siue litem æstimauerit. Neque enim reo non obtemperante arbitrio iudicis, reo contumace, rem siue litem æstimari æquum est suo pretio, id est, vero & iusto pretio, sed pretio potius, quod ipse fecerit actor, vt rei contumacia plectatur, maiore pretio, iniquiore pretio, *l. 9. rer. amot. l. 8. de in lit. iur. l. nec quasi, de rei vindic.* videlicet nisi actor forte contentus sit vero & iusto pretio, *l. quod si possessor, de rei vindic.* Alioqui potest actor adhibitio iureiurando pretium rei, quæ non restituitur, facere immensum & infinitum, nisi iureiurando, antequam iuraretur, taxationem, quod etiam fit hodie, iudex imposuerit, puta ne actor iuraret supra hanc, aut illam summam. Quin & nulla taxatione imposita iureiurando, id iudex, posteaquam iuratum est, moderari, imo & non sequi potest, *l. 4. §. deferre, & l. 5. de in lit. iur. & l. 3. §. præterea, ad exhib. l. si quando, C. vnde vi.* Et hoc est, quod Paulus ait initio huius legis 18. In hac quoque actione de dolo, nedum in actione superiore quod metus causa, id est, in formula vtriusque actionis, arbitrio iudicis restitutionem comprehendi: Nempe his verbis, *neque ea res arbitrio iudicis restituetur, vt hac l. & l. 14. §. hæc autem, & §. pro eo autem, supra tit. prox.* & in ea orat. in Verrem, quæ est de iure dicundo, *si paret fundum Capenatem illius esse, neque is fundus ei restituetur* (hæc est clausula arbitrij, *neque ea res restituetur*) quam sequitur grauior condemnatio, id est, nisi restitutio fiat. In hac quidem actione de dolo condemnatio sequitur, quanti ea res est duntaxat: in actione quod metus causa, condemnatio sequitur in quadruplum, in hac actione de dolo in simplũ. Ideo autem neque in hac, neque in illa actione adiici certam simpli quantitatem Paulus docet hoc loco, nempe non adiici, vt damnetur reus in centum, & hoc amplius in trecentos, vel vt damnetur in centum duntaxat, sed vt damnetur, quanti ea res erit, non expressa quantitate in quadruplum, vel duntaxat, quanti ea res erit, nempe concepta actione quod metus causa in hunc modum: *si paret rem illam, qua de agitur, quam possidet C. Seius, L. Titio vi metusve causa extortam esse, neque ea res L. Titio restituetur, quanti ea res erit in eius quadruplum C. Seium L. Titio condemna iudex*: & actione de dolo concepta in hunc modum, *si paret in ea re, qua de agitur a C. Seio L. Titium dolo malo captum fraudatumque esse, neque ea res restituetur, quanti ea res erit L. Titio Caium Seium condemna iudex.* Ideo, inquam, non exprimitur certa quantitas rei, de qua agitur, vt contumacia eius qui conuenitur, qui arbitrio iudicis noluit obtemperare, & rem restituere, puniatur reo tanti damnato, quanti actor in litem iurauerit. Quod tamen iusiurandum, vt dixi, priusquam præstetur officio iudicis, in vtraque actione refrænari potest, nimirum hoc prædicto, vt intra certam summam iuretur, non vltra. Iureiurando in litem non punitur culpa rei, sed dolus tantum & contumacia in iudiciis arbitrariis, aut bonæfidei, *l. 1. 2. 5. 8. de in lit. iur.* Verum aliquando, vt idem Paulus hic docet, & in actione de dolo, quod idem dici potest & de actione quod metus causa, non adiicitur clausula arbitrij, *neque ea res restituetur*, sed ea actione agitur stricto iure. Et tum plane non est arbitraria, sed plane stricta, vt si manifestum

festum sit, rem qua de agitur, restitui non posse, puta servum dolo malo traditum, suo fato defunctum esse sine dolo aut culpa rei. Ideoque tunc protinus reus condemnari debet in id quod reuera actoris interest, non pluris quam res est, vt *l. qui restituere, de rei vindic.*

Ad §. pen.

EST & alius casus similis expressus in §. *pen. hac l.* quo actio de dolo non est arbitraria, sed intenditur stricto iure, detracta clausula arbitrij: vt si quis teneatur temporali actione, quæ finiatur sex mensibus, verbi gratia, actione redhibitoria, & is dolo malo faciat, dum affirmat, se statim satisfacturum, dum creditorem lactat & producit spe falsa quamprimum soluendæ debitæ pecuniæ, vt sensim dies actionis, creditore non sentiente, elabatur. Atque ita, si exierit fraude rei dies actionis, si perempta actio sit, quia quo minus actio restituatur, lex impedimento est, quæ certum tempus finiuit actioni: quia igitur & hoc casu restitui non potest, proculdubio reus tenetur stricto iudicio de dolo malo, detracta arbitrij clausula, quæ apponi non potest sine fraude legis, quæ actionem tempore perimi, nec restitui voluit, atque ideo reus protinus condemnatur in id, quod reuera interest actoris.

Ad §. si dominus proprietatis.

FInge: Heres, a quo insulæ vsusfructus Lucio Titio legatus est, insulam incendit in fraudem L. Titij, cui insulæ vsusfructus legatus erat. Quæritur, an eo nomine heres conueniri possit a L. Titio actione de dolo. Et ostendit hoc casu cessare actionem de dolo, quia, inquit, aliæ ex hoc edicto oriuntur actiones. Respicit ad verba edicti, *si de his reb. alia actio non erit*, quibus verbis prætor pollicetur actionem de dolo, si alia non sit. Actio de dolo est subsidiaria. In hac specie est alia actio, ergo cessat de dolo. Imo sunt aliæ actiones, plures igitur. Nam & actio ex testamento legatario competit incensis ædibus, incensa insula, si, vt proponitur, legatus ei vsusfructus nondum traditus sit. Nam si tradito iam, & constituto vsufructu, insulam heres combusserit, cessat actio ex testamento, quia legatum iam heres præstitit. Cessat item si insulæ vsusfructus legatus non sit, sed donatus. Verum competit etiam fructuario actio incensarum ædium in duplum, de qua in *l. iuris gentium* §. *si paciscar. de pact. & Thaleleus in l. 1. C. ad l. Aquil.* Potest etiam fructuario dari aduersus proprietarium actio legis Aquiliæ, quod deteriorem faciat, aut plane nullam vsusfructus causam incensa re fructuaria, *l. sed & si proprietatis, ad l. Aquil.* Et ita est explicanda species huius §. neque cum ea confundenda species legis *repeti* quam adducit Accursius §. *vlt. & l. seq. quibus mod. vsusfruct. amit.* quæ est non de herede, qui incendit insulam fructuariam, sed de herede, qui in area, cuius vsusfructus alij legatus erat, inædificauit, in area fructuaria ædificium imposuit, quo nomine non potest competere fructuario actio legis Aquiliæ, quia ob id area non est facta deterior, imo melior. At competere potest actio ex testamento, sed non si iam traditus sit vsusfructus ex causa legati, vel si non sit testamento legatus. Potest etiam fructuario competere interdictum, quod vi aut clam, vt in *l. seq.* ostenditur *quib. mod. vsusfruct. amitt.* si prohibuit ædificium poni in area, non si non prohibuit, non si id fieri passus est, sciens prudensque, vt *l. si vsusfruct. de aq. & aq. plu.* Vbi autem actio ex testamento deficit, vt in hac specie, & interdictum quoque quod vi aut clam, tunc necessario decurrendum fructuario est ad actionem de dolo, vt ait *d. l. repeti* §. *vlt.* Ergo & in specie huius legis actioni de dolo quandoque locus esse potest, in specie huius §. nunquam ei locus esse potest.

Ad §. de eo qui sciens.

SPecies huius §. hæc est: quidam cum affirmaret, se æqua pondera habere, dolo malo sciens non esse æqua, ea commodauit venditori, vel emptori, quib. venditor merces, quas vendebat emptori ad pondus appenderet. Qua ex re factum est, vt damnum sentiret emptor, quia minora pondera erant, vel damnum sentiret venditor, quia erant maiora. Quæritur, an venditori, vel emptori, sit de dolo actio in eum, qui illa pondera iniqua & falsa sciens commodauit? Et Trebatius indistincte in eum dabat actionem de dolo, sed reprehenditur, quia ita debuit distinguere. Aut placuit inter emptorem & venditorem, vt in his ponderibus quanta quanta essent, merces appenderentur aut traderetur, aut nihil ea de re actum est. Si nihil ea de re actum sit, cessat actio de dolo aduersus eum qui pondera commodauit, quia rem ab alio qui læsus est emptor aut venditor seruare potest, vt *l. 2. & 4. hoc tit.* nempe si maiora pondera fuerint, id quod amplius mercis dedit venditor ab emptore repetere potest condictione indebiti, quasi plus æquo, plus debito dederit. Condictione indebiti, non actione ex vendito, quia id quod amplius est, venditione non continetur. Sin vero minora fuerint pondera, emptor quod deest, actione ex empto a venditore recipere potest, vt *l. si quis a me, de act. emp.* At si hoc actum sit nominatim inter emptorem & venditorem, vt illis ponderibus merces venirent, cessat condictio, & actio ex empto, quoniam in illa pondera contrahentes consenserunt, & tunc iure meritoque in eum, qui sciens commodauit falsa pondera, emptori aut venditori fraudato datur actio de dolo: est distinctio elegantissima. Pono autem in hac specie, neque emptori, neque venditori fuisse notam iniquitatem ponderum: nam si emptor sciuerit esse maiora, quæ sibi commodabantur, præter condictionem indebiti, aut condictionem furtiuam, venditori emptor tenetur actione furti, & non tantum emptor, sed etiam is qui ea emptori sciens commodauit; non actione de dolo igitur, quia competit furti, *l. si quis vxori* §. *si maiora, de furt.* Et contra, si venditor sciuerit ea esse minora, cum eo qui æque sciens ei commodauit, præter actionem ex empto, venditor emptori tenetur actione furti, & is quoque, qui ea sciens commodauit venditori, quasi furi opem tulerit. Posui etiam, ita demum de dolo agi in eum, qui sciens iniqua pōdera commodauit, si ea conditione merx vænit, vt illis ponderibus traderetur, quia hoc casu emptor, aut venditor qui deceptus est, non habet aduersus emptorem aut venditorem actionem ex empto, aut condictionem, nec si sciuerit is, quo cum agit iniquitatem ponderum, nempe quia in illa pondera consenserint: non habet etiam actionem furti directam vel vtilem, neque in venditorem, vel emptorem, neque in eum quidem, qui sciens ea commodauit, eadem ratione, quia cum in illa pondera consenserint nominatim, sane furtum non fecerunt. At si in illa pondera non consenserint, is qui ea commodauit sciens, furti tenetur vtili actione in factum, vt in specie legis *si is qui rem* §. *si tu Titiū de furt.* videlicet si sciens ignorantibus ea commodauerit, tenetur, inquam, vtili furti, non directa: quia ignorantes emptor & venditor nec fraudem participantes, furtum fecisse non intelliguntur. Ergo neque is, qui sciens commodauit, intelligitur opem præbuisse furibus, quia fures non sunt, quibus incognita erat iniquitas ponderum.

Ad §. vlt.

IN §. *vlt.* h. legis, hoc tantum ostenditur, si seruus, exempli gratia, quem tu mihi stipulanti promiseras, antequam moram faceres in eo mihi tradendo, ab alio occisus fuerit, te proculdubio a me liberari, quia homo periit ante moram sine culpa tua, & quia a me liberaris, ideo non habes actionem legis Aquiliæ in eum, qui seruum occidit, quia nihil damni fecisse videris, qui liberatus es. ego etiam non habeo actionem legis Aquiliæ aduersus occisorem, quia dominus eius serui non eram, & actio legis Aquiliæ datur tantum domino, quod est certissimum, sed habeo in occisorem, quod mihi est extremum subsidium, actionem de dolo. Idemque erit si is qui pro te fideiusserat, eum occide-

rit, vt ostenditur in *l. seq. commune, l. 54. ad l. Aq.* Nihil igitur refert extraneus, an fideiussor occiderit, sed creditori siue stipulatori semper salua est in occisorem de dolo malo actio.

Ad l. 20. de dolo.

L. 20. Seruus tuus cum tibi deberet, nec soluendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit, & tibi soluit. Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam: quia nec de peculio vtilis sit, cum in peculio nihil sit: nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit. 1. §. Si persuaseris mihi, nullam societatem tibi fuisse cum eo, cui heres sum: & ob id iudicio absolui te passus sim: dandam mihi de dolo actionem Iulianus scribit.

DVæ in hac lege proponuntur species, quibus deficiente alia actione, aliove remedio iuris, datur ei cuius interest, actio de dolo. Prior species hæc est: seruus, qui domino centum debuit, naturaliter scilicet, cum nihil haberet in peculio, hortatu domini totidem ab extraneo mutuo accepit, & domino persoluit. dominus creditori non tenetur actione de peculio, quia seruus non est peculiatus: non de in rem verso, quia non videtur in rem eius verti debitum, quod ei soluitur, quia iam ante id habuit in nominibus: ergo in re sua: in re nostra sunt etiam nomina, vel in bonis nostris: lucra etiam insperata & aduentitia proprie in rem nostram verti dicuntur, *l. 10. §. si domini, de in rem verso, l. 9. §. proinde, ad Maced.* non tenetur etiam dominus quod iussu, quia non iussit, vt seruus mutuam pecuniam acciperet, sed hortatus est. Et aliud est iubere, longe aliud hortari: iubemus imperio, hortamur impulsu. Tenetur tantum actione de dolo, quia hortatu & imperio eius factum est, vt ea pecunia creditori periret, & sibi cederet. & breuiter, ad pecuniam mutuam sumendam seruum cohortatus est in necem creditoris, id est, de iussu in dominum est actio prætoria quod iussu in solidum: de hortatu actio tantum subsidiaria de dolo, si decipiendo creditorem & suo commodo studuit. Posterior species hæc est. Si socius fueris defuncti, cui heres extiti, & mihi persuaseris iurando, vel alia quadam fallacia, vt ait *l. 23. h. t.* te socium non fuisse defuncti, ne tecum agerem actione pro socio, quia etsi societas morte soluatur, tamen durat obligatio, quæ cœpit a defuncto, vel in defunctum, & heredem eius sequit. *l. verum §. in hered. pro socio.* vel si id tu mihi persuaseris, post litem in te contestatam iudicio pro socio, vt te paterer absolui, quasi non socium defuncti, nulla mihi alia eius fraudis vindicandæ causa actio superest, quam quod supremum est euerriculum malitiarum omnium, vt Cicero loquitur, actio de dolo. Quæ est sent. secundæ partis h. l. 20. Obijcies huic sent. cum Acc. qui in eo laborat mirum in modum, & torquet se nequicquam, adeo vt obliteranda sit tota glossa, obiicies, inquam, legem 25. hoc tit. quæ est ex eod. lib. Pauli, & ex ea efficies in hac posteriori specie cessare actionem de dolo, quod mihi liceat alio remedio ad ius meum peruenire, puta quod mihi liceat rursus contra te agere pristina actione pro socio, quia quandoquidem, etiam si absolutus sis, me patiente & consentiente, eam actionem res iudicata non perimit ipso iure, sed per exceptionem rei iudicatæ, quæ in hac specie potest repelli per replicationem doli mali, si non dolo tuo factum est, vt absolucreris. maior est potestas legis, quam iudicis: lege ipso iure perimitur actio, veluti legitimo tempore, *l. 18. §. pen. h. t.* sententia & absolutione iudicis, non ipso iure, sed per vulgarem exceptionem rei iudicatæ, *§. item si iudicio inst. de excep.* Et species legis 25. hæc est. egi tecum actione, *si certum petatur,* de certa credita pecunia, & litem contestatus sum. tu mihi falso persuasisti, te eam pecuniam soluisse seruo aut procuratori meo, & ob id iudicio absolui te passus sum. Cessat actio de dolo, inquit, quoniam ex integro possum agere de credita pecunia, & te obiicientem exceptionem rei iudicatæ, repellere posita replicatione doli mali, si non dolo malo tuo factum est, & falsa persuasione tua, vt absolucreris. Sed vt liquido respondeam, hoc ideo in illa specie *d. l. 25.* quia sub specie solutionis a te factæ, te absolui passus sum. Et vt apocha, ait, id est, professio solutæ pecuniæ, quam debitori creditor facit, non aliter liberat debitorem, quam si reuera pecunia soluta sit, potest enim esse falsa & imaginaria, potest fieri sub specie mox futuræ solutionis, quæ, data apocha, non sequatur, *l. 19. de accep. §. si obligatum, de solut.* Ita nec res iudicata debitorem liberat, quæ elicita & remissa est sub specie solutionis iam actori factæ, aut hominibus eius, nisi & reuera solutio facta fuerit. At in casu proposito in hac *l. 20. §. vlt.* res iudicata omnimodo liberat debitorem, quia non quasi soluisset absolutus est, sed quasi debitor non esset, id est, socius defuncti, qua spe lata sententia ipso iure obligationem perimit. Pronuntiatur enim nunquam quicquam debuisse eum, vnde petitur, & ita fuisse pronuntiatum, aut sane eam fuisse iudici causam absoluendi rei, ponendum est in *l. 7. §. pen. & l. 14. hoc tit.* qui loci etiam ostendunt, absolutionem iudicis omnimodo perimere obligationem, puta si reus absolutus sit quasi non debitor, & ideo, quasi deficiente alia actione in eum qui absolutus est competere actionem de dolo, si dolo eius factum est, vt absolueretur, nisi paratus sit ex integro subire iudicium quo absolutus est, quoniam in inuitum reddi non potest, quia absolutio prorsus extinxit obligationem & actionem. Et sicut multum interest, vtrum iurauerit quis, se dare non oportere, quia soluerit, an quia non se obligauerit, *l. in duobus, §. si ei qui, de iureiur.* ita sane multum refert, absoluatur quis, quia soluerit, an quia nunquam debuerit, nec cum actore contraxit. Nihil est apertius, quod expediet te, si ob seruaueris diligenter, ab infinitis distinctionibus, quas in hac quæstione Bartolus facit in *l. Iulianus de cond. indeb.*

Ad l. 21. eod.

L. 21. Quod si deferente me iuraueris & absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum: Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam. Pomponius autem periusiurandum transactum videri, quam sententiam & Marcellus libro 8. digestorum probat: stari enim religioni debet.

L. 22. Nam sufficit periurij pœna.

TRanseamus ad speciem propositam in *l. 22.* quæ cohæret cum ea, quam absoluimus. Species hæc est. cum egissem tecum pro socio, me deferente iusiurandum, iurasti nullam fuisse tibi societatem cum eo, cuius heres sum, cuiusque nomine agebam pro socio, & absolutus es quasi non debitor, & non socius defuncti. Iusiurandum rei sequi solet sententia iudicis, *l. cum indebito §. vlt. de probat. l. nam postea §. si damnetur, de iureiur.* Post sentent. & absolutionem iudicis, te peierasse probatum est, an mihi in te competat actio de dolo, qui me falso iureiurando decepisti? nec enim pro socio ex integro agere possum, quia pronuntiatum est, te non fuisse debitorem, quæ pronuntiatio expungit omnino obligationem. An igitur vel superest mihi in te actio de dolo? Sed & me non posse de dolo ex hac causa agere, verius est, quia iureiur. quod tibi detuli, inter me & te transactum videtur negotium, lisque omnino decisa, vt *l. 2. & l. admonendi, de iureiur.* Et ideo stari iuriiurando oportuit, quasi transactioni, etiamsi qua fraus actoris interueniat. Nam, vt Paulus subiicit in *l. 22.* sufficit periurij pœna. Ea vero pœna est vltio diuina, si per Deum peieratum est: vel pœna corporalis, pœna fustium, si per principem peieratum sit, *l. si duo §. vlt. de iureiur. l. 2. C. de reb. cred.* leges periuria puniunt, inquit *l. 2. C. de indi. vid.* periuria, scilicet quæ facta sunt per caput, fortunam, genium, aut salutem principis, non quæ per Deum. Nam hæc homines impunita relinquunt. Vnde & Minutius Fœlix in Octauio: *esse tutius per Iouis genium peierare, quam regis:* Et apud Zosimum lib. 1. *Deo præstitum iusiurand. negligi posse: permissa benignitati diuinæ impij facinoris venia: contra,*

tra, iusiurand. præstitum per genium, vel caput principis, non A *esse fas derelinqui.* Et Tert. in Apol. *Citius per omnes Deos, quam per vnum genium Cæsaris peierari.* Vide Cornel. Tacitum.

Ad l. 27. eod.

Doloue malo eius factum est, quo minus peruenerit.

SEquitur in hac lege, actionem de dolo non dari in heredem eius, qui dolum commisit, nisi de eo, quod ad eum peruenit ex dolo defuncti, id est, quatenus ex dolo defuncti locupletior ad eum hereditas peruenit, vt *l.* 17. in fin. *& l. prox. supra*, doloue malo heredis factum est, quo minus peruenerit, vt Paulus adiicit in *l.* 27. quod & in aliis plerisque causis Paulus adiicere solet, in *l.* 2. *de vi & vi arm.* Idem Paulus eodem tit. in *l.* 29. ait, in heredem de eo, quod ad eum peruenerit ex dolo defūcti, datam actionem non esse famosam, hac ratione, quia calculi potius, quam maleficij ratione heres conuenitur, vt scilicet subducatur ratio eius, quod turpiter defunctus quæsiuit, & in heredem transtulit, & eatenus heres condemnatur, non vlterius. Denique ea de re in heredem esse potius in factum actionem, quam de dolo, nisi dolus heredis proprius arguatur: nam ex dolo proprio tenetur actione de dolo famosa: de dolo defuncti non item. Et ex dolo quoque defuncti duntaxat de eo quod ad eum peruenit, quia calculi potius, inquit, quam criminis ratione heres conuenitur. Quamobrem etiam dicitur, directam quidem actionem mandati, depositi, tutelæ, esse famosam, sed non contrariam: quia in directa actione de perfidia agitur mandatarij, vel depositarij, vel tutoris, de re male gesta, maleue seruata: in contraria actione non agitur de perfidia, sed de calculo, de conferendis rationib. rei gestæ vltro citroque, de ponēda sumptuum ratione factorum in negotia aliena, *l. furti* §. *vlt. inf. de his qui not.* Ad quod pertinet illud Quintil. 7. cap. 5. *In tutelæ, inquit, iudicio solet quæri, an alia de re, quam de calculis cognosci oporteat.* Eademque ratione hæc actio, quæ in heredem datur ex dolo defuncti de eo quod ad eum peruenit, non est temporalis, vt solet esse actio de dolo, sed est perpetua: sicut & in eum, qui dolum admisit, de eo quod ad eum peruenit, de eo quod ex dolo suo compendij fecit, proculdubio est perpetua, *l. proxima supra*, & causæ cognitionem non exigit, *l. seq.* & in ea in litem non iuratur, quia nec maleficij ratio redditur, *l. ei apud quem, in princip. depos.*

Ad l. 7. de rei vind.

Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est: nihilominus a possessore recte petitur, sicut Paulus ait.

AD actionem de dolo pertinet etiam *l. 7. de rei vindic.* quæ est ex eodem libro Pauli: eum qui fundū quem non possidebat cum vindicaretur, quasi possessor defendit, mentitus se eum possidere, & se liti offerens nihil ad se pertinenti, dolo malo forte, vt interim possessor eum fundum vsucaperet, etiamsi absolutus sit, actori teneri actione de dolo, *l. pen. de dolo.* si absolutus sit, iniuria forte aut errore iudicis, quoniam condemnari debuit quasi possessor, quanti ea res ex clausula doli, quæ inest stipulationi iudicatum solui, quæ initio iudicij in rem interponi solet, *l. etiam* §. *non solum, l. qui se liti, de pet. hered.* eoque condemnato in litis æstimationem: nihilominus in verum possessorem fundi actori competit rei vindicatio, quia is, qui se obtulit suo nomine, damnatus est ex proprio dolo, quod deceperit actorem: possessoris nomine damnatus non est, proinde in possessorem integra est actio in rem. Quod etiam confirmat *d. l. etiam* §. *penult. de pet. hered.*

Ad leg. 10. de minor.

Nisi ex magna causa hoc a principe fuerit consecutus.

EX hac l. 10. intelligimus, minorem quam 25. annis natum, qui seruum suum manumisit, non posse restitui in integrum aduersus manumissionem, non posse rescindi manumissionem, imo nec posse eum in integrum restitui aduersus sententiam dictam pro libertate, verum est, *l. 9. de appell. l. vlt. C. si adu. lib.* libertatis maiorem esse fauorem, quam ætatis. A prætore, inquam, minorem non posse restitui in integrum aduersus libertatem, quam seruo suo dedit: a principe solo restitui posse, etiam aduersus liber- B tatem, ex magna causa scilicet, vt Paulus ait, vt puta (quo exemplo Græci vtuntur) si minor 25. annis inconsulto actorem, bonorum suorum dispensatorem manumiserit, cuius damnum ad totius suæ domus euersionem pertineat, vt ait *l. vlt. de offic. præf.* can. 82. *Apost.* Sed etsi a principe minor 25. annis non restituatur aduersus manumissionem, quam fecit temere & inconsulto, tamen integra semper quanti sua interest, ei est aduersus manumissum actio de dolo vel in factum, *l. seq. in princ. l. 2. C. si adu. libert.*

Ad l. 14. eod. tit.

L. 14. Plane quandiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus sit, nihil noui constituendum est in eum, qui C *rem bona fide emerit. Idque & Pomponius scribit.*

EX hac l. 14. intelligimus, restitutionem quam minoribus 25. annis, lapsis, aut circumscriptis dolo aduersarij, vel in re ipsa, prætor causa cognita, se daturum pollicetur, sæpe in personam aduersarij dari, qui circumscripsisse, dicitur minorem, cum quo minor principaliter contraxit; sed & nonnunquam dari in rem, id est, in possessorem rei, in qua minor læsus & circumscriptus est, licet cum possessore eius rei principaliter non contraxerit, vt in h. specie, quæ proponitur *l. prox.* §. *vlt. sup.* minor 25. annis fundum vendidit, & tradidit decreto prætoris vti oportet, & emptor rursus eum fundum alij vendidit: si minor in venditione eius fundi circumscriptus fuerit, potest desiderare restitu- D tionem in integrum, non tantū aduersus priorem emptorem, cum quo contraxit, sed & interdum aduersus posteriorem, cum quo non contraxit, *l. minor, de euict.* maxime si posterior a priore mala fide emerit, id est, si & posterior emptor sciuerit in eius rei venditione circumscriptum minorem fuisse, vel etiam si bona fide emerit, & prior emptor soluendo non sit, adeo vt aduersus priorem inanis sit restitutio in integrum, quæ implere minorem & redintegrare non potest: nam quamdiu prior emptor soluendo est, aut heres eius, nihil noui constituendū est aduersus posteriorem bonæ fidei emptorem, vt Paulus ait in *h. l.* 14. Cur vero si prior emptor soluendo non sit, in posteriorē minori datur restitutio in integrum, cuius beneficio suum fundum ab eo repetat? Sane ratio hæc est, quia minus est E actionem habere, quam rem, vt Pomponius scripsit 28. ad Q. Mutium l. 204. *de reg. iur.* Ex quo lib. Pomponij etiam sumpta sunt, quæ Paulus refert in *l.* 14. *& Vlpian.* in *l. prox.* §. 2. *supra*, Minus est actionem habere, quam rem, quia actio propter inopiam aduersarij, inanis esse potest, actio ἄπορος, vt loquitur Nou. 97. res non potest esse inanis. Vnde sæpe fit, vt qui eligit personam, quam forte opinatur esse idoneam & locupletem, deceptus opinione, rem suam perdat, quàm potius persequi debuit dimissa persona. Tutius igitur esse minori in posteriorem emptorem agere, qui rem possidet, quam in priorem, qui eam non possidet, maxime, si is soluendo non sit, vel si dubitetur, an soluendo sit, seruato tamen posteriori regressu, *sauf son recours*, euictionis nomine aduersus priorem emptorem venditorem suum, *l. seq. & d. l. minor, de euictionibus.*

Ad l. 23. eod. tit.

L. 21. Cum mandatu patris filiusfamilias res administraret, non habet beneficium restitutionis. Nam, & si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura. Sed si euentu damnum minor passurus sit: quia quod praestiterit, seruare ab eo, cuius negotia gessit, non potest, quia is non erit soluendo: sine dubio praetor interueniet. Si autem ipse dominus minor sit, procurator vero maioris aetatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit, nec a procuratore seruari res possit. Ergo & si procuratorio nomine minor circumscriptus sit: imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. Id quod & Marcello placet.

Minor 25. annis mandatu patris, in cuius potestate erat, vel mandatu extranei (*nihil refert*) eius negotia gessit: minor maioris negotia gessit ex mandatu maioris, & forte aliqua in re circumscriptus est. Quaeritur, an eo nomine possit, aut debeat restitui in integrum, aut, vt dicam breuius, quaeritur an procuratori minori 25. annis circumscripto in administratione rei alienae, possit dari restitutio in integrum? Et docet dari non posse, quoniam, si eum restitueris in integrum, ita fiet, vt maiori consulas, cuius mandatu negotium gessit, & cuius damno cedit, quidquid is gessit male, quoniam id omne gessit mandatu eius, vt merito ei imputetur, quod minori sua negotia commiserit. Id vero non est praetoris propositum, vt maiori opituletur & consulat, sed minori tantum, *l. 3. §. sed vtrum, & l. seq. sup. h. t.* Propter maiorem igitur, ad quem rediret commodum restitutionis (sicut ad eum damnum omne administrationis redit) minor non restituitur in integrum. Paul. 1. sent. in eandem sent. qui, inquit, minori mandauit, vt eius negotia ageret, ex eius persona in integrum restitui non potest: Atqui restituto minore, ipse restitueretur, quia restitutio minoris sarciret ei damnum, quod eum contingit. Sed si ex euentu forte ex infortunio damnum omne recidat vel remaneat apud minorem forte, quia quod procuratorio nomine praestitit, seruare a negotiorum domino, qui maioris aetatis est, non potest propter egestatem eius, in quam incidit: tunc sane aequũ est minori subueniri, ne versetur in damno data ei restitutione in integrum aduersus eum, quo cum contrahit, licet cum eo suo nomine principaliter non contraxerit, sed procuratorio nomine, atque ita in rem datur potius, quam in personam. Et hoc si minor mandatu maioris negotia gesserit. E diuerso si maior mandatu minoris negotia gesserit, & damni ex procuratoris administratione aliquid ad dominum, qui aetate minor est, reciderit, dominus beneficio suae aetatis non restituitur, si possit rem seruare a procuratore actione negotiorum gestorum: si non possit, forte quia procurator soluendo non est, etiam tunc aequitas postulat, vt minori subueniatur, ne moretur in damno: quae restitutio est in rem potius, quam in personam. Et haec si minor mandatu maioris: vel retro, minoris mandatu maior negotia gesserit, quae proponuntur *in h. l. 23.* At quid dicemus, si vltro minor accesserit ad negotia maioris sine mandato, vel contra maior ad negotia minoris similiter sine mandatu, si fuerit procurator voluntarius, non mandatarius? Ac primum quidem si minor vltro accesserit ad negotia maioris, & in iis gerendis circumscriptus fuerit, damnum ad eum spectat, qui temere miscuit se negotiis alienis sine voluntate domini. Damnum, inquam, omne ad minorem spectat, non ad maiorem, quo ignorante gesta sunt negotia. Et ideo minor est restituendus in integrum, quia versatur in damno: aut si nolit restitui, ne ea res prosit maiori, ab eo conuenietur actione negot. gestorum, qua saltem compelletur ei cedere beneficium restitutionis in integrum, atque ita propter minorem resarcietur omne damnum. Beneficium restitutionis, sicut alia quaelibet actio, alij potest cedi, vt in *l. seq. & in l. si minoris 25. de admin. tut.* Sin autem maior accesserit vltro ad negotia minoris sine mandato, hoc quoque casu minor non est restituendus, si rem a procuratore voluntario seruare possit actione negot. gestor. Sed si eam rem ab eo seruare non possit, tum restituendus est in integrum. Quae est definitio huius quaestionis. Porro ex hac lege intelligimur, minorem 25. ann. ad administrandum procuratorem fieri posse. Nec mirum, cum & impubes possit, *l. 3. §. vlt. sup. h. t.* cumque etiam ad lites, quae res est maioris momenti, minor 25. annis procurator fieri possit, *l. minor, de procurat.* In cuius interpretatione ne cauillemur quominus dicamus, quod dicit aperte, minorem 25. ann. litis alienae iustum esse defensorem, minorem 25. ann. posse procuratorem esse ad defendendum, vel ad agendum, quoniam dicit ex ea causa eum restitui posse in integrum, si non esset procurator iustus ad lites, frustra desideraret, minor qui interuenisset liti alienae qui circumscriptus est se restitui in integrum: sed ideo postulat se restitui in integrum, quia intercessit recte, & quia se obligauit cautione iudicatum solui, aliter non fuisset admissus ad defendendum. Nemo est idoneus defensor litis alienae sine cautione iudicatum solui. minor ergo 25. annis potest esse procurator etiam ad lites, modo tantum non sit minor 17. ann. vt ait *§. iustae. Inst. quib. ex cau. manumittere non*, qui §. est accipiendus de procuratore ad lites, quia loquitur de seruo manumittendo, in hoc, vt domini procurator fiat, & seruum vtique non est necesse manumitti, vt procurator fiat negotiorum domini: nam ad administrandum & domini cuiuscunque seruus, idoneus procurator est, sed maxime necesse est seruum manumitti, vt sit procurator ad agendum vel defendendum: alioqui neque suo, neque alieno nomine seruus in iudicio stare potest. Vis seruum tuum tibi esse procuratorem ad lites? manumittito illum, & praeterea, ne facito illum procuratorem ad lites, antequam attigerit 18. annum, compleuerit 17. nam ante aetatem, quae appellatur plena pubertas, Arriano *in Indicis* prima & summa lanugo: hanc, inquam, aetatem, id est, plenam pubertatem praetor moderatam esse ratus est ad prodeundum in forum, *l. 1. §. initium, de postul. §. vlt. Inst. quib. ex causs. manum. non lic.* qua aetate etiam Romae adolescentes olim deponebant togam praetextam, & bullam auream, & sumebant togam virilem, & in forum deducebantur, vt Augustus teste Sueton. & Dione etiam protinus ab ea aetate liberis Senatorum clauum induere, & curiae interesse permisit. Ergo de procuratore litium est accipiendum, non de procuratore negotiorum, quod exigit *d. §. iustae*, ne scilicet procurator, neve qui manumittitur seruus procuratoris habendi causa, minor sit 17. annis. Id vero est, vt sit maior 17. puta vt 17. compleuerit annum, 18. attigerit. Atque ita etiam est accipiendum, quod Vlpian. exigit *l. 13. de manumissis vind.* sicut Flor. & Basil. scriptum habent, ne is, qui manumittitur procuratoris habendi causa ad lites, sit minor 18. annis, id est, vt attingat 18. annum. In illo autem *§. iustae*, ne sit minor annis 17. id est, vt expleuerit 17. annum, in *§. iustae* non minor dicitur ratione completi anni 17. *in l. 13.* non minor dicitur esse ratione incoepti anni 18. Facessant igitur, qui in *d. §. iustae*, dum haec nesciunt distinguere, pro 17. ponunt 18. propter *d. legem 13.* quae si habeat 18. nec tamen ideo dissentit a *§. iustae*, qui habet 17. sed non eodem modo vtroque loco minor dicitur. Facessat etiam longe error Doctorum, quem & Pontifex Romanus canonis siue decreti auctoritate donauit, *cap. 5. de procurat. lib. 6.* sicut & alij profecto plerique eorum hominum errores transierunt in decreta, vel mores, qui in regionum leguntur consuetudinibus, quive in decretis longe aberrantes a iure Romano, ea omnia vtique sine dubio sumpta sunt ex commentis Doctorum, quibus nunquam bene notum fuit ius ciuile, cum & huius iuris sermo plane eis esset incognitus. Facessant etiam, inquam, qui hanc differentiam esse constituunt inter procuratorem negotiorum & procuratorem litium, quasi procuratorem negotiorum maiorem esse oporteat 17. annis, cum & impubes possit

possit procurator esse negotiorum. Quidni enim? si quis ei stultus committat sua negotia, sicut & institor potest alienæ mercis esse *l. 7. §. vlt. de instit. actio.* & quasi procuratorem (vt iidem illi domini statuunt) litium, maiorem esse oporteat 25. annis, cum in eo sufficiat plena pubertas, id est, ætas 18. annorum inchoata, qua sumebatur virilis, & forensis toga, & qua quis poterat adscribi in numerum aduocatorum, *d. l. 1. de postul.* Cuius muneris aduocatorum maior dignitas est, quam procuratorum ad litem, quandoquidem corpus eorum esse dicitur seminarium dignitatum, in Nou. Valent. de post. His quæ certissima sunt, consequens est, vt & in *l. exigendi, C. de procurat.* quæ in procuratore ad litem exigit legitimam ætatem, legitimam ætatem accipiamus pro plena pubertate, id est, ann. 18. inchoatis, quoniam maiores nostri hanc ætatem idoneam esse rati sunt ad prodeundum in forum, ad ingrediendam curiam. Facessant etiam, qui illum §. *iuste*, accipiunt de procuratore negotiorum, cum, vt vno verbo dicam, & seruus, & impubes procurator negotiorum esse possit, nec sit igitur necesse, seruum manumitti, vt negotiorum procurator sit.

Ad leg. 26. eod.

Quod si de speciali mandatu dubitetur, cum restitutio postuletur: interposita stipulatione ratam rem dominum habiturum, rei potest mederi. 1. §. *Quod si is qui circumscripsisse dicitur, absit: defensor eius satis iudicatum solui dare debebit.*

POstremo notandum est ex hac lege, minoris nomine procuratorem non posse petere restitutionem in integrum, etiamsi habeat generale mandatum de vniuersis negotiis gerendis, sed opus esse speciali mandato. Quod ita seruatur hodie: Procuratorem igitur minoris nomine non posse petere restitutionem in integrum, nisi habeat speciale mandatum, vel si dubitetur de mandato, nisi caueat de rato: non posse etiam absentem, aduersus quem minor postulat restitutionem in integrum, per procuratorem defendi, nisi caueat iudic. solui, secundum vulgarem regulam, *neminem sine satisdatione iud. solui idoneum defensorem esse litis alienæ.* sed & hic nonnunquam etiam de rato cauet, vt in hac *l. 26.* Acc. notat recte ex *l. non solum* §. *est & casus, de proc.*

Ad l. 3. de cap. minut.

L. 3. Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, cum in aliena potestate sint, & cum familiam mutarint. 1. §. *Emancipato filio & cæteris personis capitis minutio manifesto accidit: cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam seruilem causam deductus. Aliter atque cum seruus manumittitur: quia seruile caput nullum ius habet: ideo nec minui potest.*

EX hoc edicto de cap. minut. quod proponitur in *l. 2.* sublata actio capitis deminutione minima, puta debitore familia mutato, salua ciuitate & libertate, quod fit per adoptionem vel adrogationem, & conuentionem in manum, vel emancipationem: Actio, inquam, hoc genere amissa ex hoc edicto restituitur creditori in debitorem, perinde atque si debitor capite minutus non fuisset & restituitur in solidum, vel in emancipatum causa cognita in id tantum quod facere potest, secundum id, quod est proditum in edicto, *quod cum eo qui in alien. potest.* Actio extinguitur vel amittitur omni capitis deminutione debitoris; actio scilicet quæ ex contractu vel quasi contractu venit: nam quæ venit ex delicto reo capite deminuto, non perimitur *l. 2. §. nemo. l. 7. §. iniuriarum, hoc tit.* nemo delictis exuitur capitis deminutione. Contractibus tamen exuitur quasi nouus homo, aut non is, qui fuit contractus tempore, quoniam cap. deminutio mutauit statum hominis, conditionem hominis, mutauit statum capitis. Et actio quidem ex contractu perempta maxima cap. deminutione, per quam ciuitas & libertas amittitur, vel perempta media capitis deminutione, per quam sola ciuitas amittitur, non libertas. Ita amissa actio in capite deminutum restitui non potest, quia cum seruo nulla talis actio est. Seruus nulla tali actione conuenire aut conueniri potest. Cum peregrino autem, id est, cum eo, qui passus est mediam capitis deminutionem, potest esse actio. Vnde & in vrbe erat prætor peregrinus, qui ius diceret inter ciues & peregrinos, sed æquum non est, cum eo, qui ex ciue factus est peregrinus & exul, & cui, vt fit semper, simul adempta sunt omnia iura, omniaque bona, & in fiscum redacta, æquum non est, vt ex ante gesto conueniatur, quasi mortuus. Imo vero quasi mortuus liberatur ex ante gesto, qui amissa ciuitate nudus exulat, nec restitui in eum vtilis actio potest, *l. 7. §. vlt. hoc tit. l. 3. inf. de sent. passis*, nisi beneficio principis bona cum dignitatis restitutione concessa recuperauerit, vt ait *d. lex 3.* Nam princeps restituendo eum in integrum, & concedendo ei bona, quæ habuit olim, etiam obligationes videtur concedere, vt eodem lib. Paulus scripsit *l. 21. de verb. signif.*

Ad l. 21. de verb. signif.

Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere.

PRinceps, inquit, *bona concedendo, veluti deportato in insulam, & ciuitati postea restituto, videtur etiam ei obligationes concedere.* Obligationes, inquam, vel actiones, non eas tantum, quas habuit, sed etiam eas, quibus obstrictus fuit ante capitis deminutionem, obligationes actiuas, & passiuas, vt loquuntur, *d. l. 3. de sent. pass. l. 4. C. eod.* Et ita illa *l. 21. de verb. signif.* est coaptanda huic edicto de cap. minutis. Cæterum etsi maxima aut media cap. deminutione debitor liberetur, nec restitui in eum actio possit, excepto illo casu, datur creditoribus tamen vtilis actio in solidum aduersus fiscum, ad quem bona eius peruenerunt, quasi aduersus successorem quasi demortui hominis, & nisi fiscus defendatur, creditores mittuntur in possessionem eorum bonorum, *l. 2. §. 1. l. 7. §. pen. l. si debitori, de iudic.* Actio autem ciuilis, quæ perempta est minima capit. deminutione, a prætore restituitur creditori aduersus eum ipsum, qui capite minutus est, & quasi quodammodo ex naturali obligatione, quæ remansit, quasi non perempta minima capitis deminutione, in illum, qui capite minutus est, datur actio, id est, in eum, qui ex patrefam. per adrogationem factus est filiusfam. nisi scilicet creditor ipse eum adrogauerit, quia eo casu, quo minus restituatur actio creditori in debitorem, patria potestas impedimento est, quam creditor in debitorem per adrogationem habere cœpit, *l. 2. §. vlt. de adopt. l. 11. de iudic.* At si alius non creditor debitorem aliorum adrogauit, creditoribus in adrogatum restituitur actio non tantum in personam, sed etiam, quæ mixta est tam in rem, quam in personam, petitio hereditatis, *l. si a domino §. sed & a filiofam. de petit. hered.* In adrogatorem vero, an datur actio ex eo, quod ante adrogationem gessit siue contraxit is, qui adrogatus est? Et fuit hac in re dissensio inter Sabinianos & Proculianos. Sabiniani in adrogatorem existimabant ex ante gesto non posse dari actionem de peculio, quæ sola videbatur posse suppetere, *l. in adrogatorem, de pecul.* Et hac ratione nitebantur, quia & eo tempore, quo adrogatus contraxit, & se obligauit creditori, adrogator non habuit eum in potestate. ex post gesto tenebitur quidem adrogator de peculio, *l. 7. de pecul. leg.* sed non ex ante gesto, vt illi existimabant. Proculiani autem etiam ex ante gesto in adrogatorem dabant actionem de peculio. Quorum sententia obtinuit, & a Iustiniano comprobata est, hoc addito, quod seruari constat in actione de peculio, *l. Fulcinius, §. si quis actione, quibus ex caus. in possess. eatur.* vt si conuentus adrogator actione de peculio filijfam. adrogati nomine, eum

filium non defendat, permittatur creditoribus bona poſſidere & diſtrahere, quæ adrogator habuiſſet, ſi ſe adrogandum non dediſſet, §. *vlt. Inſtitut. de adquiſ. per adrog.* Et ad confirmationem ſententiæ Proculianorum facit *lex pen. de adoptio.* quæ generaliter definit., onera eius, qui adoptatur, vel adrogatur, tranſire in adrogatorem. Adrogatus patitur minimam capitis deminutionem, quia familiam mutat, ex ſua nimirum propria tranſeundo in alienam, & ex patrefam. filiusfam. fit. Liberi quoque eius, qui adrogatus eſt, ſequuntur adrogatorem patris, & in eius poteſtatem tranſeunt, exeunt poteſtate patris naturalis, *l. 15. de adopt.* atque ita liberi etiam adrogati familiam mutant & patriam poteſtatem. Et hoc eſt quod Paulus ait initio legis 3. *hoc tit. Liberos, qui adrogatum parentem ſequuntur minui capite, cum in aliena poteſtate ſint, & cum familiam mutarint.* Hæc de adrogato. In filio a patre naturali in adoptionem dato id eſt manifeſtius, & eum quoque ſcil. capite minui, quia a patre naturali dabatur in adoptionem per emancipationem, id eſt, imaginariam venditionem, filio redacto in poteſtatem adoptatoris, *l. vlt. C. de adopt.* Tertullianus in Apologetico: *Adoptandos melioribus parentibus emancipatis, id eſt,* diuenditis per æs & libram. Sueton. in Augu. *Auguſtum Caium & Lucium adoptaſſe domi emptos per æs & libram a patre naturali.* Idemque Gell. 5. capit. 19. Qua ratione etiam liberi, qui a parentibus, qui eos in poteſtate habent, ſui iuris fiunt, capite minuuntur, quia id fit illis emancipatis, id eſt, venditis extraneo per æs & libram, venditis nummo vno, venditis aſſe Caiano, vt Statius loquitur, quæ venditio imaginaria eſt, quia non interuenit verum pretium, deinde iiſdem ab emptore manumiſſis. qui mos etiam hodie ſeruatur in Moſcouia, vt Sigiſmundus Baro ſcribit, Moſcouitarum rerum optimus ſcriptor. Liberi emancipati, inquit Paulus, in hac lege 2. capite minuuntur, quia emancipari nemo poteſt, niſi in imaginariam ſeruilem cauſam deductus, quod fiebat per venditionem imaginariam ex illa l. 12. tabul. *Si pater filium ter venunduit, filius a patre liber eſto.* apud Vlpianum lib. ſing. reg. Serui autem manumiſſi, vt ſubiicit Paulus in hac l. 2. capite non minuuntur, quia ſeruile caput nullum ius habet, & ideo nec minui poteſt, hodie enim incipit ius habere, & ſtatum. Ante manumiſſionem, neque libertatem habuit, neque ciuitatem, neque familiam, ſed nunc habere incipit libertatem & familiam, atque etiam ciuitatem, ſi vindicta manumiſſus eſt. Neque enim omnes manumiſſi ciues fiebant, ſed manumiſſi tantum certis quibuſdam modis, veluti teſtamento, aut cenſu, aut vindicta: manumiſſi igitur ſerui capite non minuuntur, ſed non ideo minus vſusfructus per ſeruum domino adquiſitus amittitur manumiſſione ſerui, perinde atque cap. deminutione filijfam. *l. vlt. C. de vſufr.*

Ad l. 5. & l. 7. eod. de cap. minut.

L. 5. Amiſſione ciuitatis fit capitis minutio, vt in aqua & igni interdictione. 1. §. Qui deficiunt, capite minuuntur. deficere autem dicuntur, qui ab his quorum ſub imperio ſunt, deſiſtunt, & in hoſtium numerum ſe conferunt. Sed & hi, quos ſenatus hoſtes iudicauit, vel lege lata: vtique vſque eo, vt ciuitatem amittant. 2. §. Nunc reſpiciendum, quæ capitis deminutione pereant, & primo de ea capitis deminutione, quæ ſalua ciuitate accidit, per quam publica iura non interuerti conſtat: nam manere magiſtratum, vel ſenatorem vel iudicem certum eſt.

L. 7. Tutelas etiam non amittit capitis minutio: exceptis his quæ in iure alieno perſonis poſitis deferuntur. Igitur teſtamento dati, vel ex lege, vel ex Senatuſconſulto, erunt nihilominus tutores. Sed legitimæ tutelæ ex duodecim tabulis interuertuntur eadem ratione, qua & hereditates exinde legitimæ: quia adgnatis deferuntur, qui deſinunt eſſe familia mutati. Ex nouis autem legibus & hereditates & tutelæ plerumque ſic deferuntur, vt perſonæ naturaliter deſignentur: vt ecce, deferunt hereditatem Senatuſconſ. matri, & filio. 1. §. Iniuriarum, & actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant. 2. §. Si libertate adempta, capitis deminutio ſubſecuta ſit: nulli reſtitutioni aduerſus ſeruum locus eſt: quia nec prætoria iuriſdictione ita ſeruus obligatur, vt cum eo actio ſit: ſed vtilis actio aduerſus dominum danda eſt, vt Iulian. ſcribit: & niſi in ſolidum defendatur, permittendum mihi eſt in bona, quæ habuit, mitti. 3. §. Item cum ciuitas amiſſa eſt, nulla reſtitutionis æquitas eſt aduerſus eum, qui amiſſis bonis & ciuitate relicta nudus exulat.

POſt hæc Paulus in *l. 5.* varia ponit exempla mediæ capitis deminutionis. Primum hoc eſt, ſi cui pœnæ cauſa aqua & igni interdictum ſit, in cuius pœnæ locum ſucceſſit deportatio in inſulam. deportatus in inſulam mediam capitis deminutionem patitur, quia ciuitatem tantum amittit, redactus ad peregrinitatem libertatem retinet. Et hoc eſt certiſſimum. Nec turbet nos *l. pen. de extraord. cognit.* quæ ſignificare videtur, deportatum, aut, quod idem eſt, eum, cui aqua & igni interdictum eſt, etiam libertatem amittere. ſi libertatem, ergo & ciuitatem: quia nihil eſt euidentius in illa lege, magnæ capitis deminutionis appellatione contineri maximam & mediam, vt in *l. 1. §. capitis, ad Senatuſc. Tertull. l. 1. §. ſi filiusfam. de ſuis, & legit. hered.* Et in illa l. pen. hæc verba, id eſt, *quum libertas adimitur,* pertinent ad maximam capitis deminutionem, non ad mediam, quia media libertas non amittitur. Sequentia autem verba, *vel cum aqua & igni interdicitur,* pertinent ad mediam capitis deminutionem, & vtraque ſignificatur verbo, *magna,* ita vt liceat tibi capitis deminutionem diuidere in duo membra, in paruam & magnam, & rurſus magnam, in maximam & mediam. Scribendum eſt autem, vt & Accurſ. notauit in *d. l. vlt. vel cum aqua & igni interdicitur,* non, *veluti.* Alioqui diceret interdictum aqua & igni amittere libertatem, quod eſt falſiſſimum. Addit etiam Paulus in *l. 5.* transfugas pati mediam capitis deminutionem, nec enim ſerui fiunt, *l. ſi quis tutor, de tutel.* ſed peregrini tantum, nec ſi redeant, iure poſtliminij, ciuitati reſtituuntur, *l. 14. tit. ſeq. l. poſtliminium §. transfugæ, de capt. & poſtlim. reu.* Ij ſunt, qui ab iis, quorum ſub imperio ſunt, deſciſcunt & in hoſtium numerum ſe conferunt. Iis addit etiam eos, quos Senatus hoſtes iudicauit, vel etiam, quos populus lege lata hoſtes iudicauit. Sic legendum in *l. 5. lege lata,* vt in Florentinis, & in Baſilicis νόμου τεθέντος, *non relegati:* nam relegati nullo modo capite minuuntur. Qui hoſtes iudicantur lege lata, vel Senatuſconſulto facto, capite minuuntur, non quidem maxima, ſed media, quia peregrini quidem fiunt, liberi tamen manent. Poſt hæc tranſit Paulus ad recenſitionem eorum, quæ capitis deminutio minima interuertit ſiue amittit, vt loquitur, ſiue quæ non amittit. In §. vlt. legis 5. & in l. 6. amittit primum vel interuertit minima capitis deminutio iura familiæ priuata: interuertit familiam & mutat. Amittit etiam tutelas & hereditates, quæ ex duodecim tabulis deferuntur, quia iure agnationis deferuntur, id eſt, agnatis ſolis, & capitis deminutione agnatio perimitur. At non amittit tutelas, non interuertit tutelas, vel hereditates, quæ teſtamento deferuntur, vel ex legibus nouis, veluti ex l. Iulia de maritandis ordinibus, apud Vlpianum *lib. reg. tit. de tutel.* vel ex l. Attilia, aut Iulia, aut Titia, vel quæ ex Senatuſconſultis deferuntur, vt quum matri Senatuſconſulto Tertulliano filij hereditas defertur, vel filio hereditas matris Senatuſconſulto Orfitiano. *Quia plerumque,* inquit, *his legibus & Senatuſconſultis hereditas & tutelæ ſic deferuntur, vt perſonæ naturaliter deſignentur,* id eſt, vt deſignentur naturæ vocabulis, non vocabulis ciuilibus. *filius* & *mater* naturæ vocabula ſunt, *cognatus* etiam naturæ verbum eſt, agnatus vero ciuile verbum, non naturæ, *l. Iuriſconſultus §. 1. de grad. & affin.* Et Senatuſconſultis deferuntur tutelæ in locum muti aut ſurdi tutoris, aut furioſi, aut excuſati, aut remoti, *l. ſi quis ſub cond. & l. pen. de tut.* Non interuertuntur autem minima capitis deminutione iura publica, iura ciuilia, officia ciuilia: nam & qui adrogatus

rogatus & emancipatus est, Senator manet, & magistratus, & iudex manet etiam tutor: tutela est munus publicum & officium publicum. Capitis deminutio minima non interuertit tutelas, nisi eas, quæ agnatis deferuntur, quia desinunt esse agnati per capitis deminutionem minimam. Et ita quod erat scriptum nobis initio legis 7. *hoc tit.* quæ est ex hoc libr. Tribonianus male explanauit, & nullo sensu ita scripsit *tutelas etiam non amittit capitis minutio*, minima scilicet, *exceptis his, quæ in iure alieno positis personis deferuntur*, quorum verborum sensus adhuc quæritur. Paulus scripsit singularibus literis, hoc sensu, *exceptis iis, quæ iure agnationis proximis potissimum deferuntur.* Quod & sequentia demonstrant. Et ita in edicto translatitio Verris, *vt quæcunque hereditas proximis potissimum defertur.* Iterare iuuat id, quod iam hesterno die memini me docere initio l. 7. inesse mendum, quod coortum est ex praua notarum explanatione, quæ ita potius explanandæ erant, *exceptis iis, quæ iure agnationis proximis potissimum deferuntur.* Quod etiam cum laude aliqua obtrectatores fatentur esse verissimum, non minus, quam & aliud simile mendum, quod & iam olim animaduerti insidere in *l. 8. qui & a quibus manumiss.* vbi pro *fideicommisso*, legendum, *fraudandorum creditorum causa*, quia male erant illæ duæ literæ singulares F. & C. ita explanatæ, *fideicommisso*, cum essent ita explanandæ, *fraudandorum creditorum causa.* Et aliud quoque simile in *l. 2. §. si mater, ad Senatusconsf. Tertull.* vbi etiam duæ literæ S. & C. male sic explanatæ sunt, *Senatusconsulto*, quæ explanandæ erant hoc modo, *sententiam constitutionis*, quod suis locis iampridem a me demonstratum est, & a cunctis approbatum. Nec quicquam addo amplius ad h. l. sed venio ad *l. 9. de cap. min.*

Ad l. 9. de cap. minut.

Vt quandoque emancipata agat.

CVius explicandæ facultas est paucorum hominum. Diximus iam ante, capitis deminutione debitoris creditorem ipso iure suas actiones amittere, quibus debitor ei tenebatur obstrictus ante capitis deminutionem: sed si minima capitis deminutio fuerit, eas actiones creditori restitui, id est, vtiles dari a prætore ex hoc edicto de cap. minutis. Nunc videamus an etiam is, qui capite minuitur, quas habuit actiones amittat, vel an amissæ æque ei restituantur? Sane qui maximam aut mediam capitis deminutionem patitur, actiones suas prorsus amittit, quia in omnia iura eius fiscus, vel dominus succedit. Nihil est exploratius. Is quoque qui patitur minimam capit. deminutionem, vt puta paterfamil. qui se adrogandum dedit, omnia iura sua, atque adeo omnes actiones suas transfert in adrogatorem cum capite suo. Omnes denique fortunas suas, *l. 15. de adoption. l. pen. §. testamento, de bon. possess. sec. tab.* Is vero, qui a patre naturali datur in adoptionem, vel qui emancipatur, qui etiam patitur minimam cap. deminutionem, non habet obligationes, vel actiones, quas amittat vllas, quia quas adquisiuit, quamdiu fuit in potestate patris naturalis, statim patri naturali eas quæsiuit iure patriæ potestatis, exceptis iis tantum obligationibus vel actionibus, quæ naturalem præstationem habent, quæ patri iure patriæ potestatis per omnia non adquiruntur. Non dico naturales obligationes, quæ scilicet tantum naturales sunt, non ciuiles, quas constat non parere actionem: sed dico obligationes ciuiles, quæ actionem pariunt, quæque naturalem præstationem habent, vt ait *l. 8. hoc tit.* id est, sicut Græci interpretantur, *quæ ex bono & æquo consistunt.* Recte, quibus scilicet, quod præstatur ex naturali potissimum ratione venit, & ex bono & æquo naturaliter, in quibus non tam subtile ius spectatur, quam æquum & bonum. Ac proinde quia natura communis est, etiam in filiorumfam. personam cadunt, nec patri omnimodo adquiruntur iure subtili, patri omnino adquirũtur ex æquo & bono. hæ quãuis sint adquisitæ patri iure potestatis, etiam filio capite minuto accommodantur, quasi non prorsus adquisitæ patri. Nec rursus dico, actiones bonæ fidei, quamuis & in iis ex æquo & bono restitutio & condemnatio fiat, *§. in bonæ fidei, Instit. de action.* Sed exemplum pono in actione de dote, vt lex 8. siue in actione rei vxoriæ, quæ ad dotem repetendam morte viri, aut diuortio dirempto matrimonio, siue dos fuerit aduentitia, siue profectitia, patri competit, in cuius potestate est mulier, quasi ei quæsita iure potestatis, sed non quidem soli patri, sed adiuncta mulieris, id est, filiæ persona, adiuncta filiæ voluntate, vt perspicue Vlpian. scribit *lib. reg. tit. de dotib.* Vel si absit pater, aut si sit suspectæ vitæ, competit etiam ipsi filiæ sine patre, quasi nec patri omnimodo quæsita, *l. 8. filiusfam. de procur.* Cur ita? non quia hæc actio est bonæ fidei, quoniam & hoc habent strictæ actiones quædam, vt inf. demonstrabimus: sed quia, vt ait l. 8. actio de dote concipitur in bonum & æquum, id est, propriam quandam formulam habet conceptam in bonum & æquum, quæ non aptatur cæteris bonæ fidei iudiciis. Proprie scilicet concipitur his verbis, *quod æquius melius sit, id præstari patri & mulieri oportere.* Quod æquius melius, hæc sunt verba propria actionis de dote, vt M. Tull. indicat in *Top. & 3. offic.* & indicat aperte *l. si cum Cornel. infi. de solut. & l. pen. in fi. solut. matrim.* Illo loco, *æquius melius.* Et ideo etiam post emancipationem filiæ, post cap. deminutionem, quæ subsecuta est diuortium, filiæ heredive eius competit actio de dote, non patri, vt habeat vnde nubere alij possit, nec commodo dotis defraudetur. Competit, inquam, filiæ non patri post emancipationem, quasi nec quæsita patri, tametsi subtili iure sit quæsita patri iure potestatis. Et emancipatam quoque agere de dote ostendit *l. 2. §. 1. & l. si cum dotem §. eo autem tempore*, illo loco, *vel etiam emancipata sit, & l. filia, solut. matrim.* Hoc efficit ratio naturalis, qua actio de dote nititur, quam ciuilis ratio, id est, emancipatio corrumpere non potest, vt ait l. 8. Ius quod naturale est, quodque nihil aliud est quam ratio, & æquitas naturalis, ratio ciuilis corrumpere non potest, *§. vlt. Instit. de leg. agnat. success.* Et hæc etiam ratio naturalis est, quæ spectatur in actione de dote potius, quam scrupulositas iuris ciuilis, subtile ius, hæc humanitatis ratio facit, vt & matrifam. passæ mediam cap. deminutionem, puta deportatæ in insulam, diuortio postea facto, aut mortuo marito, detur repetitio dotis, vel actio de dote, non fisco, ad quem bona eius peruenerunt, *l. 5. inf. de bon. damnat.* Eademque efficit, & quidem multo magis, vt filiæ sui iuris effectæ sine capitis deminutione veluti deportato patre, ipsa manente in ciuitate, de dote actio detur non fisco, quasi successori patris, quia nec patri daretur filia sui iuris effecta, *l. in insulam, sol. matrim.* Et similiter mortuo patre, ac postea soluto matrimonio, vt filiæ detur actio de dote potius, quam heredi patris: aut si pater forte viuus ea actione egerit, & vicerit, actio iudicati filiæ detur potius, quam heredi patris, vt ei salua dos sit, *l. si marito §. si voluntas, eod.* Quin & parte dotis soluta patri, dirempto matrimonio, reliquæ partis mortuo patre repetitio filiæ potius competit, quam heredi patris, quamuis patri quæsita fuerit actio, *l. pen. §. filiafamilias, eod. tit.* Et hoc quidem quod ait lex 8. & 9. *hoc tit.* de actione de dote, iam satis perspicuum esse arbitror: sed quia propositio legis 8. est generalior, quam vt vnum tantum genus actionis complectatur: ait enim eas obligationes, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur: desidero etiam mihi specialem obligationem dari, quæ naturalem præstationem habeat, & in æquum & bonum concipiatur, atque ideo, quamuis sit adquisita patri, competat tamen postea filiis emancipatis, nec interuertatur emancipatione. Et profecto eiusdem generis est actio iniuriarum, quæ quãuis sit stricti iuris, tamen ex æquo & bono esse dicitur aperte in *l. non solum §. 1. de iniuriis*, id est, æquitas naturalis in ea potius valere dicitur, & dominari, quam subtile ius, vt eadem lex *nõ solum* declarat his verbis: *æquitas actionis iniuriarum omnem metum eius abolere videtur, vbicunque quis contra æquum venit.* Et ideo si filiofamilias facta

sit iniuria, & nomine filij quæsita sit patri actio iniuriarum iure potestatis, ei tamen postea emancipato ea actio dabitur potius, quam patri aut heredi patris. Et ita nominatim proditum est in *l. sed si vnius* §. *sed etsi pater*, & §. *vlt. de iniur.* Sicut & manente filiofamil. in potestate, si pater non sit præsens, vel si filij nomine agere nolit, si vlcisci nolit iniuriam filiofamil. factam, filio licet agere iniuriarum, quasi non omnino ea actione quæsita patri, *d. l. sed si vnius* §. *idem Iulianus*, *l. in persona, de pact. l. 12. de in ius voc.* Eadem ratione puto, quod maxime notandum est, si quid ex cœnaculo tuo, verbi gratia, deiectum vel effusum sit, quod filiofa. nocuerit transeunti, & ideo per filium quæsita sit patri actio in factum ex edicto de deiectis & effusis: filio tamen postea emancipato, eam actionem esse dandam potius, quam patri, quia & hæc actio naturalem præstationem habere intelligitur, & nominatim, quamuis sit stricta, non bonæ fidei, ex bono & æquo esse dicitur in *l. 5. §. hæc autem, de iis qui deiec. vel effud.* Et similiter actio sepulchri violati, vt in *l. 8. hoc tit.* Actio de dote dicitur esse concepta in æquum & bonum, *l. pen. de sep. viol.* puta vt est in edicto de sepulc. viol. quanti ob eam rem iudici æquum videbitur, quæ tamen stricta est actio. Et ita explicandæ sunt leges 8. & 9.

Ad l. 5. de alien. iud. mut. causa facta.

Vel similem.

SEquitur ex hoc libro *l. 5. de alien. iud. mut. causa fac.* & pertinet ad actionem in rem vtilem, vel in factum, quæ ex edicto de alien. iudicij restituitur ei, cui aduersarius, cum quo acturus erat in rem, dolo malo re alienata potentiori, obiecit potentiorem, duriorem aduersarium, quæ actio, licet rei persecutoria sit, non pœnæ, non datur tamen in heredes, quia videtur ex delicto oriri, *l. 4. §. vlt. & l. 6. hoc tit.* Adiecit Paulus, non dari etiam in similem successorem, veluti in bonorum possessorem: nam vt idem ait eodem libro *l. 117. de reg. iur.* quæ huic coniungenda est, prætor bonorum possessorem in omni causa loco heredis habet. & in causa igitur eius edicti, bonorum possessor est similis heredi. Denique ex hoc edicto actio restitutoria non datur in heredem, vel similem successorem, nisi de eo, quod ad eum peruenit; sicut dictum est de actione de dolo, quæ etiam est eiusdem generis, id est, rei persecutionem continet, & ex delicto tamen est; sicut idem dicitur etiam de actione rerum amotarum, quæ & rei persecutionem continet, sed quia ex delicto est, non datur in heredem, nisi de eo, quod ad eum peruenit, *l. vlt. C. rer. amot.* quod per omnia etiam obtinere in condictione furtiua ostendet obseruatio 13. cap. 37.

Ad l. 42. de adquir. rer. dom.

L. 42. Substitutio quæ nondum competit, extra bona nostra est.

SEquitur ex hoc libro lex 42. *de adquir. rer. dom.* Substitutio quæ nondum competit, extra bona nostra est, si vulgariter substitutus sim heredi instituto, & substitutio nondum competat, puta deliberante herede, neque enim potest competere, antequam deliberauerit. Dum igitur deliberat, non potest competere: dum non competit, pendet substitutio, puta deliberante & consultante herede, ac extra bona mea est. Et ideo si moriar, non transmitto in heredem meum eam substitutionem, *l. si ex pluribus, de suis & legit. hered.* vel si subeam maximam aut mediam capitis deminutionem, non transfero eam in fiscum, vel in dominum. Et ita lex est accommodanda ad tit. *de cap. minut.* Itemque lex 40. *de oblig. & action.* quæ sola superest ex hoc libro.

Ad l. 40. de oblig. & actio.

L. 40. Hereditariarum actionum loco habentur & legata, quamuis ab herede cœperint.

FIscus, ad quem bona peruenerunt testatoris, forte erepta heredi hereditate quasi indigno, hereditarias actiones quasi successor excipere debet; ergo & actionem ex testamento legatorum nomine, *l. cum quidam*, *l. cum tabulis*, in fine, *de his quibus vt indign. l. 3. §. cum ex causa, de iure fisci.* Nam & hæc actio legatorum, quamuis cœperit ab herede, non a defuncto, hereditariarum actionum loco est, vt ait Paulus in *d. l. 40.* quia origo eius & causa ex voluntate defuncti proficiscitur, vt *l. pen. de separat.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad Librum duodecimum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

LIBRO superiore vt patet ex *l. 5. de alien. iudic. mut. cau. fac.* cœpit tractare Paulus de restitutione in integrum, quæ ex edicto *de alien. iud. mut. caus. fact.* datur maiori 25. annis, cui is, quocum acturus erat de re aliqua, de re dolo malo alienata, opposuit duriorem aduersarium, militem forte vel potentiorem, vel alterius prouinciæ hominem, data in eum, qui rem alienauit, actione in factum, qua tantum consequatur officio iudicis, quanti eius interest alium aduersarium non habuisse, *l. 1. §. pen. eod.* nisi scilicet reus vltro paratus sit pati actionem perinde ac si rem possideret. Dico, nisi vltro paratus sit pristinam actionem pati, quæ in eum competebat prius ante alienationem rei, quia etsi vulgo dicatur, dolum pro possessione esse, atque adeo eum, qui dolo malo desiit possidere, perinde teneri, ac si possideret, tamen non tenetur inuitus actionem pati, si alius sit certus possessor; sed tunc duntaxat, quum eius rei nullus est possessor certus, *l. 1. §. vlt. eod.* Huic etiam edicto de alien. iudicij locus est, quum quis re alienata dolo, quam possidebat, effecit, vt quæ sibi competebat actio, competeret alteri, desineret sibi competere. Et hoc casu locus ita est huic edicto, quia actio denegatur alteri, *l. vlt. hoc tit.* & permittitur ei, qui alienauit, vt rem videatur alienasse potius, quam litem, *l. pen. eod.* Præterquam vno casu cuius ratio erat satis obscura, quæ tamen manifestissima fiet, ex casu proposito in *l. vlt.* si quis cum haberet rem cum alio communem, communi diuid. iudicij euitandi causa partem suam alienauerit. hæc actio communi diuid. sicut & fam. erciscundæ, & finium regundorum duplex actio est, id est, eius iuris & conditionis est, vt eam quis excipere, vel intendere possit, vt ea quis socium conuenire, vel ea a socio conueniri possit. Qui vero, ne eam actionem communi diuid. exciperet, partem suam alienauit, ne secum ageretur communi diuidundo, sed cum potentiore, cui alienauit hoc animo, vt per licitationem, quæ solet fieri in diuisione rei communis, potentior, cui partem suam alienauit, eam viliori pretio acciperet, deinde eam a potentiore reciperet; qui, inquam, hoc egit dolo malo alienando partem suam, ne secum ageretur communi diuid. prohibetur & ipse l. Licinia agere, cuius sit mentio in *l. vlt.* Prohibetur ipse agere communi diuidundo, prohibetur agere actione, qua secum agi noluit, aut secum ne ageretur, quantum in ipso fuit, dedit operam. Hæc est ratio legis Liciniæ. Porro huius edicti tractatum Paulus persecutus est lib. 12. Et ideo incipiam a *l. 8. eod. tit.*

Ad

Ad l. 8. eod. de alienat. iudic. mut. &c. & lib. 6. ex quib. cauſ. maior.

L. 8. Ex hoc edicto tenetur, qui rem exhibet, ſi arbitratu iudicis priſtinam iudicij cauſam non reſtituit. 1. §. *Ait prætor:* quæve alienatio iudicij mutandi cauſa facta erit, *id eſt, ſi futuri iudicij cauſa, non eius quod iam ſit.* 2. §. *Alienare intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit.* 3. §. *Sed heredem inſtituendo, vel legando, ſi quis alienet, huic edicto locus non erit.* 4. §. *Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.* 5. §. *Qui venditori ſuo redhibet, non videtur iudicij mutandi cauſa abalienare.*

INitio huius legis Paulus docet, non euitare eam actionem eum, qui rem, quam alienauit iudicij mut. cauſ. exhibet actori, niſi eam exhibeat in eadem cauſa, in qua fuit ante alienationem, nempe cum omni emolumento, & vacuam, atque liberam a durioris aduerſarij vexatione. Non igitur, vt hac actione liberetur, tantum eam rem exhibere debet, ſed etiam reſtituere. Plus eſt reſtituere, quam exhibere, vt ad idem edictum, quod tractamus, Caius ſcripſit in *l. 22. de verb. ſig.* Et reſtituere rem debet arbitratu iudicis, vt Paulus ait initio huius legis. Et ita ſi rem reſtituerit, huius edicti euitat actionem. Nam & hæc actio in factum ex hoc edicto de alien. eſt arbitraria, ſicut actio, quod metus cauſa, & actio de dolo, de quib. actum eſt ſup. Poſt hæc in *l. 8.* Paulus docet, hæc verba edicti, *quæve alienatio iudicij mutandi cauſa facta erit,* vel vt potius legendum videtur, *quæ alienatio iudicij mutandi cauſa facta erit,* ſic eſſe accipienda, *quæ futuri iudicij mutandi cauſa facta erit, nondum inchoati,* non quæ iam inchoati, quæque præſentis iudicij mutandi cauſa facta erit, quia ſcilicet alienatio rei litigioſæ etiam iudicium non mutat, quod cœptum eſt cum alio, nec valet, & vitioſa eſt litigioſæ rei alienatio, vt conſtat ex tit. *de litigioſis,* aut certe facile remedio exceptionis infringitur. Et præterea hoc edicto eum etiam teneri, qui rem alienam, quam poſſidebat, vendidit futuri iudicij mutandi cauſa; adde, vel donauit, vt *l. pen. hoc tit.* non etiam eum, qui eam rem legauit, vel qui per vniuerſitatem eam tranſtulit in heredem inſtitutum. Alienationis verbum in hoc edicto accipe de alienatione inter viuos, non de alienatione cauſa mortis, quia hæc plerumque non fit dolo malo iudicij futuri mutandi cauſa, neque enim quiſquam lites poſt mortem ſuam futuras extimeſcit. Et inter viuos non ſolum ea continetur, per quam poſſeſſio alienatur in fraudem domini, qui acturus erat actione in rem, ſed etiam, per quam dominium alienatur in fraudem eius, qui domino & poſſeſſori eius rei nomine controuerſiam facturus erat, ex cauſa pignoris forte vel vſusfructus, vel ἐκτιτευόνως, vel ſeruitutis prædiorum, vel qua alia cauſa, vt *l. 4. §. Pedius, & §. vlt. hoc tit.* Item hoc edicto hacve actione non teneri eum, qui rem, quam alienauit iud. mut. cauſa, mox recepit, antequam cum eo ageretur ex hoc edicto, quia ea res pro non alienata habetur. Non teneri etiam eum, qui venditori ſuo rem redhibet propter morbum, aut vitium aliquod latens, quia tametſi redhibitio ſpecies alienationis ſit, plerumque tamen ea non videtur fieri iud. mut. cauſa, ſed quod ea res, quæ eſt in cauſa redhibitionis, nobis ſit inutilis, niſi probetur, vt eſt in *l. ſeq.* propter hoc ſolum rem redhibitam fuiſſe venditori. Ab hoc genere reſtitutionis in integrum tranſeamus, ſi placet, ad reſtitutionem in integrum, quæ datur maioribus 25. annis, qui per abſentiam neceſſariam ſuam, vel alienam in captionem inciderunt, de qua in tit. *ex quib. cauſ. maiores 25. annis.* Ex titulo de alien. iud. mut. cauſa facta datur in integrum reſtitutio maioribus, qui per alienationem rei, qua de agitur, ab aduerſario dolo malo factam potentiori, in captionem inciderunt. Ex tit. *de cap. minutis,* reſtitutio in integrum datur maioribus, qui per capitis deminutionem minimam debitoris in captionem inciderunt. Ex titulo, *Quod metus cauſa,* maioribus, qui per metum. Ex titulo *de dolo,* maioribus, qui per dolum qualemcunque aduerſarij in captionem inciderunt, *l. quidam, de dolo.* Vnus tantum eſt titulus de minoribus reſtituendis, qui per infirmitatem ætatis in captionem inciderunt. Cæteri tituli ſunt de maioribus 25. annis, & præter ſupradictas cauſas maioribus etiam datur reſtitutio in integrum ob iuſtum errorem ex tit. *Quod falſo tut. auct.* de qua reſtitutionis cauſa etiam hoc libro 12. tractauit Paulus. Sed & in pleriſque aliis cauſis iuſtus error, iuſta eſt cauſa reſtitutionis in integrum, *l. 1. & 2. ſup. de reſtitut. in integ.* At dicamus de ea reſtitutione in integrum, qua reſcinduntur, aut reſtituuntur in integrum geſta per abſentiam neceſſariam, ſi per id tempus, quo aberam reipub. cauſa ius meum læſum, aut interuerſum ſit: puta ſi res mea vſucapta ſit, vel actio, quæ mihi competebat, tempore amiſſa, id me reuerſo emendatur per reſtitutionem in integrum ex edicto ex quibus cauſis maiores. Abeſſe autem reipub. cauſa dicuntur, qui publici alicuius muneris cauſa ab vrbe profecti ſunt, vt prouinciales magiſtratus, *l. abeſſe, h. tit.* Vrbanos autem magiſtratus, licet reipub. dent operam, non haberi pro abſentibus reip. cauſa Paulus oſtendit in *l. 6. ex quib. cauſ. maior.* Et ideo finito magiſtratu, exempli gratia, eis non reſtitui actionem tempore amiſſam, quia eam in magiſtratu per procuratorem exercere potuerunt. Cur non exercuerunt igitur? Quod non ita tamen procedit in magiſtratibus prouincialibus, *l. pars, de iudiciis,* in qua ἄρχοντες, non ſunt quilibet magiſtratus vrbani, ſed præſides prouinciarum tantum. Succurritur etiam hoc edicto libero homini, qui in ſeruitute fuit, dum vi detinetur quaſi ſeruus, aut dum alij bona fide ſeruit, vt ſcil. recipiat reſtitutus in integrum, quod interim amiſit. Qua tamen edicti parte Paulus oſtendit in *l. 13. h. tit.* non contineri ſeruum liberum & heredem inſtitutum, ſi quid geſſerit poſt teſtamentum, & ante mortem domini, id eſt, antequam heres ſit, quia hic ſeruus fuit, non in ſeruitute, & edictum non loquitur de ſeruo, ſed de libero homine, qui fuit in ſeruitute. Aliud eſt ſeruum eſſe, aliud in ſeruitute eſſe: ſicut aliud poſſeſſorem eſſe, aliud eſſe in poſſeſſione, *l. ſi quis ante, de adquir. poſſ.* Ac præterea hic ſeruus, antequam heres extiterit domino, interim nulla bona habuit, in quibus lædi poſſit, nondum enim eſt heres, bene ſequitur: eſt heres inſtitutus, ergo eſt heres: nam poteſt heres eſſe inſtitutus, nec dum tamen eſſe heres: non certe quamdiu teſtator viuit, eſt heres. Eademque ratione filiusfam. ex hac parte edicti non reſtituitur in integrum, ſi in ſeruitute fuerit, quia nihil habuit proprium, nihilque quæſiuit, quod non ſtatim quæſiuerit patri, in cuius poteſtate eſt, niſi forte habeat caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe, quia in eo habetur pro patrefam. *l. 2. ad Macedon. l. 15. §. ſi ſeruus, de caſtr. pec. l. 6. §. vlt. de ini. rupt. teſtam.* Atque ideo, ſi dum eſt in ſeruitute, læditur in caſtrenſi peculio, reſtitui poteſt in integrum. At in cæteris rebus profectitiis vel aduentitiis, quia non remanent apud eum, non poteſt reſtitui in integrum, etiamſi in ſeruitute fuit. Liber homo in hoc edicto accipitur pro homine ſui iuris: filiusfa. eſt liber homo, ſed non eſt ſui iuris. Et ſæpe liberi hominis appellatione non quicunque liber eſt ſignificatur, ſed is tantum, qui eſt ſui iuris, vt in definitione tutelæ: Tutela eſt vis ac poteſtas in capite libero, id eſt, in caput ſui iuris, in hominem ſui iuris, quia qui quæve eſt in poteſtate, vel manu, vel mancipio, tutorem non habet. Imo tutela finitur conuentione in manum, finitur adrogatione, ſeruitute, captiuitate, quia non cadit in hominem alieni iuris, ſed in hominem omni ex parte liberum, id eſt, ſui iuris, ſuæque poteſtatis, ſuæ tutelæ, vt loquuntur.

Ad leg. 16. ex quibus cauſis maior.

L. 16. Non enim negligentibus ſubuenitur, ſed neceſſitate rerum impeditis. Totumque iſtud arbitrio prætoris temperabitur: id eſt, vt ita demum reſtituat, ſi non negligentia, ſed temporis anguſtia non potuerunt litem conteſtari.

HIs addamus *l. 16.* eiuſdem tit. In hoc edicto, quod proponitur in *l. 1.* deſideratur verbum *Poſteave,* ad

cuius interpretationem l. 16. pertinet, vt indicat *lex* 15. §. *vlt.* Verba edicti integra hæc fuerunt: *Si cuius quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo reip. causa abesset, siue in vinculis, seruitute, hostiumve potestate esset, posteave.* Et sensus hic est, vt si quis, antequam dominus abesset reipub. causa, rem eius bona fide possidere & vsucapere cœperit, quia, inquit, *l.* 15. §. *vlt.* inchoata fuerit bonæ fidei possessoris detentatio ante absentiam. Detentatio pro possessione a detentione, detentatio, id est, possessio, vt in *l.* 5. *de imp. in reb. dot. fact.* & in glossis Philoxeni, *detentator*, διακατοχὸς, detentatores, διακατοχοὶ, & sic ab intentione, intentatio apud Tertullian. libro de pudicitia. Si inquam ante absentiam domini cœpta vsucapio fuerit, eaque finita sit eo reuerso, restitutionis auxilium ex hoc edicto locum habet, quia prætor ait *Posteave*, id est post reditum, si quid ei deminutum sit, si res eius vsucapta sit, si impleta sit vsucapio, si dum abest, vel si posteaquã desiit abesse, impleta sit vsucapio. Quod tamen ita verum est, si modo posteaquam rediit in vrbem intra modicum tempus, dum hospitium conducit forte, dum sarcinulas suas componit, dum quærit aduocatum, quo adhibito litem moueat, & interpellet vsucapionem, quæ in eo est articulo, vt quamprimum finiatur, & impleatur; si igitur intra modicum tempus impleta fuerit vsucapio posteaquam rediit, æquum est, eum restitui aduersus vsucapionem: non etiam, si longe post reditum impleta fuerit vsucapio, illo differente interpellationem vsucapionis, & non mouente litem possessori rei suæ: nam hoc casu si petat restitutionem suæ causæ aduersus vsucapionem, non est audiendus, quia, vt ait Paulus in *l.* 16. non negligentibus subuenitur, sed necessitate rerum impeditis. Et totum illud, aut verbum illud indefinitum, quod est in edicto, *Posteave*, temperabitur arbitrio prætoris, id est, vt ita demum restituatur, si non negligentia, sed temporis angustia post reditum non potuerit interpellare vsucapionem. Prætor quod dixit, *Posteave*, simpliciter, id est, non satis definite, non satis explicate, ipsemet interpretatur.

Ad leg. 18. eod.

L. 18. *Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendæ gratia queruntur: non cum & lucri faciendi ex alterius pœna vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant.*

RESTANT adhuc ex eod. tit. 5. leges, ac primum *l.* 18. Hoc edicto, quod antiquissimum esse Seruij Sulpitij habita mentio in *l.* 26. *per magist. hoc tit.* demonstrat, succurritur maioribus 25. annis absentibus reipubl. causa, vel etiam absentibus ex qua alia iusta & necessaria causa. Succurritur etiam captis ab hostibus, & iis, qui in vinculis, aut in seruitute fuerint, intra annum vtilem: postquam redierint, ne scilicet rei suæ damnum faciant, vt scilicet per id tempus, quo absunt, aut hostium, seruitutisve potiuntur, si rem eorum aliquis bonæ fidei possessor vsucepit, ex hoc edicto rescindatur vsucapio, restituta iis vtili actione in rem, & non tantum, ne damnum faciant, sed etiam, ne lucrum perdant, quod fecissent interim sine damno alterius, si absentes metus, vel reip. causa, vel si hostium seruitutisve potiti non fuissent, vt si hereditatem luculentam, si legatum amplissimum, quod interim adquirere potuerunt, propter absentiam suã, vel captiuitatem perdiderint, id recipiant posteaquam reuersi fuerint intra annum vtilem restituta actione ex testamento, vel petitione hereditatis. Duo sunt genera lucrorum. Quædam lucra obueniunt sine damno alterius, vt hereditas, & legatum: hæc recipiunt reuersi beneficio eius edicti, si ea perdiderint, exempli causa, quod die legatorum cedente reipub. causa abessent Italia procul, quæ erant eis relicta sub conditione, si in Italia, aut in vrbe forent, vt in *l. prox.* § *.vlt. sup. l.* 41. *inf.* Et ita accipiendum est, quod idem Paulus eodem lib. scripsit in *l.* 26. *inf.* ex clausula generali eius edicti, etiam non absentibus reip. causa, sed absentibus ex alia iusta causa, & necessaria, aut probabili causa, veluti studiorum causa, subueniri non tantum, si quid amiserint vsucapione, sed & si quid lucrati non sint, quod scilicet lucrari poterant sine damno alterius. Quædam vero lucra obueniunt cum damno alterius, vt adquisitiones, quæ fiunt per vsucapionem. Est enim vsucapio lucrosa ei, qui vsucepit, damnosa vero & detrimentosa ei, cuius res vsucapta est, *l.* 19. *hoc tit.* quæ sequitur. Admissa tamen vsucapio est propter commune bonum, vt sit aliquis terminus, aliquis finis sollicitudinis & periculi litium, *l. vlt. inf. pro suo.* Ad lucra huiusmodi, quæ cum alieno damno obueniunt, cum alieno detrimento, hoc edicto non restituuntur. Ad lucra huiusmodi hoc edicto non datur restitutio maioribus 25. annis, puta quod propter suam absentiam, vel captiuitatem non impleuerint cœptam vsucapionem, non restituuntur, vt eam scilicet vsucapionem medio tempore impleuisse videantur, licet non impleuerint. Et hoc est, quod ait Paulus in *h. l.* 18. maioribus ex hoc edicto subueniri in damnis amittendæ rei suæ, aut lucri amittendi, quod eis obueniebat sine alieno detrimento, non etiam in damnis amittendi lucri, quod eis obueniebat cum alieno detrimento. *Non*, inquit, *cum & lucri faciendi causa ex alterius pœna vel damno auxilium sibi impertiri desiderant.* Recte, *pœna vel damno*, quia ex edicto restituuntur actiones, quæ rem persequuntur sine alterius detrimento, non actiones, (quod maxime notandum) quæ pœnam vel vltionem persequuntur: non etiam, quæ rem persequuntur, cum alterius detrimento. quæ definitio est elegantissima.

Ad l. 22. eod.

L. 22. *Ergo sciendum est, non aliter hoc edictum locum habere, quam si amici eius interrogati fuerint, an defendant: aut si nemo sit, qui interrogari potest. Ita enim absens defendi non videtur, si actor vltro interpellat, nec quisquam defensioni se offerat, eaque testatione complecti oportet.* 1. §. *Sicut igitur damno eos adfici non vult, ita lucrum facere non patitur.* 2. §. *Quod edictum etiam ad furiosos & infantes, & ciuitates pertinere Labeo ait.*

SEQUITUR l. 22. Sciendum est, ex hoc edicto non tantum absentibus subueniri aduersus præsentes, si quid per iustam absentiam suam amiserint, aut lucrati nõ fuerint, quod ad præsentes peruenerit, sed etiam hoc edicto subueniri præsentibus aduersus absentes, si absentes rem præsentium, quam ante absentiam bona fide possidere cœperant, tempore absentiæ, dum non est, qui eos defendat, quique eorum nomine interpellari possit, vsuceperint, vel si quid dum absunt illi, alter præsens non vtendo amiserit, cum absens non defenderetur, veluti si amiserit vsumfructum, qui amittitur non vtendo intra certum tempus, vel etiam, inquam, si qua absentes temporali actione liberati sint, dum non est, qui eorum nomine iudicium accipere & rem defendere velit. Prætor enim, vt ait hæc lex, sicut absentes damno affici non vult, ita lucrum facere non patitur cum alieno detrimento, videlicet si quod nullus eis defensor esset, quid alter propter eorum absentiam amiserit. At si absentibus defensor fuerit, præsentibus aduersus eos non competit auxilium restitutionis, quia imputare sibi debet actor, cur defensorem absentis non conuenerit, qui nomine absentis iudicium accipere non detrectauit. Defensor absenti esse videtur non tantum, si procuratorem domi reliquerit cum generali mandato & ad agendum, & ad defendendum, verum etiam, si quis vltro se ingerat sine mandato & offerat se eius defensioni. Item si quis vltro requisitus ab actore nunquid velit absentem defendere, non recuset eum defendere, vt *l. prox.* §. *vlt. sup.* Sane vt Paulus ait in *l.* 22. actor, cui in absentem competit actio, amicos absentis vltro interrogare debet, an eum absentem defendant. M. Tull. pro Quintio: *Non debeo, inquit, statim a prætore postulare, vt bona absentis debitoris mihi possideri liceat, sed primum expectare, deinde si latitare, aut diutius ludificari videatur.*

videatur, amicos conuenire, quærere quis procurator sit, domum denuntiare. Et Vlpianus in *l. 5. §. 1. quib. ex cauſ. in poſſ. eatur*; Priusquam eatur in possessionem bonorum pupilli, vel absentis, requirendos esse cognatos, vel affines, vel amicos absentis, quos verisimile sit non omissuros defensionem. Quid si nemo velit absentis defensionem suscipere, vel si nemo existat, qui interrogari possit absentis amicus? id debet actor testatione complecti, id est, conuocatis testibus id debet in scripturam redigere, se neminem absentis defensorem inuenisse, cum quo experiretur; atque ita re gesta aduersus absentem, si petat restitutionem in integrum, is qui fuit præsens semper audiendus erit. Addit Paulus in fine huius legis, hoc edicto subueniri non tantum absentibus & aduersus absentes, sed etiam furiosis, infantibus, ciuitatibus, & aduersus furiosos indefensos, & infantes indefensos, & ciuitates indefensas. Furiosi per omnia, & in omnibus absentium loco habentur, *l. 2. §. pen. de iure codic.* & furiosis infantes proximi sunt, *l. 1. §. pen. de oblig. & act.* Ciuitates etiam loco minorum habentur, *l. pen. C. ex quib. cauſ. in poſſ. eat: l. pen. C. de iure reip. lib. 11. l. 1. C. de officio eius, qui vicem: l. 6. C. ne de ſtatu defunct. l. 9. inf. de appellat: l. qui ſolidum 78. §. 1. de leg. 2. l. 1. §. vlt. quod cuiuſque vniuerſ.* Ad hæc sciendum est, hoc etiam edicto restitutionem in integrum dari aduersus eos, qui cum essent præsentes, & secum agendi potestatem non facerent, aut iudicem corrupissent, vt ne ius diceret, ne præberet audientiam, atque ita vt eluderent actorem, si nec habuerint defensorem, aduersus, inquam, eos qui cum essent præsentes, & secum agendi potestatem non facerent, nec defenderentur, vel vt dixi, iudicem corruperunt, vt in *l. 26. §. item per magiſt. hoc tit.* rem alienam ita vsuceperint, vel actione aliqua soluti fuerint ob id quod trahendo iudicium & procrastinando, dies eius actionis exierit, quæ erat temporalis, cum non faciunt potestatem agendi secum. Itemque dari restitutionem in integrum aduersus eos, qui se conueniri quidem patiuntur, & potestatem sui faciunt in publico, sed quo minus lis cum eis contestetur, morantur, frustrantur, diem ex die trahunt, vt interim dies actionis præterlabatur, & ipsi tempore liberentur. Etiam aduersus tergiuersatores eiusmodi datur restitutio in integrum, si prolactauerint, & protraxerint actorem in extremum diem actionis, quod Paulus tradit in *l. 24. eodem tit.* Et hoc est apertissimum, iamque habemus quatuor leges. Et restat tantum 5. quæ est 30. eiusdem tit.

Ad l. 30. eod.

Cum miles, qui vſucapiebat, deceſſerit, & heres impleuerit vſucapionem: æquum eſt reſcindi, quod poſtea vſucaptum eſt; vt eadem in heredibus, qui in vſucapionem ſuccedunt, ſeruanda ſint: quia poſſeſſio defuncti quaſi iuncta deſcendit ad heredem, & plerumque nondum hereditate adita, completur. §. 1. Si is, qui reipub. cauſa abfuit, vſucepit, & poſt vſucapionem alienauerit rem; reſtitutio facienda erit: & licet ſine dolo abfuerit, & vſuceperit, lucro eius occurri oportet. Item ex reliquis omnibus cauſis reſtitutio facienda erit; veluti ſi aduerſus eum pronuntiatum ſit.

HÆc lex pertinet ad eam partem edicti, qua restitutio in integrum datur aduersus eos, qui sine dolo malo absunt reipub. causa, & qui dum absunt, cum non defenderentur, de bonis alicuius aliquid vsuceperint, forte rem mobilem, quam peregre secum tulerant. Quam restitutionem in integrum dari etiam aduersus heredes eorum Paulus ait, vt cœptam vsucapionem a milite, quem certissimum est haberi pro absente reipubl. causa, etiamsi in vrbe militet, *l. 7. h. t. l. 15. § legis, ad leg. Iul. de adult.* Si igitur cœptam vsucapionem a milite heres eius impleuerit (ad quam speciem pertinet etiam verbum *poſteave*, quod in edicto fuisse sup. comprobaui, *l. 16. §. vlt.*) heres succedit in vsucapionem bona fide cœptam a defuncto, licet ipse sciat rem esse alienam, quia superueniens mala fides non interrumpit vsucapionem, *l. heres eius, de vſurp. & vſucap.* Paul.

Heres igitur complet vsucapionem cœptam a defuncto: imo & deliberante herede, nec dum adeunte hereditatem, hereditas ipsa iacens, (quæ passim dicitur in iure personam defuncti sustinere) cœptam a defuncto vsucapionem complet, id est, suo marte impletur vsucapio, nemine possidente, *l. cœpiam, l. iuſto §. nondum, l. nunquam §. vacuum, eod. tit.* quia, inquit Paulus, possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, & plerumque nondum adita hereditate completur. Vbi possessio, id est, vsucapio, vt in *l. 19. hoc tit.* vbi & Græci possessionem interpretantur *διακατοχὴν*, id est, per vsum dominij adquisitionem. Et hic quoque, quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, id est, vsucapio, errant valde DD. qui in hac l. 30. possessionem accipiunt pro detentione, siue vsu rei, qui in facto consistit, cum accipiatur pro vsucapione, quæ in iure consistit; qui tamen hodie error plane abiit in mores, & absque dubio ex eo factum est, vt receptum sit, possessionem rerum hereditariarum (quæ est facti) ab ipso defuncto protinus, & ipso iure ad heredes transire, nec opus esse ad eam adquirendam facto & apprehensione heredis. Vnde vox illa de via collecta, *le mort ſaiſit le vif*, quæ ducitur ex praua interpretatione horum verborum, *quia poſſeſſio defuncti, quaſi iuncta deſcendit ad heredem,* vbi tamen possessio non est, *ſaiſine,* vt vocant, sed vsucapio. Et plane falsum est, heredem adquirere possessionem rerum hereditariarum ipso iure, quia siue sit heres suus, siue extraneus, non adquirit eam, antequam apprehenderit res hereditarias, *l. cum heredes, in princ. de adq. poſſ.* Iis vero rationibus efficit Paulus in l. 30. etiam aduersus heredem absentis reipub. causa, qui ab eo cœptam vsucapionem impleuit, restitutionẽ faciendam esse, quamuis heres ipse præsens fuerit, non absens reipub. causa, ne alioqui, quod etiam Paulum addidisse constat ex *l. 120. de regul. iur.* quæ est ex eod. libro, & omnino coniungenda est cum hac *l. 30.* Ne, inquam, alioquin plus commodi absens heredi suo relinquat, quam ipse habiturus esset. Atqui si ipse impleSSet vsucapionem, restitutio aduersus eum facta fuisset. Et fieri igitur debet aduersus heredem eius, si heres eius eam impleuerit. Hæc est propria species supradictæ regulæ. Addit Paulus in hac l. 30. restitutionem in integrum, quæ aduersus absentes reipub. causa, si modo abfuerint sine dolo malo vti oportet, qui cum non defenderentur, rem alienam vsuceperunt, datur, dari quandoque non in eorum personam, sed in rem, puta si post vsucapionem eam rem alienauerint, dari scilicet aduersus possessorem rei, aduersus emptorem, saluo ei regressu aduersus auctorem suum, vt *l. 15. ſup. de minor.* quod est apertissimum. Sed obscurissimum, quod sequitur [illegible] ab Accursio intellectum. *Item*, inquit, *ex omnibus reliquis cauſis reſtitutio facienda erit; veluti ſi aduerſus eum pronuntiatum ſit.* Hunc locum reddam facillimum, *aduerſus abſentem* scilicet *ex reliquis omnibus cauſis*, id est, non solum, si absens rem præsentis vsuceperit, de qua causa egit supra, sed etiam ex reliquis causis, puta si quid per absentiam eius alter non vtendo amiserit: vel, si dies actionis, quæ aduersus absentem competebat, exierit, cum absens non defenderetur, & restitutio facienda erit in rem, vt puta si restitutione petita aduersus absentem, post reditum absens condemnatus fuerit, & soluendo non sit, hoc est supplendum, tum aduersus possessorem rei restitutio facienda erit. Et ita hic locus explicandus. Ad hoc edictum pertinet etiam *l. 8. de vſurp. & vſuc.*

Ad l. 8. de vsurp. & vsuc.

Labeo, Neratius reſponderunt, ea quæ ſerui peculiariter nancti ſunt, vſucapi poſſe, quia hæc etiam ignorantes domini vſucapiunt. Idem Iulianus ſcribit. §. 1. Sed eum, qui ſuo nomine nihil vſucapere poteſt, ne per ſeruum quidem poſſe, Padius ſcribit.

NOn vt aduersus absentes reipub. causa, vel qua alia iusta causa, si quid alienum vsuceperint, datur resti-

stutio in integrum, ita etiam dabitur aduersus captiuos, qui sunt in potestate hostium, si quid vsuceperint. Non hoc dicimus, quia captiui nihil vsucapere possunt. Imo captiuitate, quæ cœpta fuit ante, vsucapio interrumpitur, *l.* 19. *l.* 23. §. *is autem, ex quibus caus.mai.* Quin & serui captiuorum in ciuitate relicti, nihil captiuorum dominorum suorum nomine vsucapere possunt. Et hoc est, quod ait d. l. 8. eum, qui suo nomine nihil vsucapere potest, veluti captiuum, nec per seruum quidem possidentem nomine domini, posse vsucapere: nomine domini, inquam, nam peculiari nomine, puta ex re, ex causa peculiari, iure singulari receptum est & perpetuo, seruum eius, qui est apud hostes vsucapere posse etiam ignorante domino, *l. si is qui pro empt. hoc tit. l. peregre* §. *quæsitum, de acq. poss.* Et ideo dominus reuersus postlim. ab hostibus rem, quam interim seruus nactus est ex causa peculiari, & vsucepit, per seruum vsucepisse intelligitur, & aduersus vsucapionem in personam eius, qui rediit postliminio, si quamdiu fuit apud hostes, nullus ei in ciuitate defensor extiterit, nam hoc semper exigitur, præsentibus dari potest restitutio in integrum, *d. l.* 23. §. *hi plane.* Et ita omnino lex illa 8. est accommodanda ad edictum, *ex quib. caus. mai.*

Ad leg. 2. quod fals. tut. auct.

L. 2. *Si id* (inquit) *actor ignorauerit. Labeo: & si dictum sit, & bona fide non crediderit.*

PAulus tractauit iam supra de restitut. in integ. quæ datur maioribus 25. annis ex edicto *de alien. iud. mut. cau. f.* & de ea, quæ iisdem datur ex generali edicto *quib. ex caus. maiores.* Nunc tractaturus est de ea, quæ iisdem etiam datur ex edicto, *quod fals. tut. auct. gestum esse dicitur.* Ex hoc edicto restituuntur in integrum maiores 25. annis, qui [illegible]runt, vel qui iudicio experti sunt cum pupillo falso t[illegible] auctore, quod iudicium, gestumve non valet, quia deest veri & legitimi tutoris auctoritas, (vid. si ignorarint eum esse falsum tutorem, crediderint esse verum,) & ob eam rem in captionem inciderint, quæ non potest non esse magna, cum nec contractus valeat, nec iudicium, quo actum est cum pupillo falso tutore auctore. Restituuntur autem in integrum data actione in factum, quanti eorum interest aduersus falsum tutorem, qui dolo malo pupillo contrahente, aut litigante (quod genus est quasi contractus) auctoritatem suam accommodauit quasi tutor, & aduersus eum quoque eodem exemplo, cuius dolo malo factum est, vt alius imprudens & ignorans quasi tutor auctor pupillo fieret, vt *l.* 9. *in princip. quod fals. tut. auct.* Non datur actio in pupillum, cui falsus tutor auctor fuit gerendi aliquid, quod tamen miror Accursium in hoc tit. sæpissime affirmare: sed datur hæc actio restitutoria in factum aduersus falsum tutorem, vt aperte expressum est in *l.* 7. *hoc tit.* Nec turbat lex 10. hoc tit. quæ ait, maiorem 25. annis, qui egit cum pupillo falso tut. auctore, atque ita nihil egit, quia iudicium irritum est, & interim tempore amisit actionem suam, vel vsucapione dominium rei suæ, de qua litem instituerat aduersus pupillum falso tutore auctore, eum, inquam, omnia incommoda sustinere, perinde ac si illo tempore vero tutore auctore egisset, id est, amittere dominium rei suæ, amittere actionem. Sane ita est. Sed supplendum est ad illam l. & ideo, quia ea incommoda sustinet, in falsum tutorem ei dari actionem restitutoriam ex hoc edicto, vt scilicet ei restituatur actio, aut res amissa, vel quanti ea res est. Prætor exigit in hoc edicto, vt qui hac actione agit, ignorarit falsum tutorem fuisse. Nam scienti non infertur dolus, sed sciens ipse sibi infert dolum, id est, seipsum decipit, vt ait *l.* 1. §. *vlt. hoc tit.* Et ideo restitutioni locus non est, sicut nec cum quis sibi ipse metum infert, *l.* 21. *in princip. quod metus causa.* Et ad hæc addit Paulus in *l.* 2. ex Labeone, ignorantis loco esse eum, cui dictum est falsum tutorem esse, qui contrahenti pupillo auctoritatem præstabat, si id dicenti fidem non adhibuerit: si, inquit, bona fide non crediderit. Quid audio? quidve lego, bonam fidem esse non habere alteri fidem, bonam fidem esse non credere alteri verum denuntianti? Sane ita est, nempe quia dolo caret, qui non credit denuntianti, falsum tutorem esse, & qui non ideo minus illo tutore auctore rem cum pupillo gerit. Incredulitas illa caret dolo. Ergo bona fides est. Exclusio vnius contrarij est positio alterius. Bona fides est contraria dolo, *l.* 3. *in fi. pro socio.* Porro ex hoc edicto restitutio in integrum, siue, quod idem est, restitutoria actio in factum datur maioribus 25. annis, vt initio dixi, qui per ignorantiam in captionem inducti sunt: non is, qui sciuerunt falsum tutorem esse, quo auctore cum pupillo contrahebant aut iudicium exercebant. Maioribus, inquam, nam minores 25. annis, etiam si sciuerint falsum tutorem esse, in integrum restituuntur, *l.* 4. *hoc tit.* non ex hoc edicto, vt ibi Accursius comminiscitur, sed ex generali edicto, quod est de minoribus 25. ann. argumento *l. quidam, de dolo malo,* quæ ostendit, minores circumscriptos non restitui ex edicto de dolo malo, vt maiores, sed ex proprio & generali edicto, quod est de minoribus 25. annis. Et hic eadem interuenit ratio. Minores dico 25. annis, maiores vero 12. scilicet fœminas, aut 14. mares. Nam pupillus nihil scire intelligitur, *l. vlt. rem pup. salu. fore. l. vlt. de iur. & fact. ignor. l.* 90. *in fi. de furt.* Et ideo pupillus non indiget restitutione in integrum, qui sine tutoris auctoritate contraxit cum alio pupillo, falso tutore auctore, quẽ sciebat esse falsum, quia ipse contractus ipso iure nullus est, quem sine tutoris sui auctoritate habuit cum alio pupillo falso tutore auctore, quem sciebat esse falsum, *l.* 3. *hoc tit.* Pupilli scientia computanda non est, vt Paulus ait initio legis 6. *huius tit.* Quid autem dicemus, si pupillus contraxerit cum alio pupillo, falso tutore auctore, quem verus tutor, quo auctore cum alio pupillo contraxit, sciebat esse falsum? Et Paulus ait *d. l.* 6. tutoris scientiam computandam esse. Igitur scientiam tutoris pupillo nocere: maxime, vt subiicit Paulus, si pupillo cautum sit idonea satisdatione rem pup. salu. fore, qua a tutore vel fideiussoribus eius, quanti sua interest ob eam rem, seruare possit. Sed mox addit, *melius esse, etiamsi pupillo cautum sit recte & idonee, qui sciente tutore suo contraxit cum alio pupillo, falso tutore auctore:* melius, inquam, esse pupillo rem suam, vel actionem tempore amissam restituere data actione in factum restitutoria ex hoc edicto aduersus falsum tutorem, quam cautionis incertum euentum, aut satisdationis incertæ euentum expectare, & vt loquitur *l. qui ita* §. 1. *ad Trebell.* cautionis fragilitatem expectare. Quia, vt est in reg. iur. *Minus est actionem habere, in personam scilicet, quam in rem.* Et retro; *melius est habere rem, quam actionem in personam.* Quod & generaliter Iulianus definit, teste Paulo, esse sequendum vbicumque circumscriptus pupillus esse dicitur, vt scilicet in rem restituatur potius, quam in personam. Biuium aut duplex via iuris pupillo patet, puta vt vel in suum tutorem, qui sciebat tutorem eius, cum quo contrahebat, esse falsum: aut in fideiussores tutoris sui, agat ex stipulatu, ex satisdatione rem pupilli saluam fore, vel, vt agat in falsum tutorem actione in factum restitutoria ex hoc edicto. hoc biuium pupillo circumscripto patet, vt *l. intra* §. *vendentibus, l. Imperatores, de minor. l.* 3. *& l. vlt. C. si tutor. vel curat.* Sed melius fecerit pupillus, tutorve, aut curator eius, si huius edicti restitutorij auxilium elegerit, omissa actione ex cautione rem pup. salu. fore, propter cautionis huius & cuiuscumque fragilitatem & incertum euentum, quia sæpe euenit, vt qui actionem in personam eligit, rem perdat. Sæpe euenit scilicet, vt quæ ab initio fuit idonea cautio, postea fiat minus idonea euerso promissore suis facultatibus & fideiussoribus eius. Vbi autem pupillo cautum non est, vel quia omnino cautum non est, vel quia fideiussores rem pup. salu. fore lapsi sunt facultatibus, vel quia ab initio vitiose cautum est, tunc pupillo auxilium huius edicti maxime necessarium est, quia inanis est actio in personam, aut nulla.

nulla. Et hoc loco proxime hanc l. 6. vt opinor, addidit Paulus, quod est in eod. lib. in *l. 6. qui satisd. cog.* cautum non videri, pupillo scil. quotiens vitiose cautum est, puta stipulatione non rite concepta, vel muliere adhibita ad fideiubendum. Proprie igitur ea *l. 6.* pertinet ad cautionem rem pupilli saluam fore, sed accommodari etiam potest ad cautionem iudicio sisti de qua in illo titulo, & ad cautionem iudicatum solui, & ad quamcumque aliam cautionem; vt quotiens, vt Græci illo loco interpretantur, ἐπιλήψιμος, hoc est reprehensibilis siue vitiosa cautio, nec data videatur.

Ad leg. 8. quod fals. tut. auct.

L. 8. Et ideo si nihil, aut non totum seruatum sit: in reliquos non denegandam in id quod deest, Sabinus scribit.

De hac actione restitutoria postremo tradidit Paulus, quod est in *l. 8. hoc tit.* Si plures erant falsi tutores, qui auctores fuerint pupillo contrahenti, vel iudicium accipienti aut dictanti, ignorante eo, qui cum pupillo rem gerebat, falsos eos tutores esse, quod semper exigitur, & vnus ex eis falsis tutoribus conuetus hac actione, actori id quod interest præstiterit, quia desiit actoris interesse, & hæc actio persequitur tantum id quod interest, non pœnam, *l. 7. §. quod ait, hoc tit.* aduersus cæteros falsos tutores hæc actio perimitur, aut in id tantum datur, quod minus ab illo, qui conuentus est solus, exactum est. Si nihil exactum sit, cæteri non liberantur; si pars exacta sit, in residuum tantum cæteri tenentur hac actione. Si totum exactum sit, cæteri prorsus liberantur, quia hæc actio rem persequitur, non pœnam. Quod eadem ratione seruatur etiam in actione restitutoria ex edicto, quod metus causa, si plures metum intulerint, *l. 14. §. vlt. & l. 15. quod met. causa.* & ex edicto de dolo malo, si plures dolo fecerint l. *si plures, de dolo.* Et nihil habemus præterea ex Paulo de actione restitutoria ex hoc edicto, *quod fal. tut. auct.*

Ad l. 8. de rei vind.

L. 8. Pomponius lib. trigesimo sexto probat: si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu, & Lucius Titius possideatis: non ab vtrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem: Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio & a te & a Titio partes fundi petere me debere: Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: & ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: numquam enim pro diuiso possideri potest.

Restat tantum adhuc ex hoc lib. *l. 8. de rei vind.* quæ pertinere videtur ad restitutionem in integrum, quæ datur ex edicto *de alien. iud. mut. caus.* aduersus eum, qui rem, quam possidebat, dolo malo alienauit iud. mutandi causa, nisi vltro paratus sit pati actionem in rem, perinde ac si rem possideret, & sufferre litis æstimationem, *l. 3. §. vlt. de alien. iud.* quam actionem in rem, quatenus pati debeant Lucius & Caius, qui fundum ex æquis partibus mihi cum Caio communem possident, dolove malo possidere desierunt, hæc *l. 8.* declarat. Finge: L. Titius, eum fundum possidet pro semisse, aut possidere intelligitur, quia dolo desiit possidere, Caius cum quo illum communem fundum habeo, non L. Titius, eum fundum possidet pro altero semisse. Quæritur, quatenus cum L. Titio in rem actione agere debeam, quatenusve L. Titius pati debeat actionem in rem euitandæ actionis in factum causa ex edicto de alie. iud. & quatenus Caius? Et ex Pomponio ita Paulus distinguit in *d. l. 8.* aut pro indiuiso L. & Caius eum fundum possident, qui mihi est communis cum Caio, aut pro diuiso. Si pro indiuiso, videntur quidem stricto iure singuli me agente pati debere quadrantis vindicationem, vt duos quadrantes feram, id est, semissem: Caium autem, cum quo communem fundum habeo, mox alterum quadrantem a L. Titio petere posse, vt & ipse Caius habeat integrum alterum semissem, *l. 1. §. si ego, si pars hered. pet.* Et ita ratio se habet stricto iure. Sed Pegasi sententia vtilior est, quæ proponitur in *d. §. si ego,* vt scilicet ego nihil a Caio petam, cum quo communem fundum habeo, sed vt a L. Titio potius integram partem petam, id est, integram dimidiam, quam is possidet. Et hoc, si Lucius & Caius fundum possideant pro indiuiso. Sed si pro diuiso eum fundum possideant, nempe diuisum certis regionibus, si Caius vnam certam regionem possideat, Titius alteram; tunc ab vtrisque quadrantem petere debeo, aut vtrique quadrantis petitionem pati debent, quia vtriusque partis, vtriusque regionis semis meus est. Caio autem socio meo agente L. Titius pati debet residuæ partis vindicationem. Atque ita fit, vt ego a Titio feram dimidiam, socius meus ab eodem alteram dimidiam. Et additur in fine legis 8. superiori distinctioni Pomponij, vtrum possideant pro indiuiso, an pro diuiso, locum quidem esse in fundo, sed non in re mobili, quia res mobilis, qua appellatione continentur animalia quæ se ipsa mouent: res, inquam, mobilis vel se mouens, non potest pro diuiso possideri: Ergo in ea superior distinctio locum non habet: qui rem mobilem vel se mouentem diuidit, perdit. nauem diuidere, inquit Cascellius Iurisconsultus apud Macrob. est perdere. Sic respondit ei, qui petebat nauem diuidi inter se & alium: *si diuiseris, inquit, perdes.* Et similiter diuidere animal est perdere. Nec quicquam valet argumentum quod obiicit Accursius in d. l. 8. de arbore quæ coaluit, quæ radices egit in confinio duorum agrorum, vel de tigno, quo binæ ædes contextæ sunt, ex *l. arbor, D. communi diuid. l. binas, de seruit. vrb. præd.* Quia ea arbor, idve tignum, quatenus cohæret rebus immobilibus, proculdubio res immobilis esse dicitur, *l. fundus 17. de act. empt.* Et ideo pro indiuiso possideri intelligitur, id est, pro regione, siue pro modo regionis cuiusque prædij. Non habet etiam superior distinctio Pomponij locum, (vt idem Paulus scribit) in petit. hered. quia hereditas pro diuiso possideri non potest, sed possidetur a duobus vel pluribus pro indiuiso tantum, pro diuiso nunquam, quia hereditas non est corpus, aut res hereditaria. Nobis hereditas est ius successionis, non corpus, non corpora hereditaria, non pecunia hereditaria: hereditas est ius, quod intellectu percipitur, non sensu. Corpus sensibus percipitur puta visu & tactu. Partes autem pro diuiso sunt corporales: partes pro indiuiso sunt incorporales, quæ solo intellectu percipiuntur & abstrahuntur, sunt intellectuales. In has, quæ sunt intellectuales & incorporales, ius, quodve iuris est, quod in iure consistit, quod iuris tantum intellectum habet, diuidi potest, intellectu scilicet, non in illas partes, quæ corporales sunt. intellectus scilicet non potest diuidi in partes corporeas.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 12. de constitut. pec. & l. 4. de recept. qui arbit. recep.

L. 12. Sed etsi decem debeantur, & decem & Stichum constituat: potest dici, decem tantummodo nomine teneri.

L. 4. Nam Magistratus superiore aut pari imperio nullo

modo possunt cogi, nec interest ante, an ipso magistratu arbitrium susceperint. Inferiores possunt cogi.

Hoc libro Paulus duo edicta interpretatus est, quorum vnum est *de receptis qui arbitrium receperunt, vt sententiam dicant,* Alterum est, *naut. caup. stab. vt recepta restituant.* Vtrumque de receptis, sed non in vtroque tamen recepti, vel receptorum eadem significatio est. Et ad posterius quidem edictũ pertinent ex hoc libro duæ leges, *l. 4. naut. caup. & l. 42. loc.* cæteræ omnes pertinent ad prius edictũ, excepta *l. 12. de constit. pec.* quæ etiam falsò huic lib. 13. adscribitur, & omnino reddenda est lib. 3. & coniungenda cum initio legis 17. *de pactis.* Vbi Paulus eodem libro 3. si tibi dederim mutua 10. & paciscar, vt mihi 20. debeas, docuit, non nasci obligationem vltra 10. quod re non contrahitur obligatio, nisi quatenus datum sit. Et mox eodem modo adiecit, quod est in *l. 12. de constit. pecunia,* si quis cum deberet 10. tantum, constituerit se soluturum decem, & Stichum, ex constituto vltra 10. obligationem non nasci, quia Stichus non fuit in obligatione. Et id solum rectè constituimus nos soluturos, quod fuit in obligatione, non quod indebitum fuit. Debiti causam constitutum præcedere semper oportet. Ex edicto autem prætoris, quod prius Paulus exposuit in hoc libr. 13. ij, qui certa pecunia pœnæ nomine compromissa inter litigatores, si quis eorum sententiæ non staret: ij, inquam, qui auditorium receperunt, vt loquitur lex 41. *de recept.* id est, qui disceptandæ rei, de qua inter eos controuersia erat, arbitrium receperunt, qui & inde recepti dicuntur, & ex compromisso litigatorum, quod vicissim alter alteri facit, etiam dicuntur iudices compromissarij, ij, inquam, ex hoc edicto coguntur officium implere, quod in se receperunt, id est, sententiam dicere. Coguntur, inquam, prætoris imperio, viribus imperij, veluti dictione mulctæ, vel retentione corporis, vel capione pignorum, vt *l. 9. §. vlt. ad leg. Iul. pecul.* id est, capione census mobilis, quem & mox perdere, concidere, vel conscindere solebant. Pignora capta in causam iudicati distrahebantur, vt ex pretio satisfieret ei, secundum quem sententia dicta esset, *l. a diuo Pio, de re iudic. l. 1. 2. 3. C. si in causa iudicati pignus captum sit.* Pignora autem capta vindicandi contempti magistratus gratia, cuius imperio quis non obtemperat, confringebantur, conscindebantur, vel scindebantur, vt M. Tullius 3. de orat. sub principium. *An tu,* inquit, *qui omnem auctoritatem vniuersi ordinis pro pignore putares, eamque in conspectu populi Rom. conscinderes, me iis pignoribus existimasti posse terreri?* Et Tibullus: *Quid faciam demens, eheu, mea pignora cedo.* Cogere autem prætor ad sententiam dicendam potest arbitrum, qui arbitrium recepit, quasi ex recepto obligatum. Idemque de huius generis recepto dici potest, quod de mandato recepto gerendi alieni negotij, vel exercendæ litis alienæ, nimirum voluntatis esse hoc vel illud officium in se recipere, necessitatis consummare, *l. in commodato §. sicut, commod.* Quod etiam de arbitrio vel arbiterio, vt loqui solent, recepto Vlpianus ait in *l. 3. §. 1. hoc tit.* videlicet ab initio liberum, & extra necessitatem iurisdictionis positum esse arbitrium recipere, id est, non imponi cuiquam a prætore necessitatem recipiendi arbitrij. Quare maxime distat arbitrium a iudicio ordinario, quia inuitum prætor iudicare iubet, quem sors iudicem fecerit, *l. vlt. §. indicandi, de mun. & honor. l. pen. de vacat. mun.* At inuitum arbitrium recipere prætor neque iubet, neque cogit. Sed si quis sponte sua arbitrium receperit ex consensu & compromisso litigantium, eum sane officio, quod vltro recepit, perfungi, & iudicare, vel sententiam dicere cogit. Recipere arbitrium vel mandatum, est promittere, non, vt solet, adhibita stipulatione, sed nudo sermone. Caius in *l. si quis alicuius §. qui suscepit, mand.* qui, inquit, *suscepit mandatum, deserere promissum officium non debet.* Idem dici potest de eo, qui suscepit arbitrium. Vnde non is tantum obligatur, qui mandatum alterius recipit, verum etiam is, qui recepit arbitrium ex consensu litigatorum: sed ille mandatum explere cogitur per actionem, & formulam certam, id est, per actionem mandati. Hic vero, qui recepit arbitrium, non per formulam, sed extra ordinem, a prætore compellitur sententiam dicere, & quidem eo non spectato, cuius dignitatis sit, si modo pari aut maiore, quam prætor imperio præditus non sit. Sane consularis, id est, qui desiit esse consul, arbitrium recipere, & si receperit, sententiam dicere compelli potest, quamuis summa sit eius dignitas. Nam & post finitum consulatum dignitas durat. Non tantum consulatus, sed & consularis dignitas est. Magistratus etiam quicumque arbitrium recipere potest, sed non potest a prætore cogi sententiam dicere, nisi qui minor siue inferior magistratus est, veluti ædilis curulis, aut quæstor. Potest, inquam, quicumque magistratus ex compromisso partium, arbitrium recipere cuiuscumque rei, præterquam eius de qua iudex est, *l. 9. §. pen. hoc tit.* Eius enim rei, de qua iudex est, arbitrium recipere non potest: sicut nec iudex quisquam specialis, id est, iudicis partes deponere & arbitri suscipere non potest, quia iudicis munus publicum est, quod nemo subterfugere, aut sibi iniunctum permutare, aut interpolare potest. Lege etiam Iulia iudiciaria (vt ait *d. l. 9. §. pen.* & simul de alio capite l. Iuliæ in *l. cum lege hoc tit.* fit mentio) hac, inquam, lege prohibetur iudex, ea de re, cuius est iudex, in se compromitti iubere: quia in eius potestate non est, vt munus sibi iniunctum defugiat, vel deponat. Potest quidem, si spes aut facultas videatur esse componendi negotij, officio iudicis paulisper dilato, communis amici, & quasi pacificatoris partes suscipere, aut suadere litigatoribus, vt inter se de negotio omni transigant, quæ tamen suasio iudicis iudicati auctoritatem non habet, vt eleganter ait *l. 7. C. de sent. & interlocut.* quia non vt iudex, vel arbiter compromissarius id suadet, sed vt communis amicus, vt interpres, & sequester pacis, vt arbiter honorarius. Cæterum ex iudicio facere arbitrium non potest, adhibito compromisso partium, quia partes sibi iniunctas commutaret, quod non potest. At si, cuius rei magistratus iudex non erat, eius arbitrium receperit, vel in ipso magistratu, vel antequam iniret magistratum, neque enim delato magistratu, & initio desiit esse arbiter, eum prætor, si prætore inferior fuerit, puta ædilis aut quæstor compellere potest ad sententiam dicendam; non autem si maior, aut par fuerit imperio. Quod Paulus hoc libro primum exposuit in *l. 4. hoc tit.* non posse cogi, quod imperij verbũ est, cuius maius aut par imperium est, quia nec in maiorem, nec in parem imperium habet: minor in maiorem, vel par in parem imperium non habet. Ergo eum cogere non potest, *l. 3. §. vlt. hoc tit. l. 13. §. pen. ad Senatusc. Treb.* Consularem quidem cogere potest, quia iam nullum habet imperium. desiit enim esse consul, sed dignitatem quandam retinet. At consulem cogere prætor non potest, consul enim est maior magistratus, & qui maiorem magistratum dicit, consulem dicit, auctore Festo, quanquam & prætor consulis collega diceretur. Plinius in laudatione Traiani Imperatoris: *Consul,* inquit, *pleraque ad pretores remittebat, atque ita, vt collegas vocaret.* Vel igitur prætor non habet imperium in consulem, quia eius est maius imperium, vel quia consulis est collega, & collega etiam in collegam non habet imperium. M. Tullius 9. ad Atticum. epist. 9. *Consules aut Prætores a prætoribus rogari non esse ius, quod maius imperium a minore rogari non sit ius: prætores autem cum ita rogentur, vt collegæ consulum sunt, quorum,* inquit, *est maius imperium.* Vnde apud Gell. 13. cap. 14. ita verba Tuditani restituenda sunt: *quia imperium minus prætor, maius habet consul, & a minore imperio maius, aut a maiore collega rogari iure non potest.* Prætor autem quamuis minus imperium habeat consulis collega dicebatur, vel quod absentibus consulibus consulare munus in vrbe obiret. Mar. Tull. 10. epist. ad famil. *pretorem vrbanum absentibus consulibus more maiorum consulare munus sustinere,* & Plinius 14. *Consules,* inquit, *aut si abierint, prætor vrbanus supplicationes constituat.* Et Titus Liuius lib. 24. *Consulibus ad bellum profectis pretorem*

prætorem vrbi præesse: vel etiam prætorem dici consulis collegam, quod non sit absurdum, vt in eadem iurisdictione, alter altero maius imperium habeat. Quod maxime notandum, & probatur perspicue *l. iudicium inf. de iudic.* Exempli gratia, proconsul legato suo profecto maius imperium habet, & eadem tamen iurisdictio est, quam hic & ille habet. Deinde proconsul in eadem iurisdictione legato suo maius imperium habet. Quod dixi paulo ante, absentibus consulibus prætorem obiisse consulum munus, id ostendet etiam *l. 2. §. cumque Consules, de orig. iur.*

Ad leg. 8. de recept.

Sed si ita compromissum sit, vt vel alterutrius sententia valeat, Titium cogendum.

NVnc iis addamus tantum, quod est in *l. 8. hoc tit.* ex eodem Paulo. In serui hominis arbitrium litigatores compromittere non possunt, quia indignum est (hanc esse rationem opinor) liberis hominibus a seruo imperari, seruum hominem liberum iubere aut vetare quicquam facere, aut non facere. Nam hæc verba *veto & iubeo*, vt pleræque leges hoc titulo ostendunt, sunt verba arbitrorum, qui ex compromisso adeuntur. Ideoque si in Titium liberum hominem & seruum, compromissum sit, Titius non cogitur sententiam dicere, quia cum eo coniunctim recepit arbitrium, qui arbiter esse non potest. Ergo & propter eum, nec ipse potest esse arbiter, sed vt ait *l. 8.* si ita sit compromissum in liberum hominem & seruum, vt vel alterutrius sententia valeat, hoc est, non coniunctim, sed disiunctim, siue alternatim, tum liber homo cogitur sententiam dicere non adhibito seruo.

Ad l. 10. eod.

Vel alium arbitrum.

ADdamus etiam alium casum ex *l. 10. hoc tit.* quo arbiter non cogitur sententiam dicere, si litigatores spreta auctoritate eius arbitri, in quem semel consenserant, ad alium arbitrum ierint, mox ad priorem redierint, quia æquum non est, vt prior arbiter rem inter eos disceptare cogatur, qui ei contumeliam hanc fecerunt, vt ait *l. 10.* vt eum spernerent, & ad alium irent. Vnde colligere est, litigantes posse mutata sententia ab eo discedere, in quem consenserunt semel, posse omnes scil. vno consensu. Cæterum si vnus tantum eiuret arbitrum, incidet in pœnam compromissi.

Ad l. 12. eod.

Quo casu ad prætorem pertinebit in eo forsitan solo, vt si possit dies compromissi proferri, proferatur.

EX l. 12. intelligimus, non cogi etiam arbitrum sententiam dicere, nisi ex vtraque parte pœna compromissa sit, si qua pars eius sententiæ non staret. *In vanum*, inquit Manilius, *labor is cedit, quem despicit auris.* In vanum æque cederet labor arbitri, quem partes, quæ eum adierunt, impune despicere possint. Hæc est ratio, propter quam non cogitur arbiter sententiam dicere, qui sine compromisso sumptus est, quia inefficax eius sententia est. Nemo cogitur id facere, cuius effectus nullus futurus est. Et eadem ratione compromissum a conditione vacuum esse oportet, purum esse oportet: Nam si sub conditione compromissa sit vtrinque pœna, si quis arbitri sententiæ non steterit, antequam conditio extiterit, arbiter non cogitur sententiam dicere, ne si ante dixerit, ea constituatur irrita & inefficax, postea deficiente conditione compromissi, *l. 11. §. vlt. sup. hoc. tit.* Et addit Paulus in *l. 12.* hoc casu, cum compromissum sub conditione confectum est, ad prætoris officium hoc tantum pertinere, vt si dies compromissi proferri possit, proferatur, id est, vt cogat arbitrum diem compromissi proferre, non etiam, vt cogat sententiam dicere, antequam conditio compromissi extiterit. Dies autem compromissi proferri potest, si inter partes pœna compromissa hoc actum sit, vt arbiter, quem susceperunt, sententiam diceret intra menses tres, verbi gratia. Potest sine die compromissum fieri, *l. 14. hoc tit.* sed plerumque dies ei apponitur, puta, vt arbiter litem finiat intra diem certũ, intra menses tres. De eo autem die proferendo nonnunquam ita cauetur, vt si intra illum diem, intra tres menses arbiter sententiam dicere non possit, diem compromissi proferri iubeat in alios tres menses, verbi gratia, vel duos. Non potest sola conuentio litigatorum diem compromissi proferre sine iussu arbitri, sed neque solus arbiter sine conuentione litigatorum, id est, nisi id litigatores ei nominatim permiserint, vt in *l. 32. §. dies, & §. vlt. l. 33. l. 50. inf. hoc tit.* Prætor autem in specie proposita, si compromissa sit pœna sub conditione, si nauis ex Asia venerit, tot millia dari, ni quis sententiæ arbitri steterit pendente conditione, tametsi non possit arbitrum cogere, vt sententiam dicat, tamen cogere eum potest, vt diem compromissi producat, si proferri possit, & quando possit, iam dixi. *Cogere*, inquam. Quod verbum est frequens in hoc titulo, & multo maioris momenti, quam verbum iubere. Non ergo iubere tantum, sed etiam cogere, pignoribus captis, vt ante dixi, vel indicta mulcta, vel in corpus arbitri iniecta manu. Iubere quodammodo est precarium verbum, vel optatiuum. Vt cum dicimus *iubeo te saluere*, & in *l. Aurelius §. pen. de liberat. leg. Reddi iubeo*, fideicommissum est, non legatum. *Cogere*, semper est imperij verbum, *l. 3. §. vlt. & l. 4. sup. hoc tit. l. a quo seruus, de rei vind.* Et in Comœdia, *Iubeo, imo cogo & impero.* Ideoque prætor, qui in iudicem compromissarium imperium non habet, cogere eum vel vrgere ad sententiam non potest.

Ad l. 16. eod.

Et si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incidat. Sed in causa valetudinis, similibusve, causa cognita differre cogitur. §. 1. Arbiter iudicij sui nomine, quod publicum, aut priuatum habet, excusatus esse debet a compromisso, vtique si dies compromissi proferri non potest. Quod si potest; quare non cogat eum, cum potest proferre? quod sine vlla districtione ipsius interdum futurum est. Si tamen vterque velit, eum sententiam dicere: an quamuis cautum non sit de die proferenda, non alias impetret, quia iudicium habeat, ne cogatur, quam si consentiat, denuo in se compromitti? hæc scilicet si dies exitura est.

REpetendum est ex *l. prox. sup.* in hoc edicto districte quidem & abscise prætorem edicere, se eum, qui arbitrium receperit, sententiam dicere coacturum, non addere, se causa cognita coacturum, sed vt in edicto de in ius vocando, *l. 11. eod. tit. de in ius voc.* & in edicto de proc. *l. 8. §. vlt. de proc.* tamen causa cognita res temperanda est, recepta arbitri excusatione. Nam & iudicis dati, quo minus iudicio operam det, excusatio recipitur, vt si valetudo, quæ postea contigerit, vel sacerdotium, quod postea nactus est, vt cogatur semper interesse sacris, id ei munus remittet, *l. pen. de vacat. mun.* Et similiter arbitrio ex iusta causa remittitur necessitas causæ disceptandæ, & sententiæ dicendæ, vt si infamatus sit a litigatoribus, si contumelia quadam affectus sit ab eisdem, vt in *l. 11. in princ. hoc tit.* vel si inimicitiæ capitales inter eum & litigatores, vel alterum ex litigatoribus intercesserint, vel si senium ætatis, vel valetudinem alleget, quæ post susceptum arbitrium superuenerint, vel si maiore re sua distringatur, si necesse habeat longinquo proficisci rei suæ causa, adeundæ hereditatis causa, vel si munus aliquod reipub. peregre obiturus sit, veluti Sitonæ munus, id est, frumenti populo coemendi munus, vel vt Paulus addit in hac l. 16. si qua alia incommoditas ei incidat post arbitrium susceptum, vt si lingua ei

abscissa sit. Verum ex iis causis omnibus excusationum, quædam in perpetuum excusant, vt inimicitiæ capitales, aut senium ætatis. Quædam ad tempus tantum, vt morbus temporarius, tertiana febris, quoniam ex hac causa differre, non deserere susceptum officium arbiter debet; ex superioribus deserit, ex his differt tantum. Et differre Paulus ait, quod 12. tab. diffindere, quum iubent iudicij diem diffindi: ex eadem causa, si iudex in morbum inciderit, non solui iudicium, sed diffindi, *l. quæsitum, de re iudic. l. 2. §. si quis iud. si quis cautionib. l. iudex, de iudic.* Item, si arbiter maiore re sua distringatur, veluti iudicio publico, aut priuato, in quo versetur periculum totius rei suæ familiaris, sane excusandus est, vel dum eo se negotio expediuerit, vid. si compromissi dies proferri non possit, id est, si non cautum sit de die proferendo. Excepto vno casu, si vt ait in fin. huius legis, cum dies exitura esset, id est, dies compromissi, sicut in *l. 13. §. vlt. hoc tit.* Si cum dies igitur compromissi exitura esset, id est, si cum finiretur, vt ait *l. 21. §. Papinian. hoc tit.* cum instaret finis eius, cum ex tribus mensibus, verbi gratia, qui arbitro præstituti erant ad pronunciandum, superessent tantum duo vel tres dies, & forte ipse in mora fuisset, quo minus intra diem compromissi, intra tres menses causa finiretur, & nunc pene in ipso extremo huius temporis litigatores velint die prolato in eum denuo compromittere: hoc casu non excusatur arbiter, eo quod iudicium habeat aliquod publicum vel priuatum, nisi denuo patiatur in se compromitti, & secundum arbitrium recipiat. Et hoc si dies compromissi non potuit proferri. Quod si dies compromissi proferri potuit, prætor eum compellit, & cogit diem proferre, quia, inquit, Paulus, *fine vlla districtione ipsius, interdum futurum est*, nempe die prolato: non ideo auocabitur a iudicio publico vel priuato, quo distinetur. *Interdum* hoc loco, pro *interim*. Nihil est verius, sicut ex diuerso, *interim*, pro *interdum l. 3. mand. l. pen. §. vlt. de cond. & demonst.* Et apud Quintil. & apud Senecam passim, qui promiscue vtuntur his articulis interdum & interim. Sensus autem hic est: Ob diem compromissi prolatum interim, dum is dies pendet, & largitur arbitro spatium exequendi sui iudicij priuati vel publici, ea re nullo modo distringi eum. Quod dicit eadem forma, qua Florus initio lib. 4. *distringere vrbem incendiis:* quum qui scalis admotis ascensuri sunt muros, curant prius vrbem distringi incendiis, vt dum eiusdem restringendis incendiis dant operam, ipsi facilius murum expugnent. Et Liuius 44. similiter, *populatione distringere copias regales.* Et ita hæc l. 16. explicanda est. Ex qua etiam notanda differentia est, inter *differre disceptationem siue arbitrium, & diem compromissi proferre.* Qui diem compromissi profert, etiam differt disceptationem: sed non contra, & qui differt disceptationem, diem compromissi profert. Nam etsi de die proferendo nihil cautum sit, ex causa differri causæ disceptatio potest; intra tamen compromissi diem, si dies compromisso adiecta fuerit, vt puta, si arbiter morbo sontico impediatur, quod ostendit initio huius legis, & vt in *l. 13. §. vlt. sup.* si arbiter iuret sibi de causa nondum liquere, vt in *l. Pomponius, de re iudic.* Vnde nascitur, quæ dicitur ampliatio, id est, dilatio negotij, quod præter Asconium Pædianum Carisius Sosipater explicat in hunc modum. *Iudices*, inquit, *quotiescumque significant, adhuc se audire velle, amplius dicebant, vel non liquere pronuntiabant, vel iurabant, & ita negotium differebatur.* Vnde hodie, ampliare iudicium, differre. Quamobrem apud Zonaram quum scribit de reatu M. Manlij Capitolini tom. 2. ὑπερτίθεσθαι τὴν ψῆφον est *differre, ampliare*, in 12. tab. *diffindere.*

Ad leg. 19. eod.

Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad prætorem non pertinere, Labeo ait: dummodo dicat quod ipsi videtur. Et ideo si sic fuit in arbitrum compromissum, vt certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium nec cogendum sententiam dicere Iulianus scribit libro quarto Digestorum. §. 1. Dicere autem sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, vt secundum id discedere eos a tota controuersia velit. Sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controuersias finierit, non videtur dicta sententia: sed adhuc erit a prætore cogendus. §. 2. Vnde videndum erit, an mutare sententiam possit. Et alias quidem est agitatum, si arbiter iussit dari, mox vetuit, vtrum eo, quod iussit, an eo, quod vetuit, stari debeat. Et Sabinus quidem putauit posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat: & ait, Sabinum non de ea sensisse sententia, quæ arbitrium finiat, sed de præparatione causæ: vt puta si iussit litigatores Calendis adesse; mox Idibus iubeat: nam mutare eum diem posse. Cæterum si condemnauit vel absoluit; dum arbiter esse desierit, mutare se sententiam non posse.

Sequitur, ad prætorem non pertinere, id est, prætori non esse curæ, aut officio prætoris non incumbere, qualem arbiter sententiam dicat: prætorem, vt Basilica habent, non πολυπραγμονεῖν sententiam arbitri: quem locum Basilicon Zonaras citat *in can.* 123. Concilij Carthaginensis, quod est de arbitris compromissariis. Satis igitur esse, si arbiter dicat, quod sui iudicij est in ea re, quod ipsi videtur, τὸ δοκοῦν. Et hoc distat maxime arbiter a iudice, quem prætor sortito dat, vel ex consensu litigatorum. Huic enim præscribit certam formulam iudicandi, quam sequatur in iudicando, *l. mortuo, de iud.* vel si forte inter litigatores conuenerit, quid pronuntietur, non abs re est, iudicem eiusmodi sententiam proferre, de qua conuenit inter litigatores, *l. 26. de re iudi.* Arbitro autem nulla præscribitur formula. Imo si conuenit inter litigatores de sententia certa, quam dicat, iam non est arbiter, cui non permittitur arbitrium. Quid enim est arbitrium? libera facultas dicendæ sententiæ, *l. item 17. §. inde Pomponius, hoc tit.* Et hoc quoque discrimen confirmat Seneca 3. de benefic. *meliorem*, inquit, *esse conditionem causæ bonæ, si ad iudicem, quam ad arbitrum mittatur: quia*, inquit, *illum formula includit, & certos, quos non excedat terminos, ponit. at huius libera nullis adstricta vinculis religio; & detrahere aliquid potest, & adijcere, & sententiam suam non prout lex, vel iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia impellit & regit.* Tunc autem, vt subiicit in hac l. 19. videtur arbiter sententiã dicere, quum definit totam controuersiam. plenam esse oportet arbitri sententiam, vt & iudicis, *l. 9. C. de iud. l. 2. 3. Cod. Theod. de sent. ex peric.* D. Augustinus contra Donatistas collat. 3. *legibus iudices prohiberi semiplenam proferre sententiam.* Et ideo, quod etiam in hac l. ostenditur, si plures sint controuersiæ, de quibus simul ex compromisso captus sit arbiter, æque de omnibus simul pronuntiare debet: alioqui non videtur sententiam dixisse, & adhuc cogi ad sententiam potest: sententia semiplena non est sententia. Et postremo addit, arbitrum mutare sententiam suam non posse, quia scilicet finem imposuit controuersiæ, vel controuersiis, per absolutionem vel condemnationem rei: non posse mutare sententiam definitiuam, quia officio suo perfunctus est: non posse eam corrigere, vt *l. seq.* quod & de iudice dicitur, *l. iudex posteaquam, de re iudic.* etiam si male iudicauerit, quia desiit esse iudex. Dices, *male iudicauit*, dicam, *At iudicauit.* Rursus dices, *non debuit ita iudicare*, dicam, *at potuit.* Seneca sæpe in declamat. & controuersiis, *Sæpe iudex*, inquit, *quam tulit de reo tabellam, reuocare non potest. quæsitor non mutat pronuntiationem suam.* Et Apuleius 1. Flor. *sententia semel lata, neque augeri littera vna, neque minui potest.* Et hoc, vt dixi, si definitiua sententia fuerit. Sed si quid interloquendo & præparando causam arbiter iusserit aut vetuerit, sane id mutari potest, vt si iusserit (quo exemplo hic vtitur) litigatores Calendis adesse, mox mutata opinione potest iubere Idibus adesse, non Calendis, quia hæc eius interlocutio, iussum hoc eius, sententia non est proprie. Et ita quoque prætor aut iudex quicumque, quod iussit, vetuitve, non quod finiuit contrario imperio mutare potest, *l. 14. de re iudic. l. 16. de noui op. nuntiat. l. pen. de præt. stip. l. 1. §. vlt. de quæstion.*

Ad

Ad leg. 22. eod. tit. de recept.

Vtique, nisi eius interfuerit, tunc solui.

QVæstio legis vigesimæ secundæ repetenda est ex eo, quod proponitur in *l. superiore* §. *vlt*. Si arbiter pecuniam dari iusserit non adiecto die quo daretur, quem tamen adiicere potuisset, *l. prox.* §. *solutionis*, *sup.* sicut & iudex *l.* 4. §. *si quis, de re iudic.* intelligitur sententiæ eius, qua pecuniam dari iussit; *Iubere*, est verbum commune sententiæ & interlocutionis: intelligitur, inquam, sententiæ eius, vel eius iusso tacite inesse modicum tempus, quo pecunia solueretur, quod Vlpianus in *l. sup.* §. *vlt.* refert ex Celso, & Africanus ex Seruio in *l. traiectitia, de oblig. & act.* Id scil. tempus inesse intelligitur, quod plerumque post condemnationem reis ex *l.* 12. *tab.* indulgeri solet, quod est 30. dierum, & humanitatis gratia indulgeri debet ad conquirendam pecuniam, in *l.* 16. *in fi. de compensat.* ac modicum etiam tempus appellatur in *l. si debitori, de iudic.* quod tempus, vbi præterierit, statim ab eo, qui pecuniam iussus est dare, nec dedit, compromissi pœna actione ex stipulatu peti potest, quia non paruit arbitro: nisi antequam secum ageretur ex stipulatu, pecuniam dederit, soluerit, vel obtulerit aduersario, qui causam obtinuit apud arbitrum. Hoc enim casu, quamuis obtulerit eam, post illud modicum temporis spatium, pœna non intelligitur esse commissa, neque ab eo peti potest. Denique oblatio illo tempore facta, eum absoluit pœna compromissi, quia non ex solo die tacito, antequam cum eo ageretur, moram fecisse intelligitur, sed ex litis contestatione demum, vt *l. vlt. inf. hoc tit.* Quam ibi rectissime Accursius interpretatur, & hoc omne ex Celso Vlpianus refert in *l. sup.* §. *vlt.* & ex eodem Celso in *l. seq.* 23. ostendit hac in re distinctionem adhibendam esse. Distinctio est magni momenti: simul atque quæstio omnis, aut arbiter, aliquem intra certum diem pecuniam dare iussit, aut dumtaxat dare iussit, non adiecta die, intra quam daret: si intra certum diem dare iussit, & is, quem iussit dare, in mora fuerit, quo minus daret, intra eam diem statim die præterita, & antequam cum eo agatur pœnæ nomine, pœna compromissi committitur, nec ab ea liberatur, si postea pecuniam offerat, nisi eam aduersarius acceperit, quam accipiendo satis ei fit, aut satis esse factum sibi demonstrat. Sola oblatio non liberat debitorem intra diem certum, pœna iam commissa semel, *d. l. traiectitia, l. si fundus* §. *vlt. de lege commiss.* Sed si dumtaxat arbiter dari iussit non adiecta die, qua daretur, & post illud modicum spatium, quod huic sententiæ vel iusso tacite inesse intelligitur, pecuniam offerat is, qui iussus est eam dare, antequam cum eo pœnæ nomine ex stipulatu ageretur, a pœna liberatur, quia non intelligitur in mora soluendi fuisse ante litem cum eo contestatam ex stipulatione pœnali is, cui ad soluendum dies certa dicta non erat. Et hoc in *l. seq.* significatur his verbis, *contra vbi dumtaxat dare iussus est.* Quæ tamen verba sunt omissa in Basilicis, quia id iam satis ex eodem Celso idem Vlpianus supra retulerat in *l. prox.* §. *vlt.* Summa totius rei hæc est, *multum interesse solutioni dies certa nominatim statuatur, an tacite insit.* Nam si nominatim facta post diem pecuniæ oblatione, etiam si facta sit antequam ageretur ex stipulatione pœnali semel commissa, pœna non euanescit, immo peti potest, etiamsi nihil actoris intersit, *l.* 38. *inf. h.* Sin vero dies tacite insit, post diem facta oblatione, & antequam ageretur ex stipulatione pœnali, pœna euanescit: præterquam, vt Paulus adiecit in h. l. 22. si aduersarij interfuerit intra illud tempus, quod tacite inerat sententiæ arbitri, pecuniam solui, id est, nisi aliquod incommodum senserit ob tardiorem eius pecuniæ solutionem. Quo casu minus soluisse intelligitur, qui tardius soluit, *l.* 12. *in fi. de verb. signif.* Alioquin si nihil intersit actoris, si nulla in ea re sit captio actoris, non intelligitur minus soluisse, qui debuit in diem tacitam, & post eam diem soluit. At si debuit in diem expressum sub pœna, vt ponimus, intelligitur minus soluisse, etiam si nihil actoris intersit. Et secundum hæc, quod ait *l.* 27. §. 1. *hoc tit.* si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit, & is vita decesserit antequam daret, pœnam non committi, si heres eius paratus sit pecuniam offerre. Sic interpretamur, si modo heres offerat intra diem solutioni præstitutam, vel nulla die præstituta, si offerat, antequam pœnæ nomine agatur ex stipulatu. Quod autem dixi, eum, qui certa die iussus est dare, si per eum steterit quo minus daret intra eum diem, nec si post diem offerat, antequam cum eo actum sit ex stipulatione pœnali, eum pœna non liberari, quæ semel commissa est, ei nihil obstat *l. etsi post tres, si quis cautionib.* quam obiicit Accursius. Quia vt fusius ostendimus in *l.* 84. *de verb. obligat.* & ad Africanum in d. lege, *traiectitia*, lex, *etsi post tres* non loquitur de stipulatione in diem certam iudicio sisti pœnali, sed de ea, quæ in quantum interest, quantiue ea res est concipitur. Stipulatio pœnalis strictior & seuerior, quam stipulatio quanti interest. Illa stipulatio pœnalis scilicet ex die certo, qui solutioni præstiturus est, statim committitur sine interpellatione, nec debitori, per quem stetit, quo minus sua die solueret, postea soluendo, vel offerendo pecuniam debitam, antequam accipiatur ex stipulatu iudicium, eam euitare potest, etiamsi stipulatoris nihil interfuerit sua die pecuniam solui. Hæc vero stipulatio, quæ non in pœnam, sed in quantum interest concipitur, non committitur ante litis contestationem, & ideo integrum est debitori, antequam ex ea agatur, offerendo pecuniam se omnino liberare, nisi probetur stipulatoris interfuisse sua die pecuniam solui, vt in *d. l. etsi post tres.* Et hæc quidem quæ hactenus dixi de hac quæstione, ita se habent, si litigatores compromissum fecerint, arbitrum sumpserint, & arbiter aliquem nominatim iusserit certa die pecuniam dare, & per eum mora fuerit, per eum steterit, quo minus daret, vt scilicet statim pœna committatur, nec ea liberetur postea offerendo pecuniam. Sed si per eum non steterit, de quo casu nondum dictum est, quo minus pecuniam daret intra statutum diem, sed per aduersarium, qui sua die oblatam pecuniam accipere noluit absque iusta causa, & qui ideo in mora fuit accipiendæ pecuniæ, ipso iure pœna compromissa non committitur, *l. seq.* §. *vlt. l.* 40. *in fi. inf. hoc tit.* Verum vt Paulus addit in *l.* 24. si aduersarius, qui fuit in mora accipiēdæ pecuniæ, postea eam accipere paratus sit, & eam petat, nec ei detur, proculdubio pœna committitur, quia, inquit, qui dare iussus est, non ante fecerat, quod facere iussus erat, id est, non dederat pecuniam; & vt obtemperatum videatur arbitro, omnimodo pecuniam dare oportet, quia pecuniam dari iussit, si aduersarius eam accipere velit. Et huic loco, hoc est huic legi 24. adnecti potest, quod idem Paulus scribit in *l.* 121. *de reg. iur.*

Ad l. 121. de reg. iur.

Qui non facit, quod facere debet, videtur facere aduersus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet: non videtur facere id, quod iussus est.

AIt, non videri quem facere, quod facere iussus est, puta non videri pecuniam dare, quam dare iussus est, qui alij eam dat, quam cui dare iussus est, vel qui aliam rem dat, vel offert pro pecunia; & videri eum quoque facere aduersus ea, quæ facere iussus est, vt qui non dat pecuniam, quam dare iussus est. Nam & non facere, facere est. Hoc enim is, qui non facit, facit, vt facere nolit. Priuatio actionis, actio est. Alioquin non est vera Stoicorum sententia, a quibus nostri Iurisconsulti imbuti sunt: omne peccatum esse actionem, quoniam quædam peccata in non faciendo consistunt, quæ tamen Grammatici delicta potius, quam peccata esse dicenda putant. Ac præterea si non facere, non est facere, in diuisione stipulationum in eas quæ in dando, & in eas, quæ in faciendo consistunt, *l.* 2. *de verb. oblig.* dicere posses, non contineri eas, quæ con

sistunt in non faciendo, quod tamen est falsum. Dicere etiam posses, non recte esse scriptum in §. *sed si vxor, Institut. de nuptiis,* rectius facere eum, qui abstinet a sponsa filij vel patris. Quid plura? Paulus ipse in *l. facere, de verbor. signif.* facere oportere, & hanc, inquit, significationem habet, vt abstineat quis ab eo facto, quod contra conuentionem fieret, & curare, ne fiat. Et in Comœdia Adelphorũ: *Hæc si neque ego, neque tu fecimus, non siuit egestas facere nos: tu nunc tibi id laudi ducis, quod tum fecisti inopia.* vbi doctissimus Donatus eleganter, *nota*, inquit, *fecisti, in eo quod significat non fecisti.* Porro pœna compromissi committitur, quum aduersus compromissum quis fecit, *l. 31. in princ. de recept.* Et aduersus cõpromissum facere videtur non tantum, qui facit quod facere onn iussit arbiter, sed & qui non facit, quod facere iussus est, vt ait *d. l. 121.* Quia & vna eademque opera, vna fidelia facere & non facere videtur. Vnde si ita fuerit concepta stipulatio, *si aduersus sententiam arbitri factum fuerit, tot millia dari,* stipulatio committitur non tantum, si quis fecerit, quod facere non debuerit, vt si petierit ab eo, a quo arbiter peti vetuit, *l. 29. eod. tit. de recept.* sed etsi non fecerit, quod arbiter eum iussit facere, vt si non dederit pecuniam, quam dare iussus est: nam & hic fecisse videtur. Et retro si ita concepta stipulatio fuerit, *si quod arbiter iusserit, factum non erit, tot millia dari,* stipulatio committitur, non tãtum si quis non fecerit quod facere debuit, sed etsi fecerit quod facere non debuit. Nam & hic non fecisse videtur. etiam non facere, est facere, & retro etiam facere, est non facere. Denique siue hoc illo modo concepta fuerit stipulatio, in eam incidit, & committit tam is, qui id facit, quod ad arbitro facere iussus non est, quam qui non facit, quod facere iussus est. Et ita est explicanda l. 121. in qua præter ἐπιγραφὴν, quæ est ex eodem lib. vel verbum *iussus* satis aperte ostendit, eam pertinere ad quæstionem propositam de arbitris compromissariis.

Ad legem 26. eod. titul. de recept.

Ne in potestate sit fideiussorum postea se non obligantium, vt pœna committatur. Idem & si decesserint.

SI litigatores compromissum fecerint, arbitrum sumpserint, qui litem discuteret intra diem certam, & ni sententiæ eius starent, pœnam compromiserint datis fideiussoribus, eidemque arbitro fecerint potestatem prorogandi & proferendi diem, die prolato quasi aliud nouum compromissum est, & fideiussores prioris compromissi non tenẽtur, nisi vltro in posteriore compromisso se obligarint. Cæterum si nolint se obligare etiam in posteriore compromisso, litigatores, quia non possunt minuere aut mutare conditionem prioris compromissi, quæ talis fuit, vt ei adhiberentur fideiussores, in posterioris compromissi causam debent adhibere alios fideiussores, non absimiles fide & facultatibus; & alios adhibere tam idoneos satis erit: nec enim coguntur eosdem adhibere. Alioqui, vt hoc loco Paulus ostendit, si eosdem adhiberi oportet, in potestate eorum esset recusando onus posterioris compromissi, vt pœna prioris compromissi committeretur, quasi non impleta fide & conditione compromissi, puta non adhibitis iisdem fideiussoribus, quod tamen esset iniquum ponere, aut esse in potestate eorum. Et ideo, etiamsi eosdem fideiussores non dederint in secundo compromisso, quod cœpit a prolatione diei, sed dederint alios non minus idoneos, litigatores pœnæ periculum euitabunt. Et similiter mortuis prioribus fideiussoribus alios adhibere debent. Item vt opinor, iisdem fideiussoribus ad inopiam redactis inopinatæ fortunæ impetu quodam, vt ait *l. 4. vt in poss. leg. l. 10. qui satisd. cog.* alios fideiussores in eorum locum substituere debent. Nec vltra produco sermonem istum, sed transeo ad l. 28. eod.

Ad leg. 28. eod.

Non autem interest certa an incerta summa compromissa sit, vt puta quanti ea res erit.

CErtum est, arbitrum non cogi sententiam dicere, nisi pœnæ vinculum, id est, compromissum interuenerit, *l. 11. §. 1. hoc tit.* vel vt est in edicto, nisi pecunia compromissa sit. Vbi *pecuniæ* verbum latius accipitur, non tantum pro nummis, sed & pro re qualibet; & non tantum pro certa summa, sed & pro incerta, vt si cõpromiserint quanti ea res est, id est, quanti interest ob id, quod non pareatur sententiæ arbitri. Incerta est summa eius quod interest, & incerta stipulatio igitur, quanti ea res est, *l. 2. § incertam, de præt. stipul.* quia incerta est æstimatio eius quod interest, & arbitraria, id est, posita in arbitrio iudicantis, *l. vlt. de præt. stip. l. semper §. in hoc interdicto, quod vi aut clam.* Nam quatenus intersit, in facto potius, quam in iure consistit, vt est in regulis iuris, *l. quatenus, de reg. iur.* Valet igitur compromissum ita factum, si quis arbitri sententiæ non steterit, quanti ea res erit dari, vel quanti ob eam rem actoris interest dari, vel interesit dari. Imo vt ostenditur in *l. super. §. vlt.* & ita recte compromissum fit, si stipulati sint simpliciter, *sententiæ arbitri stari promittis? promitto,* quia huic stipulationi conceptæ simpliciter intelligitur inesse præstatio eius, quod interest, *l. vlt. si quis in ius voc. l. pen. si qu. caution. iud. sist.* & quod Petrus dicebat, hoc casu arbitrum non cogi sententiam dicere cum simpliciter conceperint stipulationem, Ioannes vt cum Lucretio loquar, *iure increpat, incilatque,* quia pecunia promissa intelligitur, etiam si simpliciter concepta sit stipulatio, sententiæ arbitri stari, nullo alio addito adiuncto, pecunia inquam, promissa intelligitur, non quidem certa, sed incerta quod satis est: quia prætor in hoc edicto non pecuniam certam, sed pecuniam compromitti exigit, & pecuniam vtique compromittit, qui incertam compromittit, hoc est in quantum intererit.

Ad leg. 30.

Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat: quidã dicunt, prætorem non interuenire ad cogendũ arbitrum sententiam dicere: quia iam pœna non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc obtinuerit: futurum est, vt in potestate eius, quem pœnitet compromisisse, sit compromissum eludere. Ergo aduersus eum pœna committenda est: lite apud iudicem suo ordine peragenda.

SI vnus ex litigatoribus facto compromisso, mox pœnitentia actus ab arbitro migret ad iudicem ordinarium, & apud eum eadem de re litem contestetur, quidam dicebant, vt Paulus refert hoc loco, arbitrum a prætore cogi non posse ad sententiam dicendam: hac ratione, quia re in iudicium deducta, soluitur compromissum, finem accipit compromissum, *l. 32. §. summa, inf. hoc tit.* Et hactenus quidem illi recte dicebant: nam verum est solui compromissum, si vel vnus ex litigatoribus ab arbitro ierit ad iudicem. Verum est arbitrum non cogi sententiam dicere: sed verum non est, quod iidem illi inferebant, ex hac causa etiam pœnam compromissi non committi: Nam verius est, ex hac causa pœnam compromissi committi, etiam soluto compromisso. Sane si neglecto arbitro ambo ad iudicem ordinarium ierint, soluitur compromissum, deficit compromissum, nec pœna committitur, *l. 10. in fi. hoc tit.* At si vnus tantum ex litigatoribus ad iudicem ierit, & aduersarium coegerit ad iudicium accipiendum, soluitur quidem, deficitque compromissum, sed non etiam pœna non committitur, id est, imo pœna committitur. Alioqui esset in potestate vnius ex litigatoribus, quem pœnitet compromisisse, eundo ad iudicem, compromissum eludere: & ideo ex hac causa pœna committitur. Cæterum res peragitur apud iudicem: Nam vbi acceptum est semel iudicium, ibi &

ibi & finem accipere debet, *l.* 30. *de iudic. Lite*, inquit, *suo ordine apud iudicem peragenda*. Suo ordine. Quid hoc est? Vtrum solemni iudiciorum ordine? An vero sua vice pro ratione temporis, quo lis in iudicium introducta est? vt in *l. pen. C. si pend. appellat. mors interu.* quod magis est. Et videntur omnino hæc verba, *lite apud iudicem suo ordine peragenda*, Triboniani esse, cuius ætate cum extraordinaria omnia iudicia essent, lites apud magistratus peragebantur seruato ordine temporis, quo singulæ venissent in iudicium, *selon le roolle*. Neque vero quicquam oppugnant definitionem huius *l.* 30. leges quas in contrarium adducit Accursius, quia non de pœna contumaciæ sunt, quæ extra rem, qua de agitur, exigitur, vt pœna compromissi, sed sunt de pœna, quæ in locum rei cedit, quæve in sortem imputatur, vt ait *l. quod si ex stipulatione*, *pro soc.* Hac pœna exacta, proculdubio cessat exactio sortis, nisi quid amplius in ea sit. Illa exacta, non consumitur aut minuitur exactio sortis. Nec hæc distinctio pœnæ Accursio incognita fuit, quæ est certissima.

Ad leg. 32. eod.

Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit pœna, quam res qua de agitur. 1. §. Non cogetur arbiter sententiam dicere, si pœna commissa sit. 2. §. Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem. 3. §. Summa rei est, vt prætor se non interponat, siue initio nullum sit compromissum, siue sit, sed pendeat, an ex eo pœna exigi potest, siue postea deficiat pœna compromisso soluto die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto. 4. §. Sacerdotio obueniente, videbimus an cogatur arbiter sententiam dicere: Id enim non tantum honori personarum, sed & maiestati Dei indulgetur, cuius sacris vacare sacerdotes oportet. Cæterum si postea susceperit, iste quoque omnimodo sententiam ferre debet. 5. §. Item non est cogendus, si de negotio transactum est, vel homo mortuus est, de quo erat compromissum: nisi si posteriore casu aliquid litigantium intersit. 6. §. Iulianus indistincte scribit: Si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est: vel de ea (re) de qua publicam iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis, sicariis, & similibus, vetare debet prætor sententiam dicere, nec dare dicta executionem. 7. §. De liberali causa compromisso facto, recte non compelletur arbiter sententiam dicere: quia fauor libertatis est, vt maiores iudices habere debeat. Eadem dicenda sunt, siue de ingenuitate, siue de libertinitate, quæstio sit: etsi ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. Idem dicendum est in populari actione. 8. §. Si seruus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, pœnæ executionem dandam de peculio putat Octauenus. Sed an, si liber cum eo compromiserit, executio aduersus liberum detur, videamus. sed magis est, vt non detur. 9. §. Item si quis Romæ compromiserit, mox Romam in legationem venerit, non est cogendus arbiter sententiam dicere: non magis, quam cogeretur, si litem ante contestatus esset, nunc eam exercere. nec interest, tunc quoque in legatione fuerit, an non. Sed si nunc in legatione compromittat, puto cogendum arbitrum sententiam dicere: quia & si iudicium sponte accepisset, cogeretur peragere. Sunt tamen, qui de isto non recte dubitant: qui vtique nullo modo dubitabunt, si de ea re in legatione compromisit, quam in legatione contraxit: quia & iudicium eo nomine accipere cogeretur. Illud in prima specie potest dispici: an si ante compromisit legatus, cogendus sit arbiter sententiam dicere, si ipse legatus postulet. quod prima ratione poterit videri iniquum, vt in ipsius potestate sit. Sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare: quod facere ei licet. Sed compromissum istud comparabimus ordinariæ actioni, vt non alias audiatur desiderans, vt arbiter sententiam dicat, quam si se defendat. 10. §. Si is faciat controuersiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat: futurum est præiudicium hereditati, si arbiter sententiam dicat. ergo interea inhibendus est arbiter. 11. §. Dies compromissi proferri potest, non cum ex conuentione, sed cum iussu arbitri eam proferri necesse est, ne pœna committatur. 12. §. Si arbiter sese celare tentauerit, prætor eum inuestigare debet, & si diu non paruerit, mulcta aduersus eum dicenda est. 13. §. Cum in plures compromissum est ea conditione, vt quam quilibet vel vnus dixisset sententiam, ei staretur: absentibus cæteris, nihilominus, qui præsens est, cogetur. At si ea conditione, vt omnes dicant, vel quod de maioris partis sententia placuerit, non debet singulos separatim cogere: quia singulorum sententia ad pœnam non facit. 14. §. Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset: testationibus etiam conuentus, ne sententiam diceret, nihilominus nullo cogente dicere perseuerasset: libello cuiusdam id quærentis Imperator Antoninus subscripsit, posse eum vti doli mali exceptione. & idem cum a iudice consuleretur, apud quem pœna petebatur, rescripsit, etiam si appellari non potest, doli mali exceptionem in pœnæ petitione obstaturam. Per hanc ergo exceptionem quadam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri. 15. §. De officio arbitri tractantibus sciendum est, omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi, vt efficere possit, cautum est. non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet: nisi de qua re compromissum est, & quatenus compromissum est. 16. §. Quæsitum est de sententia dicenda. & dictum, non quamlibet: licet de quibusdam variatum sit: & puto, vere non committi, si dicat ad iudicem de hoc eundem vel se, vel alium: (in) se, vel in alium compromittendum. Nam & Iulianus, impune non pareri, si iubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non sit. quod si hoc modo dixerit, vt arbitrio Publij Mænij fundus traderetur, aut satisdatio detur: parendum esse sententiæ, idem Pedius probat: ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, sua sententia finem controuersiæ eum imponere oportet: non autem finiri controuersiam, cum aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur, partemque sententiæ esse, quemadmodum satisdetur, quibus fideiussoribus: idque delegari non posse, nisi ad hoc compromissum sit, vt arbiter statueret, cuius arbitratu satisdaretur. 17. §. Item si iubeat sibi alium coniungi, cum id in compromisso non sit, non dicit sententiam: nam sententia esse debet de re compromissa: de hoc autem compromissum non est. 18. §. Si domini, qui inuicem stipulati sint, procuratores suos agere apud arbitrum velint: potest iubere, ipsos etiam adesse. 19. §. Sed si & heredis in compromissis mentio fit: potest iubere etiam heredem eorum adesse. 20. §. Arbitri officio continetur, & quemadmodum detur vacua possessio. An & satis ratam rem habiturum? Sextus Pedius putat: quod nullam rationem habet: nam si ratum non habeat dominus, committetur stipulatio. 21. §. Arbiter nihil extra compromissum facere potest: & ideo necessarium est adiici de die compromissi proferenda: cæterum impune iubenti non parebitur.

INitio legis ostenditur, compromissum valere, & arbitrum cogi posse ad sententiam dicendam, non tantum, si pœna, quæ compromissa est, maior sit, quam res principalis, qua de agitur, vt *l.* 38. *inf.* sed etsi minor sit, vt in *l.* 4. §. *item quæritur, de doli except.* si quis cum sibi sexcenta deberentur, (vt vulgo legitur, 600. rectius quam in Florentinis, 60.) pœnæ nomine dumtaxat 100. stipulatus sit, vbi *stipulatus* verbum est commune, quod & actiuam & passiuam significationem recipit. Nam in arbitriis constipulatio est, & compromissio, id est, mutua stipulatio, mutuaque promissio, *si quis arbitri sententia non steterit*.

Ad §. item quæritur leg. 4. de dol. except.

SEntentia huius §. maxime indiget interpretatione. Ea mihi videtur esse huiusmodi. Cum eo, qui reuera mihi 600. debuit compromisi, & cum per errorem, cum de vera quantitate debiti certus non essem, & ille quoque ambigeret, pœnæ nomine, ni arbitri sententiæ staretur, stipulatus sum 100. & vicissim ille etiam stipulatus est centum, quæ summa quintuplo minor est, quam summa principalis. Summa pœnalis quintuplo minor est, quam summa principalis, quæ reuera debetur. Valet quidem

Paul. I

stipulatio ex vtraque parte, valet compromissum, sed officio arbitri conuenit iubere tantum dari, vel solui mihi, quantum reuera debetur, id est, 600. aut si iubeat minus dari, saltem non vetare, ne quod amplius est in obligatione petam. Ac si id quoque non vetuerit, quod amplius mihi reuera debetur si petam, incido quidem in pœnam compromissi, quia non sum contentus eo, quod mihi arbiter dari iussit, sed tueri me possum exceptione doli mali, si a me pœna petatur, nimirum hac exceptione, quod amplius petere vetitus non sim. Quod si diserte vetitus sim amplius petere, petere quidem amplius possum: sed hoc casu, quia contra vetitum feci, omnimodo pœnæ compromissi subiugabor. Et hæc est sententia huius §.

Ad §. non cogitur d. l. 32.

SEquitur in hac l. 32. non cogi arbitrum sententiam dicere, si aliqua ex causa pœna semel commissa sit. vulgo, nisi pœna compromissa sit, quod est verum, arbitrum non cogi sententiam dicere, nisi pœna compromissa sit. Sed si legas hoc loco, vt Florent. habent, *si pœna commissa sit*, vt etiam habent Basilica, μετὰ τὸ βεβαιωθῆναι τὴν ποινὴν, *post commissam pœnam*, etiam verissimum hoc est. nec fuit corrumpenda hæc sententia verissima cum illa, quam præ se fert vulgata scriptura, cum satis fuisset ante proposita in *l.* 11. *sup. hoc tit.* Legamus igitur, *si pœna commissa sit, non cogi arbitrum sententiam dicere*, quia pœna semel commissa aliqua ex causa, ex contumacia aliqua, soluitur omnimodo compromissum, & finitur officium arbitri, *l.* 34. §. *vlt.* id est, non cogitur etiam arbiter sententiam dicere, vt subiicit, si fœmina alieno nomine compromittat, quasi defensor rei alienæ, quæ nihil ad se pertinet, quia hanc fœminæ intercessionem improbat Senatusconsultum Velleianum. Et ideo non intelligitur pecunia compromissa, *si fœmina*, inquit, *alieno nomine compromiserit, non erit pecunia compromissa.* Retinet *pecuniæ* verbum, quod est in edicto, non pœnæ. *Qui pecunia*, inquit Prætor, *compromissa arbitrium receperunt.* Non est igitur pecunia compromissa, quia ab ea est compromissa, quæ non potuit compromittere, quæ non fuit idonea defenstrix rei, siue litis alienæ. Et mox ait, *pretorem se non interponere*, id est, non vrgere arbitrum ad sententiam dicendam, siue ab initio nullum sit pœnæ compromissum, vt in superiori specie de fœmina, quæ alieno nomine compromisit, quod compromissum nullum est; siue sit compromissum, sed pendeat, an ex eo pœna exigi possit, vt si sit conditionale compromissum: nam quamdiu pendet conditio, non cogitur arbiter sententiam dicere, *l.* 11. §. *vlt. sup. hoc tit.* siue postea deficiat pœna, id est, si postea soluatur compromissum. Et docet variis modis dissolui compromissum. Finitur morte vnius ex litigatoribus, vnius ex compromissoribus, quia in heredem non transit, nisi id cautum sit nominatim, *l.* 27. §. 1. *hoc tit.* Dissoluitur etiam compromissum die, siue tractu temporis, vt si certa dies arbitro præstituta sit, intra quam sententiam diceret, non data potestate proferendi diem. Die finito soluitur compromissum, finitur officio arbitri, *l.* 21. §. *si intra*, puta si pœna compromissa alteri acceptolata sit, *l.* 13. *hoc tit.* Item soluitur compromissum iudicio: puta si vel ambo, vel vnus rem in iudicium deduxerit, vt in *l.* 30. Item soluitur compromissum pacto, si paciscar, ne pœna compromissa, & forte commissa quandoque petatur. Nihil enim interest, an stipulatio ipso iure tollatur, veluti per acceptilationem, an per exceptionem pacti. Item soluitur compromissum sacerdotio arbitri, si arbiter nactus sit sacerdotium videlicet, vt de iudice dato scriptum est in *l. penult. de vacat. muner.* si tale fuerit sacerdotium, vt a sacris discedere sine periculo non possit. Seneca primo de Tranquillitate: *quosdam sacerdotia vno loco tenent.* Et l. 2. de in ius voc. *quosdam propter loci religionem inde se mouere non posse.* Arbiter si fiat magistratus, non soluitur compromissum, quia non semper magistratus reipub. operam dat, superest ei aliquid temporis ad sententiam dicendam ex compromisso, *l.* 4. *sup. hoc tit.* At is arbiter, cui obuenit sacerdotium tale, vt a sacris discedere non possit, vt sacro loco sacrisque perpetuo insidere ei necesse sit, proculdubio soluitur compromissum. Et hoc si ante sacerdotium susceperit arbitrium. Sed tamen si post sacerdotium susceperit arbitrium, omnimodo cogitur sententiam dicere etiam inter aras, quæ est sententia §. *sacerdotio, huius l.* 32. Postremo soluitur etiam compromissum transactione, vt si partes inter se de re transegerint omisso arbitro, non expectata sententia arbitri. Itemque, si mortuus sit homo vel seruus, de quo erat controuersia, si interierit res, de qua erat controuersia, quia mortua re, moritur & lis, *nisi*, inquit, *hoc casu aliquid litigantium intersit.* Nam extincta re, de qua agitur, quandoque superest controuersia de fructibus rei, aut de partubus. Cuius disceptatio relinquenda est arbitro, *l. vtique, de rei vind.*

Ad §. sacerdotio.

DIxi in l. 32. variis ex causis solui compromissum, & finiri officium arbitri, & inter cæteras, si arbitro sacerdotium obuenerit, ita vt a sacris sine periculo discedere non possit, vel sine piaculo. Ad quam belle accommodari potest, quod scribit M. Tullius Philipp. 11. *Publium Crassum Consulem & Pontificem maximum Valerio Flacco collegæ, & Flamini Martiali mulctam dixisse, si a sacris discessisset, & ad bellum cum Aristonico gerendum proficisceretur; & eam quidem mulctam populum Flacco remisisse; sed Pontifici Flaminem parere iussisse, hoc est iussisse, ne Flamen a sacris discederet:* & tamen ipse Crassus Pontifex maximus ad id bellum profectus est, quod antea nondũ erat factum, vt Liuius scribit 59. nimirum, quia Pontifex maximus non ita sacris inseruit & adstringitur, vt Flamen & sacerdos.

Ad §. Iulianus.

IN hoc §. Paulus varias exponit causas, in quibus iure non sumitur arbiter, & quibus, si quis forte per errorem sumptus sit arbiter, a Prætore vetatur sententiam dicere, & denegatur executio pœnæ. Ac primum quidem de famoso delicto, id est, de actione ex delicto famosa, veluti furti, aut iniuriarum, aut vi bonorum raptorum, aut de dolo malo arbiter sumi non potest ex compromisso. Recte ex delicto: nam ex contractu, vel ex actione ex contractu famosa, veluti de societate, mandato, deposito, tutela, etiamsi in eo delictum versetur, arbiter sumi potest ex compromisso, & sententiam dicere cogitur, nec tamen eius sententia irrogat infamiæ notam, quia nec per omnia sententia est, vt ait *l. quid ergo* §. *ex compromisso, de iis qui notant. inf.* id est, non eos omnes effectus habet sententia arbitri, quos habet sententia iudicis ordinarij. Ex sententia arbitri non nascitur actio iudicati, vel exceptio rei iudicatæ, *l.* 2. *sup. hoc tit. l.* 1. *C. eod.* Paulus 5. sentent. tit. 5. *Ex compromisso*, inquit, *sumptus iudex rem iudicatam non facit, sed si pœna inter eos promissa sit, pœna in iudicium deducta ex stipulatu peti potest.* Ex sententia autem iudicis, quia iudicio accepto quasi contrahitur, nascitur actio iudicati, & exceptio rei iudicatæ. Item sententia arbitri condemnato non parat actionem de euictione aduersus auctorem suum, *l. si dictum* §. 1. *de euiction.* Et sententia tamen iudicis hanc ei præparat actionem, *l. si seruus, iudic. solui.* Et, vt initio dixi, sententia iudicis irrogat infamiam, si causa fuerit famosa, non etiam sententia arbitri. Sententia igitur arbitri non est per omnia sententia. Arbiter autem recte sumitur de causa famosa, si ex contractu proficiscatur, veluti societate, aut mandato, vel si ex delicto non famoso, veluti damno iniuria dato, non etiam, si ex delicto famoso. Et ideo lex Solonis de arbitris apud Demosthenem, oratione πρὸς Κονδύλην scripta est tantum de arbitris sumptis περὶ συμβολαίων ἰδίων, de priuatis & propriis contractibus: quia de delictis, maxime famosis, non sumuntur arbitri, & multo minus de ea re, de qua iudicium publicum constitutum est l. Iulia aut Cornelia: de ea, inquam, re multo minus arbiter capi potest. Imo si quis

si quis captus sit, siue sumptus forte per errorem, prætor vetat, vt Paulus ait, hoc loco, eum sententiam dicere, id est, fungi officio arbitri: aut si sententiam iam dixerit, prætor denegat sententiæ executionem, id est, pœnæ persecutionem, siue actionem ex stipulatu, quia executio sententiæ arbitri in sola pœnæ persecutione consistit. Non sumitur etiam arbiter de liberali causa, siue agatur de ingenuitate, siue de libertinitate, siue petatur libertas ex causa fideicommissi, quia, vt Paulus ait, fauor libertatis est, vt maiores iudices habere debeat, puta consules, aut prætores, aut proconsules, *l. vlt. C. vbi causæ stat.* quæ liberales causas dicit desiderare magna tribunalia, maxima iudicia. Quod vsque adeo verum est, vt nec iudices dati siue pedanei potuerint de causa status cognoscere, *l. 2. C. de pedan. iudic.* Imo nec omnes præsides prouinciarum, nisi proconsules, aut qui haberent ius prætorium aut proconsulare, *l. 1. C. de ord. iud.* Plinius libro 10. Epist. 77. Cum esset præses Bithyniæ, non proconsul. *Postulantibus*, inquit, *quibusdam, vt de agnoscendis liberis, restituendis natalibus cognoscerem: respexi ad Senatusconsul. pertinens ad eadem genera causarum, quod de his tantum prouinciis loquitur, quibus Proconsules præsunt. Ideoque rem integram distuli.* id est, remisi ad Principem. Locus est apertissimus. Imo nec procuratores Cæsaris, hec inter fiscum quidem & priuatos de omni causa liberali cognoscere possunt, quia non de causa ingenuitatis, sed de causa libertatis tantum & seruitutis inter fiscum & priuatos, *l. 2. & pen. vbi causa status, l. pen. ne de statu defunct.* M. Tullius 1. de oratore: *Iudicio libertatis grauius nullum esse potest.* Et ideo recte Paulus hoc loco, id iudicium maiores iudices exigere. Addit etiam, in populari actione, veluti albi corrupti, vel sepulchri violati non esse sumendum arbitrum ex compromisso, qui locus est singularis. quæ actio ius populi tuetur, eius disceptatio non est relinquenda arbitro compromissario: sed iudici tantum legitimo & ordinario. Causa publica non committitur arbitris compromissariis, sed causa priuata tantum.

Ad §. si seruus.

Præterea ostendit Paulus in hoc §. Inter seruum & liberum hominem (siue seruus cum libero, siue liber cum seruo compromiserit) inutiliter arbitrum sumi, cum quo scilicet non consistit iudicium, nec arbitrium consistere, quia arbitri exitus est deductio pœnæ in iudicium per actionem ex stipulatu, si non pareatur arbitro. Atqui cum seruo nullum iudicium esse potest. Seruus neque iudicio conuenire, neque conueniri potest, quia & ἀπρόσωπος esse intelligitur, *l. quoties, si quis cautionib. l. non idcirco §. 1. de iudic. l. & heredem §. 1. de pactis, l. cum seruo, de regul. iur. l. 6. 7. C. de iudic.* Ergo & cum seruo nullum compromissum est. Imo & quamuis ex aliis contractibus seruus obligetur naturaliter, & ideo sit ex iis contractibus actio de peculio in dominum, *l. 14. de oblig. & act.* tamen ex his causis, puta si compromiserit cum alio, vel si iudicium acceperit, aut dictauerit, neque naturaliter obligatur, nec actio ex stipulatu, vel actio iudicati de peculio in dominum datur, *l. 3. §. si seruus, de pecul.* Et hac de re si plura scire aues, adi obseruationis 8. cap. 11.

Ad §. item si quis Romæ.

Hic §. maxime indiget interpretatione, & lumine non paruo. Sciendum, legatos ex prouincia sua Romam missos publici negotij causa, hoc habere priuilegium, vt licet ante legationem Romæ contraxerint, & ratione contractus Romæ videantur sortiri forum, secundum reg. iur. ibi tamen quamdiu legatione funguntur, non possint conueniri, nec cogantur se defendere, ne a susceptæ legationis officio auocentur. perfecta legatione, si subsistant posse conueniri, non ante perfectam legationem, nec si ibi contraxerint, antequam legatione fungerentur. Et hoc ostenditur in *l. 2. § exceptis, l. non alias inf. de iudic.* Et hoc si ante legationem Romæ contraxerint: sed si tempore legationis Romæ contraxerint, proculdubio ex eo contractu, remoto omni priuilegio, ibi conueniri possunt, *l. cum furiosus, §. vlt. eod.* Iis consequens est, vt si legatus ante legationem Romæ compromiserit cum aduersario in arbitrum aliquem, siue cum tunc ibi esset ex eadem causa, vel ex alia causa legatus, siue cum ibi priuata persona negotia ageret, si, inquam, qui nunc est legatus, ante legationem Romæ compromiserit, ac postea Romam in legationem venerit, non cogitur arbiter sententiam dicere, quia nec ipse legatus, quamdiu legatione fungitur, litem cogitur apud arbitrum exequi. Sicut si ante legationem Romæ litem contestatus esset apud iudicem ordinarium, postea in legatione eam litem exequi non cogeretur, ne ea res muneri publico legationis impedimēto sit. At quæro, quod & Paulus tractat in hoc §. Quid si de ea re, de qua compromisit ante legationem, nunc in legatione ipsemet postulet arbitrum sententiam dicere, an saltem hoc casu cogitur arbiter sententiam dicere ex voluntate legati. Quod Paulus ait, prima ratione iniquum videri, videlicet vt sit in eius potestate, quando arbiter sententiam dicere cogatur. *Prima ratione*, inquit, vt in *l. 1. de auctor. tutor. l. vtrum, de petit. hereditatis: l. 2. §. illud, de hereditate vendita*; κατὰ τὸν πρῶτον λόγον. (vt Aphrodisæus ait) farinam hordeaceam quamuis sit frigida, & frigida sint contraria eis, quæ vim discutiendi habent, tamen φλεγμονὰς discutere, inflammationes, tumores feruidos discutere, non κατὰ τὸν πρῶτον λόγον εἰς ἑαυτὸν, καὶ ἀιδίως, ἀλλὰ κατὰ τὸν δεύτερον λόγον, & abstergendi vi quadam, siue per accidens. Non, inquam, κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, ait Paulus, *quod prima ratione poterit videri iniquum, vt in eius potestate sit.* Quod sequitur, *sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare, quod facere ei licet*, perobscurum est, & duplicem non improbabiliter videtur interpretationem recipere posse. Prior hæc est vt dicat, posse dici, legatum esse audiendum, si velit arbitrum sententiam dicere de eo, quod ante legationem contraxit, cum interim dum legatione fungitur, de eo, quod ante legationem contraxit, actionem dictare possit. quasi dicat: cur enim ei non liceat hoc postulare, cum & interim si velit quamcumque actionem dictare, & intendere possit? Quod tentari potest ex *l. 2. § sed etsi agant, de iudic.* Qui tamen profecto nō pertinet ad legatos prouinciarum, vt inf. dicam. Hoc, inquam, quod postulat, vt arbiter sententiam dicat, tale est, quale si velit actionem dictare, quod & facere licet. Cur non ergo & illud? nunquid hac in re sequemur exemplum ordinariæ actionis? Et videtur per omnia hac in re sequendum exemplum ordinariæ actionis. Nam quemadmodum si legatus Romæ aliquam actionem intendat aduersus alios, & ipse cogitur ibi omnium actiones pati, vt tentari potest ex *d. §. sed etsi agant, & l. qui non cogitur, eod.* nunquid & ita recte dici potest: Si legatus Romæ arbitrum sumptum ante legationem postulet sententiam dicere, & ipsum ibi aduersus omnia se defendere, id est, omnium actiones excipere debere. Hæc est prior interpretatio non improbabilis, sed maxime captiosa & fallax. Nam *d. §. sed etsi agant*, non intelligitur de legato, sicut nec § *item si extra*, qui præcedit. Et similiter *d. l. qui non cogitur*, non est de legato, sed de aliis quam legatis, qui ius habent reuocandi forum, nec coguntur Romæ iudicium accipere, si ibi conueniantur, nisi ibi etiam priores ipsi suas actiones intendant. Cæteri vltro priores ipsi suas actiones intendere possunt. At legati Romæ non possunt, legati Romam missi non possunt quicquam in rem suam agere, nisi suam iniuriam persequantur ex delicti causa, vel suum damnum, vt si furtum passi sint, vel damnum iniuria acceperint, *l. 8. §. vlt. l. 9. 10. 15. de legation.* Ergo legatus, qui nomine suæ reipub. Romam profectus est, nullam rem suam agere Romæ potest, sed publicam tantum, nullam actionem suam Romæ mouere potest, vel instituere, ne libellum quidem suæ rei causa, aut preces principi offerre. Nam vbi est Roma, ibi est princeps, vel retro, vt apud Herodianum, ibi Roma vbi princeps. Vnde manifestum hoc loco, quem habemus in manu addita negatione omnino

sic esse legendum: *sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare, quod facere ei non licet,* vt sit secunda ratio. Prima ratio, propter quam statuit, non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, si hoc legatus postulet, hæc est, quia iniquum videtur, vt id sit in legati potestate. Secunda autem ratio hæc est: quia si hoc postulans audiretur, tale esset, ac si actionem ei dictare permitteretur, quod facere ei non licet, ne legatio impediatur. Et est hoc loco particula, *sed,* coniunctiua, non discretiua, & accipitur pro, *sed &c.* At mox quæ sequitur particula eadem: *Sed cōpromissum istud,* proculdubio est discretiua. Itaque incidit hoc loco πλοκὴ quia prius, *Sed,* est coniunctiuum, posterius discretiuum, sicut in illa inscriptione, *amici dum viuimus, viuamus,* prius verbum, *viuimus*, aliam, quam posterius significationem habet: hoc est, quod πλοκὴν dicunt. Et omnino integra sententia Pauli hæc est, vt hac in re vtamur distinctione huiusmodi: aut ipse legatus est actor, aut reus. si est actor & velit in legatione dictare actionem, hoc ei facere non licet: si velit accipere actionem, & se defendere, hoc ei facere licet. Et exemplo igitur ordinariæ actionis idem dicemus in compromisso, vt si sit petitor, non audiatur, si arbitrum interim postulet sententiam dicere ex compromisso facto ante legationem; si sit defensor audiatur, *vt non alias,* inquit, *audiatur desiderans vt arbiter sententiam dicat, quam si se defendat.* Quod ait, *non alias*, plane indicat supra negatiue esse legendum, *quod ei facere non licet,* id est, dictare actionem ei non licet; ergo nec postulare, si actor sit, vt arbiter sententiam dicat, durante legatione, quia non alias auditur id desiderans, quam si se defendat. Non contra ergo, si partes actoris sustineat. Idemque Græci interpretes comprobant, qui adnotant, legatum hoc postulantem audiri, si se defendat, non si agat, δικαζόμενον, ὀ δικάζοντα. Et hoc, si ante legationem Romæ compromiserit. At si in ipsa legatione Romæ compromiserit, hoc casu arbiter sententiam cogitur dicere, quia ipse legatus cogitur liti agendæ adesse, sicut si sua sponte Romæ iudicium ordinarium excepisset neglecto suo priuilegio, id ibi cogeretur peragere, iuxta regulam *leg.* 30. *de iudic.* Et hoc ita absque dubio procedit, si in legatione compromiserit de ea re, quam in legatione contraxerit; quia & eiusdem rei nomine iudicium ordinarium accipere cogeretur, *l. 2. §. exceptis, l. si legationis 25. l. cum furiosus §. vlt. D. de iudic.* Toto hoc §. Paulus argumentatur a iudicio ordinario ad compromissum: nam & lege 1. *hoc tit.* dicitur, compromissum ad similitudinem iudicij redigi. At si in legatione compromiserit de ea re, quam ante legationem contraxerat, dubitari quidem posset hoc casu, sed non recte hoc casu dubitamus, inquit Paulus, quoniam verius est, etiam de ea re, quam ante contraxit ante legationem, si de ea in legatione compromiserit, arbitrum cogi sententiam dicere, & æque legatum ipsum cogi litem exequi.

Ad §. si is.

IN hoc §. datur alia species, in qua arbiter vetatur sententiam dicere. Finge cum L. Titio compromisi de re aliqua ea conditione, vt compromissum transiret in heredem, nec solueretur morte alterutrius, quæ conuentio valet, §. *sed si & heredis, hac l. l. 27. §. 1. h. tit.* Et priusquam arbiter sententiam diceret, L. Titius vita decessit. ego heredi eius feci controuersiam hereditatis, egi scilicet cum eo, qui bona eius pro herede possidebat, petitione hereditatis. arbiter hoc casu prohibetur sententiam dicere, ne per sententiam suam præiudicium fiat petitioni hereditatis. Hæc est auctoritas centumuiralis iudicij, quale est petitio hereditatis, vt nihil in eius præiudicium fieri debeat, *l. 5. in fi. de petit. hered. l. vlt. C. eod.* Fieret autem ei præiudicium, si ante finitam hereditatis controuersiam, arbiter sententiam diceret, quia non potest sententiam dicere pro possessore, vel contra possessorem hereditatis, quin fateatur eum defuncti, qui auctor est compromissi, heredem esse, & iure hereditario successisse in compromissum, quæ res petitioni hereditatis præiudicium faceret.

Ad §. dies compromissi.

SEquitur in hoc §. diem constitutum compromisso, intra quem arbiter sententiam diceret, proferri, non ex conuentione sola litigantium, *l.* 21. §. *Papinian. hoc tit.* sed arbitro iubente diem proferri, cum id ab initio litigantes ei permisissent, vt id iubere posset, *l. seq. & l.* 39. §. *vlt. & l.* 50. *inf. hoc tit.* Quo quidem arbitro iubente diem proferri, si quis litigantium dicto audiens non fuerit, id est, si denuo nolit compromittere, nam diei prolatio nouum compromissum est, *l. 25. §. vlt. hoc tit.* aduersus eum, qui dicto audiens non est, pœna committitur. Et hoc est, quod ait in hoc §. iussu arbitri diem proferri necesse est, ne pœna committatur iussu arbitri, cui scilicet initio permissum est. diem proferri necesse est sponte & assensu vtriusque partis. Cur necesse est? ne pœna committatur aduersus non obtemperantem. Sensus est apertus, quem tamen Accursius non est assequutus.

Ad §. si arbiter.

HIc §. probat verum esse, quod iam ante sæpius dixi, arbitrum, si sentētiam nolit dicere, si lateat, si diu non prodeat in publicum, coerceri, & cogi posse ad sententiam dicendam indicta mulcta a prætore sub conditione, si sententiam non dixerit, si non prodierit in publicum, si non copiam sui fecerit litigatoribus. Quod si, vt sequitur, in plures compromissum sit, & vnus tantum sui copiam faciat, cæteri latitent, distinguendum ita est: Aut hoc initio actum est, vt vel vnus sententiam diceret, & hoc casu, qui præsens est, cæteris omissis cogi potest ad sententiam dicendam: Aut hoc actum est, vt omnes sententiam dicerent, vel maior pars; & hoc casu non vnus, sed omnes, aut maior pars cogendi sunt, vt in *l.* 17. §. *item si plures*, *hoc tit.* quia singulorū sententia, inquit, ad pœnam non facit, id est, hoc casu vnius sententia non sufficit, vt aduersus inobedientem pœnæ petitio fit. aut breuius, vnius sententia, nullius sententia est. Ex pluribus autē arbitris, quod mox Paulus tractat in §. *cum quidam*, si manifesto appareat, vnum inimicum esse factum vtriusque, vel alterius ex litigatoribus, & ob id testibus præsentibus, testibus conuocatis conuentus, & commonitus sit, ne sententiam diceret: nota rationem, siue modum recusandi arbitri, & nihilominus contra testationem vna cum cæteris sententiam dixerit, prætore non cogente, qui etiam interuenientibus inimicitiis, eum cogere non debuit, *l.* 15. *sup.* Quæritur, an si huic sententiæ non pareatur, pœna committatur? Qua de re, vt refert, per libellū rogatus Imperator Antoninus ab vno ex litigatoribus, ad quem ea res pertinebat, & consultus etiam idem Imperator a iudice, apud quem pœna compromissi petebatur, litigatoris libello subscripsit, posse quidem ab eo pœnam peti, sed si petatur, ipsum se tueri exceptione doli mali posse: quod inimicus sibi factus vnus ex arbitris contra testationem suam sentētiam dixerit. Iudici æque idem Imperator rescripsit, etiamsi ex sententia arbitri appellari non possit, vt comprobatur & constat ex *l.* 1. *C. eod. & Concilij Carthaginensis Canone* 98. & 132. quod in *l. ex consensu, de appellat.* significant hæc verba, *citra compromissum.* hodie tamen alio iure vtimur: nā ex constitutione regia, a sententia arbitri compromissarij appellare licet. At iure ciuili populi Rom. etiamsi a sententia arbitri appellari non possit, rescripsit tamen Antoninus iudici, apud quem pœna compromissi petebatur, in hac specie, qui pœnam petit ex stipulatu, obstare exceptionem doli mali, eoque genere induci, (quod notandum) quasi quandam appellationis speciem, quia beneficio exceptionis doli mali, iterum retractabitur sententia arbitri apud iudicem, apud quem pœna petitur. Appellatio est remedium, siue auxilium iuris, quod inducit eiusdem causæ retractationem apud alium iudicem.

Ad

Ad §. de officio.

IAm dictum est sup. l. 19. in arbitri potestate esse, qualem voluerit sententiam ferre, & sententiæ eius standum esse, siue æqua siue iniqua sit, quia sibi imputet, qui in eum compromisit, *l. 27. §. stari, sup. l. 76. in fine, pro soc.* Hoc ita, si arbiter careat dolo, si non sit pecunia corruptus, vel ambitione, quoue alio affectu. Alioquin petenti pœnam, posset etiam obstare exceptio doli mali, *l. 3. C. eod.* Et hoc quoque casu retractaretur sententia arbitri. Item parendum est sententiæ eius, etiam iniquæ, si non de alia re sententiam dixerit, quam de qua compromissum est. Idemque si non vltra præfinitam summam compromisso, & non vltra diem compromisso comprehensam, sententiam dixerit, *l. 1. C. eod.* Officio enim arbitri conuenire, ne dicat sententiam, nisi de re, de qua compromissum, & quatenus compromissum est. Ne igitur, exempli gratia, dicat siue pronuntiet alium sibi coniungi arbitrum, siue συνδικασὴν, vt ait, in fi. *§. seq.* quia non de hac re compromissum est, vt de eo, etiam si vellet, statueret. Denique hoc est extra compromissum, ergo ad officium eius non pertinet. Et hæc est mens huius §. ex quo est pronum intelligere, officium arbitri esse id, quod arbiter efficere debet: Quoniam ait, de officio arbitri tractantibus, sciendum est, non aliud ei licere, quam quod in compromisso, vt efficere possit, cautum est. Et ita nos dicere officium iudicis & prætoris, quod iudex vel prætor efficere debet.

Ad §. quæsitum.

ADdamus ex §. *quæsitum*, qui sequitur, non cuilibet semper sententiæ arbitri parendum esse, nec quamlibet etiam impatientiam, quo verbo etiam Gellius vtitur, id est, inobedientiam inducere pœnæ petitionem, quæ inspectio etiam est de officio arbitri. Nam si rem, qua de agitur, reiiciat ad iudicem ordinarium, non valet sententia, quia litem non finit, & finiendæ liti captus est arbiter, non propagandæ. Idemque est si dicat, vel in se denuo (forte in longiorem diem) vel in alium esse compromittendum. Legendum hoc loco, vt vulgo, vtque in Basilicis, *si dicat ad iudicem de hoc eundum, vel in se, vel in alium compromittendum*, αἱρετὸν δικαςὴν ψηφίζεσθαι αὐτὸν, ἢ ἕτερον. An autem valet sententia, si iusserit fundum tradi arbitrio L. Titij? quæ quæstio proponitur in hoc §. vel satisdari prolatis fideiussoribus arbitro L. Titij. sed male explicatur. Omnino obseruandum est initio huius §. Paulum dicere, in quibusdam sententiis arbitrorum variatum esse, nimirum, quod alij dicant eas valere, alij dicant eas non valere. Sane in hoc sententiæ genere, de quo est quæstio, vt fundus tradatur, vel vt satisdetur arbitrio L. Titij variatum est: Nam Iulianus dicebat sententiam valere, vt significatur his verbis; *Quod si hoc modo dixerit.* Sic recte Florentini, *Quod si hoc modo dixerit.* Vulgo male, *nec si hoc modo.* Ergo, *quod si hoc modo dixerit, vt arbitrio P. Mæuij fundus traderetur, aut satisdatio detur, parendū esse sententiæ.* Repete ex superiori parte, Iulianus ait, *ergo valere sententiam.* Sextus autem Pedius dicebat, sententiam non valere. Dices: Imo Pedius idem, quod Iulianus probat, quia statim subiicit: *Idem Pedius probat;* Vbi falsum est quod Accursius ait, Pisanos Pandectas, qui nunc sunt Florētini, habere, *Pedius negat.* Cuiusmodi mendacia sunt multa in operibus Alciati, dum auctoritate Florentinorū Pandectarum vtitur. Sed dico, Pedium probare id tantum, quod Iulianus dixit, aut quod ex Iuliano ante relatum est, non valere sententiam arbitri, qua arbitrium differtur, vel in alium transfertur, non etiam probare, quod idem Iulianus ait, valere tantū sententiam arbitri, qua quis iubetur satisdare, vel fundum tradere arbitrio P. Mæuij. non igitur per omnia probare scripturam Iuliani, quia hoc posteriori casu, satisdatio, aut traditio pars sententiæ est. Et idem iuris esse debet in parte, quod in toto. Atqui arbitrium totum vel ex sententia Iuliani non potest transferri in alium, ergo nec pars arbitrij, veluti traditio, aut satisdatio, nisi nominatim hoc in compromisso permissum sit, ne lites propagentur, aut protelentur ab arbitro, qui sumptus est, vt eas terminaret, vt eis in totum finem imponeret. Et sane verior est distinctio Pedij, partim probantis, partim improbantis Iuliani scripturam. Et ita secundum eam Basilica definiunt: οὐ δύναται λέγειν τὴν παράδοσιν τοῦ ἀγροῦ ψηφίζεσθαι δοκιμασίᾳ Πέτρου, ἢ τὰ ἱκανὰ δοθῆναι. id est, *non potest dicere, vt arbitrio Petri fundus tradatur, aut satisdetur.* Addit Paulus, non esse tamen extra compromissum, si cum ij, qui in arbitrum compromiserunt, qui, inquit, inuicem stipulati sunt, pœnam scilicet, id est, qui compromiserunt. Nota quod ait, *qui inuicem stipulati sunt,* & inde confice definitionem compromissi. Quid est compromissum? Constipulatio litigantium inuicem facta pœnæ nomine, si arbitro non obtemperaretur. Addit, inquam, non esse extra compromissum, si domini, qui compromiserunt, non per se, sed per procuratores apud arbitrum agere velint, vt apud iudicem, ita apud arbitrum per procuratorem litigare licet, non esse, inquam, extra compromissum, si arbiter ex causa eos etiam adesset iubeat, id est, dominos ἀρχόντοις, πρωτοτύποις, καὶ τοῖς κληρονόμοις αὐτῶν, εἰ μνήμη γένηται αὐτῶν ἐν τοῖς συμφώνοις. vt Basil. habent, *principales, & heredes eorum, si in compromisso sit facta heredum mentio.* Quod & in iudiciis esse obseruādum nemo dubitat, vt si ageretur per procuratores, possit iudex ex causa iubere ipsos dominos adesse, puta, vt aliqua de re interrogentur, nam & suæ causæ adesse potest, qui ad eam procuratorem dedit, *l. 69. de procurat.* Non esse etiam extra compromissum, imo & hoc officio arbitri conuenire, vt si iubeat fundi, vel iuris cuiusdam vacuam possessionem tradi, etiam declaret quemadmodum tradenda sit, vtrum præstita cautione dolum malum abesse, an remissa; & vtrum re tradita in manum, an præstita cautione per eum non fieri, quo minus ea re libere vtatur fruatur, vt *l. 20. de seruit.* Item an cum fructib. tradenda sit, an sine fructibus, vt *l. 3. de vsur.* Quod etiam *sup. §. item non est,* subindicat adhibita glossa ad verbum *litigantium,* & alia glossa in *§. de officio.* Ad hæc quæritur, an etiamsi lis apud arbitrū agatur per procuratorem, an sit extra compromissum, si iubeat a procuratore interponi cautionem de rato? Et hoc ait esse extra cōpromissum, aut sane superuacuum esse, quia si dominus, qui compromissum fecit, ratū non habeat, quod procurator suus egit, vel quod cum procuratore suo actū est, aduersus eum pœna cōmittitur. Frustra igitur in hac specie Pedius censuit, arbitrū recte iubere, vt procurator satisdet de rato. Et in fine h. legis concludit, arbitrum nihil extra compromissum facere posse, eo repetito, quod de die proroganda dixit *sup. in §. dies,* non posse ab eo diem proferri, nisi id ei in compromisso nominatim permissum sit, vt iubere posset diem proferri: alioquin si id iubeat, ei impune non parebitur, id est, pœna compromissi non committitur.

Ad leg. 34. de receptis.

Si duo rei sunt aut credendi, aut debendi & vnus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur: videndū est, an si alius petat, vel ab alio petatur, pœna cōmittatur. Idem in duobus argentariis, quorū nomina simul eunt, & fortasse poterimus ita fideiussoribus cōiungere, si socij sunt: alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.

§. 1. Semel commissa pœna solui compromissum rectius puto dici: nec amplius posse committi, nisi id actum sit, vt in singulas causas toties committatur.

EX libr. 13. superest lex 34. in qua proponitur huiusmodi species. Duo sunt rei credendi siue stipulandi, quibus singulis eadem res vel pecunia debetur in solidum, quorum vnus cum debitore compromisit in arbitrum, & sententia arbitri vetitus est ab eo pecuniam petere. Si alter correus stipulandi qui non compromisit, ab eo debitore pecuniam petat: quæritur, an pœna committatur aduersus eum, qui petere vetitus est? Et Paulus distinguit: aut duo illi rei stipulandi eiusdem obligationis socij sunt, aut non. Si socij sunt, pœna committitur, quia petente al-

tero, vi ipsa is petere videtur, qui petere vetitus est, quia alter communi nomine petit, & petitionis seu exactionis commodum iure societatis ad vtrumque pertinet. Si socij non sunt, altero petente pœna non committitur aduersus eum qui compromisit & vetitus est petere, quia neque ille, qui compromisit videtur petere, neque nomine eius alter, qui non est socius eius. Et hæc de duobus reis credendi, siue de duobus stipulatoribus eiusdem pecuniæ. Quæ seruantur etiam in duobus argentarijs, quorum, inquit, nomina simul eunt, id est, qui simul nomina fecerunt, qui obligationem nominum simul cōtraxerunt per scripturam mensæ: eodemque modo si duo sint rei promittēdi, vel duo argentarij, qui simul se obligauerint per scripturam mensæ argentariæ positæ in foro, & vnus ex eis debitoribus cum creditore cōpromiserit, & vetuerit arbiter, ne ab eo quidquam creditor peteret, si creditor non ab eo, sed ab altero petat, qui non compromisit. Vtimur eadem distinctione in duobus reis debendi, qua vsi sumus in duobus reis credendi. Aut duo illi rei debendi socij sunt, aut non. Si socij sunt, creditor, qui petit ab altero, vi ipsa ab eo petere videtur, a quo petere vetitus est, & pœna committitur: si socij non sunt, creditor, qui petit ab altero, non videtur ab eo petere, a quo petere vetitus est, & idcirco pœna non committitur. Vnde eleganter Paulus ait hoc loco, non aliter duos reos credendi, vel debendi fideiussoribus recte coniungi & comparari, quam si socij sint. Nam sicut pœna compromissi committitur, si creditor, quem arbiter compromissarius vetuit petere, a fideiussore eius petat, quia τῇ δυνάμει, vt ait *l. 29. hoc tit.* vi ipsa, effectu ipso a debitore petit, quia quod soluerit fideiussor, id mox a debitore repetiturus est actione mandati, vel neg. gestorum, *§. exceptiones, Instit. de replicat.* Ita qui vetitus est petere ab vno ex reis debendi, si ab altero petat, cum ambo socij essent, pœna committitur, quia τῇ δυνάμει ab eo petere videtur, a quo petere vetitus est, quandoquidem quod alter soluerit, id socio reputaturus est actione pro socio, *l. eandem §. 1. de duobus reis, l. 14. rem rat. hab. l. 3. §. nunc, de lib. leg.* Et econuerso, si duo sint credendi socij, & vnus vetitus sit a communi debitore petere, pœna committitur si alter petat, qui & nomine eius petere videtur qui petere vetitus est, quatenus id, quod exegerit, non sibi totum retinere, sed socio communicare debet, & cogitur actione pro socio. Et ita hæc lex explicanda est. Cæterum lex *vnus ex argentariis, in princip. sup. de pact.* quam obiicit Accursius in illam partem huius legis, qua dicit Paulus, si duo sint rei credendi socij eiusdem obligationis, quorum vnus cum debitore, compromiserit, alter non compromiserit, & is, qui compromiserit vetitus sit petere, si alter petat pœnam aduersus eum committi, qui non compromisit. Lex, inquam, illa in eam partem nihil pugnat, quia etsi *d. l. si vnus*, non de compromisso loquatur, quod fecit vnus ex reis credendi, & de sententia, qua arbiter vetuit, eum pecuniam petere, qua de re loquitur hæc *l. 34.* Etsi, inquam, de eadem specie non sit *l. si vnus*, sed sit de pacto concepto in rem, de non petenda pecunia, quod cum debitore fecit vnus ex reis credendi, tamen neque hoc, neque illo casu quidquam ea res nocet alteri, qui non compromisit, quiue pactus non est: sed hoc tantum interest, quod altero petente, aduersus eum qui non compromisit, est actio ex stipulatu, ex compromisso: aduersus eum vero, qui pactus est, nulla actio esse potest, quia pacto non est subdita stipulatio pœnalis, & ex pacto nudo non nascitur actio. Nihil est apertius.

Ad §. semel.

POEna compromissi committitur non tantum, si vltimæ sententiæ arbitri non pareatur, sed & si non pareatur alij præcepto, vel interlocutioni arbitri, vt puta, si is, quem adesse iussit, non venerit, vel si cum arbiter, cui hoc permissum erat, iussit diem proferri, litigantium aliquis noluerit diem proferri, & denuo compromittere, & renouare compromissum. Et pœna semel commissa, vt definit Paulus hoc loco, amplius committi non potest, quia compromissum dissoluitur, & arbiter, a cuius imperio abnuendo aliquem pœna non deterruit, quasi rupto semel vinculo potestatis suæ, non cogitur sententiam dicere sublato metu pœnæ, aut neglecto pœnæ damno non cogitur sententiam dicere *l. 32. §. 1. sup.* non cogitur etiam iterum eiusdem rei volentibus litigatoribus arbitrium in se recipere, *l. 21. §. si quis ex litig. eod. tit.* Hæc est sententia huius §. 1. quæ pugnare videtur cum eo, quod est proditum in *l. 39.* quæ vna est ex difficilioribus huius tit. & ait contumaciam, scilicet litigatoris, arbitrum punire posse, pecuniam eum aduersario dare iubendo. *Idem*, inquit, *contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum aduersario dari iubendo.* Contumacia est, si iussus adesse litigator non venerit. quod est in *l. 39.* & in *l. 21. §. pen. Si operam nō præbuerit*; si iussus adesse non venerit, & si operam non præbuerit, idem est. operam dare dicitur iudex vel arbiter, vt *l. si longius, de iudic. l. pen. de vacat. mun.* & apud Cic. sæpe. Operam autem præbere dicitur litigator, arbitro scilicet, non iudici: nam arbitrum ipse facit, & opera sua ei præbita demum arbiter perseuerat. iudicem ipse non facit, iudicem non sumit, sed datur ei, iudicem non mutat, nec facit, vt iudex esse perseueret, vel ipsius opera & assiduitas. Operam igitur præbemus arbitris, dum sinimus eos rem disceptare, de qua lis est, nec ab eis recedimus. Iudici operam non præbemus, quia & citra operam nostram iudex manet. Contumacia autem a contemnendo dicitur, vel Velio Largo auctore, qui contumacem dicit venire a contemnendo. Vnde & quod ait lex *contumacia, de re iudic.* contumacem eum esse, qui contemnit, qui vocatus sui præsentiam facere contemnit: *ἔτυμα* est ab etymologia. Contumax igitur est, qui iussus adesse, venire contemnit. Atqui hæc contumacia vnius litigatoris prodest alteri ad pœnam committendam, vt ait *d. l. 39. in fi.* id est, alter a contumace pœnam compromissi petere potest. Pœna igitur semel commissa ob contumaciam, non soluitur cōpromissum, quoniam *d. l. 39.* ait, contumaciam litigatoris arbitrum punire posse, pecuniam scilicet, qua de agitur scilicet aduersario dare iubendo. Cui sententiæ rursus, si non pareatur, consequens est, vt & iterum pœna committatur. Itaque cum hoc §. *vlt. h. l. 34.* valde pugnare videtur *d. lex. 39.* Sed vt respondeam, quod ait *d. l. 39.* contumaciam litigatoris arbitrum punire posse, non aliter procedere potest, quam si id actum sit nominatim in compromisso, vt in singulas causas totiens pœna committatur. Quam exceptionem etiam Paulus adiicit in §. *vlt. nisi id actum* sit, inquit, *vt in singulas causas toties pœna committatur.* Denique non aliter procedere, quod est traditum in *d. l. 39.* quam si in compromisso nominatim caueatur ne pœna semel commissa, soluatur compromissum. Itaque quod ait *l. 39.* contumacem qui semel commisit pœnam, arbitrum posse punire, sententia in eum dicta, qua iubeatur aduersario soluere pecuniam, qua de agitur, vt hoc iterum inculcem, id non aliter procedere potest, quam si & hoc nominatim actum sit in compromisso, exemplo iudiciorum, vt arbiter in absentem ex contumacia promere sententiam, eumq; damno litis coercere, possit, vt in *d. l. 27. §. si quis litigatorum, hoc tit.* Ait autem hoc loco Paulus, in singulas causas, ex quibus scilicet, si arbitri sententiæ paritum non sit, pœna cōmitti potest: Nam vt ait *d. l. 39.* non ex omnibus causis, ex quibus arbitri sententiæ paritum non est, pœna ex compromisso committitur, sed ex his duntaxat, quæ ad solutionem pecuniæ, de qua agatur principaliter, aut ad præbendum operam pertinent. Ex aliis causis, etiam si non pareatur sententiæ arbitri, pœna non committitur. Et obserua sententiam in *d. l. 39.* accipi latissime etiam pro interlocutione, & quolibet præcepto arbitri. Verum ex cæteris causis ex quibus, si mos non geratur arbitro, pœna non cōmittitur, hanc tantum exprimit *d. l. 39.* Si quem arbiter iusserit (quod maxime notandū est) aduersario suo edere nomina testium, quibus sua causa communita est, nec sententiæ eius obtemperarit, ex hac causa pœna non committitur. Quare? quia etiamsi nolit

nolit testium suorum nomina aduersario suo edere, forte dum timet, ne aduersarius, si cognouerit quales sint, eos corrumpat, aut perterrefaciat, & dimoueat a vero, quo minus apud arbitrum verum dicant, non tamen ideo operam arbitro præbere desinit, & aduersario potius quam arbitro operam præbere & nauare recusat. Locus est singularis. In reatu tamen αἱρέσεως legimus, reo, si quod ab eo periculum testibus immineat, forte quod reus opibus, & gratia plurimum valet, tunc non esse edenda reo nomina testium, *cap. statutum, de hæreticis, lib. 6.* Adde aliam causam ex *l. 21. §. non debeo, sup. hoc tit.* quæ est notissima, si arbiter inhonestum aliquid iusserit: nam & huic præcepto siue sententiæ impune non paretur.

Ad legem 36. ad Senatusconsult. Trebell.

Cum hereditas ex fideicommissi causa restituta est, si ante cum herede compromissum est, puto fideicommissarium cauere debere heredi, sicut cum heres multa, antequam restitueret, administrauit: Nam quod dicitur retinere eum oportere, non est perpetuum. Quid enim si nihil est, quod retineat? veluti cum omnia in nominibus sunt, aut in corporibus, quæ non possideat: nempe enim is, cui restituta est, omnia persequitur. Et tamen heres iudiciis, quibus conuentus est, aut stipulationibus, quibus necesse habuit promittere, [omittere] obstrictus manebit. Ergo non alias cogetur restituere, quam ei caueatur.

RESTAT tantum de compromissis hæc lex. Cuius species hæc est: heres, qui rogatus erat restituere hereditatem in diem, vel sub conditione, priusquam ab eo fideicommissum peteretur, compromisit cum creditore aliquo hereditario, nec dum arbiter sententiam dixit, & interim ab eo petitur fideicommissum, siue hereditas ex causa fideicommissi, vt eam restituat. Paulus ait, non aliter eum compelli ad restitutionem hereditatis, quam si fideicommissarius ei caueat, indemnem damno eum seruari aduersus sententiam arbitri, si forte pecuniam soluere iubeatur. Nam & similiter si multa heres ante restitutionem hereditatis administrarit, multa gesserit, si se obligarit nomine hereditario, veluti damni infecti ob ædes hereditarias, si actiones hereditarias exceperit, si quid impenderit in res hereditarias, eam cautionem, siue satisdationem indemnitatis fideicommissarius ei præstare debet. Dices: imo, hac actione fideicommissarius non est onerandus: sed retinet heres ex bonis, quod sua interest, & eo deducto hereditatem fideicommissario restituit. Hoc diluit Paulus in hac l. 36. & plerumque ostendit non eximere damno heredem, atque adeo nonnunquam meliorem esse satisdationem retentione, quia aliquando nihil est in bonis, quod retineri possit. Fac in bonis esse nomina duntaxat, *des debtes*, quorum retentio non est, quia iura sunt incorporalia, vel fac esse corpora, sed ea heredem non possidere. Iniquum erit ea iura & corpora restituta hereditate fideicommissarium persequi, & heredem obligatum manere, qui per retentionem suæ indemnitati consulere non potuit. Itaque auctore Paulo, melius fecerit heres, si sibi prospexerit a fideicommissario ante restitutionem fideicommissi exacta cautione de indemnitate, qua promittat fideicommissarius, se heredem omni onere, damno, impendio subleuaturum. Liberum tamen est heredi retentione vti, si sit in promptu & commodior videatur, omissa cautione. Duplex via ei patet, sed vt plurimum satisdatione via tutior est. Et hoc voluit docere Paulus in hac *l. 36.* Quando autem restituta videatur hereditas ex causa fideicommissi, lex quæ sequitur declarat. Restant ex hoc libro duæ leges, quæ pertinent ad edictum *nautæ, caup. stab.*

Ad leg. 4. naut. caup.

Sed & ipsi nautæ furti actio competit, cuius sit periculo: nisi si ipse subripiat, & postea ab alio subripiatur, aut alio subripiente ipse nauta soluendo non sit. §. 1. Si nauta nautæ, stabularius stabularij, caupo cauponis res receperit, æque tenebitur. §. 2. Viuianus dixit, etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quæ post impositas merces in nauem, locatasque inferentur, & si earum vectura non debetur: vt vestimentorum, penoris quotidiani, quia hæc ipsa cæterarum rerum locationi accedunt.

SVPERSVNT ex hoc libro duæ leges, *l. 4. nautæ, caup. stabul.* & *l. 42. loc.* quæ pertinent ad edictum prætoris, quod est de iis rebus, quæ nautæ, caupones, stabularij, saluas fore receperunt, vt eas restituant, vel æstimationem earum ex hoc edicto, aduersus nautas, caupones, stabularios, id est, aduersus dominos ipsos, qui cauponam, vel nauem, aut stabulum exercent, genera hominum, qui male audiunt, & quorum improbitatis coërcendæ hoc edicto curam egisse prætorem ait lex 3. §. 1. *naut. caup. stab.* aduersus eos, inquam, nisi quæ vectores, aut viatores intulerunt, & eorum custodiæ commiserunt, ipsi salua fore receperunt, eis postulantibus soluant atque restituant. Aduersus eos nisi restituant, datur actio in factum, quanti ea res est, quæ actio de recepto appellatur, quia ob id obligantur, quod ipsi receperint, vel magistri nauis ab eis naui præpositi, vel institores eorum in cauponam, vel stabulum meritorium, aut diuersorium, vel etiam quod receperint ij, quos exercitores in naui custodiæ causa præposuerunt, puta vt vectorum aut mercatorum res custodirent, qui vt ait *l. 1. hoc tit.* ναυφύλακες dicebantur, nauis custodes, qui soli custodiæ rerum in nauem illatarum inuigilabant. Iidem & diætarij dicebantur: nam & in nauibus sunt diætæ quædam nautarum, vt intelligere est ex Athenæi 15. quum de Hieronis naue loquitur, & diætis, quæ in ea erant, & per eos diætarios vel ναυφύλακας si quid receperint custodiendum, exercitores obligantur, perinde ac si ipsi recepissent. Quia exercitor, qui diætarios, vel ναυφύλακας custodiendis rebus in nauem illatis præposuit, res eis committi permisit. Et ideo per eos, si quid acceperint, obligatur exercitor, etiam si non fecerit exercitor, quod dicitur χειρέμβολον. Verbum est nauticum, quo significatur rei, quæ custodienda datur, in diætam iniectio, quæ fit manu exercitoris, siue nauicularij, aut naucleri. Hæc tria idem possunt, etiamsi res commissas diætariis, non attigerit, nec fecerit illud χειρέμβολον, nec res a manu eius ad diætarios transierit, vel ναυφύλακας: per eos obligatur perinde, ac si ipse recepisset, aut χειρέμβολον fecisset. Per remiges autem, vel vt ait lex 1. μεσόναυται, qui scilicet in media naue remos agunt, quorum impulsu potissimum moueri nauem Aristoteles scribit in μηχανικοῖς, impulsu scilicet μεσοναυτῶν: per eos exercitor non obligatur, si quid eis commissum sit, quia eis non permisit committi. Dixi autem hac actione exercitores teneri, *nisi restituant.* Hæc sunt verba edicti, quæ proculdubio, quod non animaduerteram, hanc actionem arbitrariam faciunt, vt in edicto, *quod metus causa,* illa verba, *neque ea res arbit. ind. restituetur, l. 14. §. pro eo autem, quod met. caus.* Et in formula actionis in rem, quæ extat actionis 2. in Verrem lib. 2. hæc verba, *neque is fundus restituetur.* Omnem actionem in rem certissimum est esse arbitrariam, *l. qui restituere, de rei vind.* Et ideo in specie proposita, si res quas exercitor saluas fore recepit, non restituerit arbitrio iudicis, tum demum hæc actio ex edicto prætoris, datur quanti interest actoris, quantive ea res est ab actore æstimata iureiurando in litem, vt fit in actione de dolo, quæ etiam est arbitraria, *l. arbitrio, de dolo.* Et datur hæc actio in exercitorem, etiamsi sine culpa eius res, quas saluas fore recepit, perierint vel deteriores factæ sint, si sine culpa eius furto subreptæ sint, vel si ruptæ, fractæ, vstæ, collisæ, *l. 3. §. at hoc edicto, & §. item si seruus, & l. 5. in fi. h. tit.* Quamobrem exercitor nauis præstat factum remigum & cæterorum, qui in naue sunt nauis nauigandæ causa, atque etiam vectorum, vt & exercitor cauponæ, viatorum, imo & extraneorum. Vterque videlicet, si eas res, cum nondum essent illatæ in nauem, vel in cauponam, sed forte in littore essent, aut in via cauponæ, vel diuersorio proximo,

ſaluas fore receperit, quia imputet etiam ſibi, quod receperit, *l.* 1. §. *vlt. l.* 2. *l.* 3. *in princip.* & §. 1. *hoc tit.* Denique ſi res, quam exercitor nauis, vel ratis, vel lyntris, nihil refert, vel exercitor cauponæ, aut ſtabuli meritorij, ſaluam fore receperit, ab aliquo ex viatoribus aut vectoribus, aut ab aliquo hominum ſuorum, quorum opera in naui vel caupona vtebatur, furto ſubrepta vel deterior facta ſit, periculum ad exercitorem pertinet, etiamſi culpa eius nulla interuenerit. Vnde quæritur, ſi damnum datum, vel furtum factum ſit ſine culpa exercitoris, an dominus, cui furtum factum, aut damnum datum eſt, eiuſdem rei nomine poſſit agere de recepto aduerſus exercitorem, & furti aduerſus furem, vel *ex l. Aquil.* aduerſus eum, qui damnum dedit? Et quantum ad furtum attinet, *l.* 3. §. *vlt. hoc tit.* ait, *eum alterutra actione contentum eſſe debere, & vt alterutra ſit contentus, id reum conſequi officio iudicis, vel exceptione doli mali.* Valde notanda ſunt illa verba, *officio iudicis, vel exceptione doli mali,* quæ ſimiliter ſunt in *l. bona, de noxal. action.* & eſſe debent in *l. ſumptus, de rei vind.* quoniam in ea ita legendum eſt, *doli exceptione oppoſita, vel per officium iudicis*: duplex via eſt, quarum tamen promiſcuus vſus non eſt. Nam in ſpecie propoſita, ſi dominus rei furtiuæ prius egerit furti actione aduerſus furem, deinde agat de recepto aduerſus exercitorem, exercitor officio iudicis cõſequitur, ne ſecum agatur de recepto. Officio, inquam, iudicis, quia ea actio eſt arbitraria. Hoc argumentum eſt idoneum ad probandum hanc actionem eſſe arbitrariam, quoniam officio iudicis continetur, ne ea agatur, ſi prius actum ſit furti aduerſus furem, nec neceſſaria eſt exceptio doli. At neceſſaria eſt exceptio doli, ſi dominus rei furtiuæ prius egerit de recepto aduerſus exercitorem: nam ſi deinde agat furti aduerſus furem, repelletur exceptione doli mali, quia æquius eſt actionem furti aduerſus furem exercitori dari, qui prius conuentus actione de recepto, periculum cuſtodiæ ſubiit: fur non liberatur, ſed furti actio non datur domino qui iam egit de recepto, ſed ei cum quo actum eſt de recepto, id eſt, exercitori, *l. vn.* §. 1. *furti, aduerſ. naut. caup.* Iterum dico, vt addam duas exceptiones, ſi prius actum ſit de recepto in exercitorem, exercitori dari actionem furti, non domino, qui prius egit de recepto, niſi ſcilicet exercitor ſoluendo non ſit. Nam vt Paulus noſter ait in *l.* 4. *hoc tit.* cum inanis ſit actio de recepto propter inopiam exercitoris, domino ſalua manet in furem actio furti. Item (hæc eſt alia exceptio) niſi exercitor ipſe rem ſubripuerit, quam ſaluam fore receperat, deinde eadem res ei ſubrepta fuerit: Nam ſi prius conuentus de recepto rem præſtiterit, non habet in poſteriorem furem furti actionem: quia fur furti agere non poteſt, exceptis quibuſdam caſibus, *l.* 12. *l.* 14. §. *Iulian. l. qui re ſibi* §. *ſi quis alteri, de furtis.* Sed hoc caſu dabitur actio furti domino, vel in poſteriorem furem, vel in priorem, id eſt, exercitorem. Nam actio de recepto non tollit actionem furti quæ in eundem competit. ſed neque hoc caſu tollit eam quæ competit in alium furem, ſi ipſe exercitor, quod & ipſe eiuſdem rei fur ſit, eadem actione in alium furem vti non poſſit. Et ita, vt idem Paulus ſcribit in *l.* 42. *loc.* quæ cum initio huius l. 4. coniungenda eſt.

Ad l. 42. locati.

Si locatum tibi ſeruum ſubripias, vtrumque iudicium aduerſus te eſt exercendum, locati actionis, & furti.

SI ſeruum tibi locatum ſubripias, actio locati non tollit actionem furti, ſed vtraque in te competit; vna ad rem, altera ad pœnam. Et hæc de furto. Quantum ad damnum datum attinet, etiam dicemus ex *l.* 5. §. *vlt.* dominum, cui damnum datum eſt, alterutra actione contentum eſſe debere, vel actione de recepto in exercitorem, vel legis Aquiliæ in eum, qui damnum dedit. Et ſi hac prius egerit, illam tolli, quia actio legis Aquiliæ rei perſecutionem habet, & eandem rem bis perſequi non poſſumus. Sin autem de recepto prius egerit, actio legis Aquiliæ ſupereſt in id, quod amplius in ea eſt, quia mixta eſt actio, quæ cedenda eſſe videtur exercitori, qui periculum cuſtodiæ prior ſubiit conuentus actione de recepto. Et omnino, vt ait *l.* 5. quæcunque de furto dicta ſunt, eadem & de damno iniuria dato debent intelligi, quia exercitor non tantum a furto, ſed & a damno rem ſaluam fore recepit. Additur in hac l. 4. & cauponi cauponem, nautæ nautam, ſtabulario ſtabularium teneri actione de recepto; improbum improbo teneri hac actione. Et non tantum, quod magis eſt, earum rerum nomine, quæ vehendæ aut perferendæ locatæ ſunt certa mercede, & in nauem impoſitæ, ſi nauta, id eſt exercitor, ſaluas fore receperit, competere actionem de recepto, ſed etiam earum rerum, quæ locationi accedunt, etiam ſi earum merces, id eſt, vectura non debeatur, vt veſtimentorum aut vaſorum, quæ in naui neceſſaria ſunt, aut penoris quotidiani, quorum vectura non debetur, *l.* 1. §. *inde apud, ſup. titulo naut. caup.* & pro infante etiam in naui nato vecturam non deberi, oſtendit lex *ſed addes* §. *ſi quis mulierem, loc.* Pro ratione autem huius poſtremæ ſententiæ, vt earum rerum quoque nomine competat actio de recepto, pro quibus vectura non debetur, adnecti poteſt, quod ſequitur in *l.* 5. non quia mercedem accipit, exercitorem nauis cuſtodiæ ſubire periculum, ſed quia ita conuenit inter eum & vectorem. Et ideo etiam non locatarum rerum nomine, puta gratis receptarum rerum ad vehendum, earum, inquam, rerum etiam tenetur de recepto, *l.* 3. §. *ſi vero res, l. pen. in princ. hoc tit.* Item tenetur, vt iam dixi, exercitor eadem actione, etiamſi ſine culpa eius res perierint, aut deteriores factæ ſint, *l.* 3. §. *at hoc edicto, ſup.* Qui tamen ſi mercedem cuſtodiæ reciperet, non teneretur, niſi culpæ nomine, *l. qui mercedem, loc.* Et hæc de actione de recepto. Non omittam ſub hoc tit. duas actiones in factum proponi. prior eſt actio de recepto, de qua hactenus dictum eſt, quæ eſt ex contractu, & rem perſequitur, id eſt, id quod intereſt, non pœnam. Poſterior eſt actio in factum quaſi ex maleficio, quæ pœnam dupli perſequitur. Et vtraque datur aduerſus exercitorem nauis, vel cauponæ, vel ſtabuli. Et de poſteriore nobis neceſſario dicendum eſt aliquid. De priore actione, quod obſeruatu dignum eſt, tractatur ab initio *l.* 1. vſque ad §. *in factum l. penult.* Quod & Bartolus notat recte. De poſteriore autem tractatur ab illo §. *in factum,* vſque ad finem tituli. De poſteriore autem tractatur in *tit. furti aduerſ. naut.* Sed in hoc titulo *nautæ caupones,* potiſſimum de damno dato in *d. l. pen.* §. *in factum, & l. vlt.* de furto autem facto in *d. tit. furti. aduerſ. naut.* Vtraque actio, vt dixi, datur in exercitorem, & locum habet, ſi damnum iniuria datum, vel furtum factum ſit vectoribus aut viatoribus. Sed prior, vt dixi, eſt ex contractu, & rem perſequitur. Poſterior eſt quaſi ex maleficio, & pœnam dupli perſequitur. Et præterea, hæc eſt alia differentia, priore actione quæ eſt de recepto, exercitor præſtat factum omnium, id eſt, non tantum ſuum factum, vel ſuorum, veluti remigum, aut eorum, quorum opera cauponam vel ſtabulum exercet, ſed etiam vectorum & viatorum, quos recipit hoſpitio repentino, ſi quid perierit, aut deterius factum ſit: quia id omne in ſe recepit. Poſteriore autem actione in his rebus, quas ſaluas fore non recepit; exercitor præſtat tantum ſuum factum, vel ſuorum, quorum opera & miniſterio in naui, caupona, ſtabulo vtitur, atque etiam ſuorum hoſpitum, quos perpetuo habitandi cauſa receperit, aut in longum tempus, non etiam præſtat factum vectorum aut viatorum, quia hos non eligit, nec viatores repellere poteſt, quo minus hoſpitio repentino excipiantur. ſignum tabernæ, vel cauponæ appoſitum exercitorem in hoc obligat, vt quemcumque tranſeuntem excipiat; Nauta vectores, caupo viatores non eligit, & ideo non præſtat eorum maleficium. At illos, quorum opera negotium illud exercet, ipſe eligit, & ſuo periculo adhibet. Itaque non

non si quid illi sibi inuicem subripuerint, damnumve dederint, si vectores, aut viatores scilicet, non etiam, si ministeria, quibus vtebantur, sibi inuicem damnum furtumve fecerint, eo nomine non tenetur: sed si quid viatoribus aut vectoribus ministri vel hospitio perpetuo recepti in ipsa naui vel caupona, vel stabulo subripuerint, siue qua in re damnum iniuria dederint, eo nomine tenetur quasi ex maleficio, culpæ scilicet suæ nomine, qui tales adhibuit, qui opera malorum hominum vsus est, *l. 5. §. vlt. de oblig. & act.* & est ea actio, actio vtilis furti. Et ita appellatur à Paulo 2. *sentent. de furt.* vel actio vtilis legis Aquiliæ in duplum etiam in confitentem, quamuis alias non soleat actio legis Aquiliæ esse in duplum, nisi in inficiantem, vt & quæ datur in eum, qui seruum alienum corrupit, sed hoc casu erit in duplum etiam in confitentem, *l. 5. §. hæc actio, de seru. corrup.* Est etiam eo nomine actio furti, vel legis Aquiliæ in furem, vel in eum, qui damnum dedit in naui, vel in caupona, stabulo, cum ibi esset, vt opem ferret, vt opitularetur exercitori, atque seruiret. Sed actor alterutra actione contentus esse debet, actione in duplum in exercitorem, vel actione in duplum in furem, vel eum, qui damnum dedit. Quoniam in hunc si prius egerit exercitor, liberatur per exceptionem doli mali, *ne de eiusdem hominis admisso sæpius quæratur.* Sed si prius actum sit in exercitorem in duplum, & duplum soluerit, exercitori, si culpa vacet, in furem actio furti competit, quia eius interest, vel cedenda ei est actio legis Aquiliæ: aut si prius conuentus exercitor in duplum forte absolutus fuerit, furi si postea conueniatur, prodest exceptio doli mali eadem ratione, ne de delicto eiusdem hominis sæpius agatur, *l. pen. §. vlt. h. tit.* quod maxime notandum est. Postremum hoc est, quod notare vos velim ex *l. vlt.* quæ est de eadem actione in duplum in exercitorem: In hac actione venire nautarum factum, id est, eorum, qui in naui sunt nauis nauigandæ causa, veluti remigum, siue sint liberi, siue serui, & per eos damnum datum in naui furtumve factum sit, non etiam venire factum vectorum, vt dixi. At quid fiet, si quidam sint & vectores simul & nautæ, id est, remiges? sunt quandoque, qui remos agunt in naui ait pro vectura, quos vt lex vlt. ναυτεπιβάτας vocant, *nautas vectores*, qui sunt vtrumque. Quid igitur, si quidam in naui sint nautæ simul & vectores: quid item si sint nautæ simul & mercatores, qui merces suas naui vehendas locauerunt? mercator est etiam vector, siue ἐπιβάτης, separatur tamen in *l. vlt.* a vectore, atque etiam in l. Rhodia, separatur a vectore mercator, cum amplior locus in naui datur mercatori, quam vectori. Et inuenio in Homero ἐμπόρου nomine significari etiam ἐπιβάτην, id est, vectorem quemcumque etiam non mercatorem, qui aliena naui vehitur, Odyss. vlt. ἔμπορος εἰλήλουθας νηὸς ἐπ' ἀλλοτρίης. Ἔμπορος, inquit, *est qui nauigat in naui aliena.* Et Odyss. 2. εἰμὶ δ' ἔμπορος. οὐ γάρ, &c. *Sum*, inquit, ἔμπορος, *quia neque naui mea vehor, neque remos ago.* Igitur ἔμπορος est, qui naui aliena vehitur: sed aptatur etiam hoc nomen ad negotiatorem, verum non proprie, nisi ad maritimum: nam & πόρος & πορεία est proprie iter maritimum: sed tamen, vt dixi, potest quis esse nauta & ἐπιβάτης, id est, vector, nec tamen erit mercator. At omnis nauta mercator idem & vector est. Et in his omnibus siue quis sit ναυτεπιβάτης, id est, *nauta vector*, siue nauta mercator, ei datur actio in exercitorem, si quid amiserit in naui: factum quoque eius exercitor præstat, non tanquam vectoris, quia factum vectorum non præstat, sed tanquam nautæ, quoniam mixtus est ex vtroque.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,
ad libr. decimumquartum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad legem 8. qui satisd. cogantur.

De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores conuenire. Si non conueniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc a iudice statuendo. 1. §. *Qui mulierem adhibet ad satisdandum, non videtur cauere. Sed nec miles, nec minor vigintiquinque annis probandi sunt: nisi hæ personæ in rem suam fideiubeant, vt pro suo procuratore. Quidam etiamsi a marito fundus dotalis petatur, in rem suam fideiussuram mulierem.* §. 2. *Si seruum inueniatur, qui antequam iudicium accipiatur, fideiussit iudicatum solui: succurrendum est: fortasse & mulieri propter imperitiam.* §. 3. *Si fideiussor iudicatum solui, stipulatori heres extiterit, aut stipulator fideiussori, ex integro cauendum erit* §. 4. *Tutor & curator, vt rem saluam fore pupillo caueant, mittendi sunt in municipium: quia necessaria est satisdatio. Item de re restituenda domino proprietatis, cuius vsusfructus datus est. Item legatarius, vt caueat euicta hereditate legata reddi, & quod amplius per legem Falcidiam ceperit. Heres quoque vt legatorum satisdet audiendus est, vt in municipium mittatur. Plane si misso iam legatario in possessionem, cum per heredem staret quo minus caueret, heres postulet, vti de possessione decedat: paratumque se dicat in municipio cauere: impetrare non debebit. Diuersum si sine culpa aut dolo heredis missus sit in possessionem.* §. 5. *Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis aduersarij forsitan, cum Romæ possit satisdare, in municipium euocet. Sed quibusdam hoc iusiurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus & patronis. Sic autem iurare debet, qui in municipium remittitur:* Romæ se satisdare non posse, & ibi posse, quo postulat remitti: *Idque se non calumniæ causa facere: Nam sic non est compellendus iurare alibi se quam eo loco satisdare non posse: quia si Romæ non potest, pluribus autem locis possit: cogetur peierare.* §. 6. *Hoc autem tunc impetrabitur, cum iusta causa esse videbitur. Quid enim si cum erat in municipio noluit cauere? hoc casu non debet impetrare: cum per eum steterit, quo minus ibi, quo ire desiderat, satisdaret.*

Ex lib. 14. est tantum l. vna, scil. 8. *Qui satisd. cog.* quæ tota est de prætoriis satisdationibus siue stipulationibus quampluri- mis, & de ea parte edicti, qua auditur reus, a quo desideratur satisdatio, qui in alium locum se remitti postulat satisdandi causa, si iusta causa esse videatur, & si quod etiam iubetur edicto, ante omnia iuret de calumnia. Ac primum initio huius legis octauæ, agitur de satisdatione iudicio sisti, & ait, deponenda die, in quam reus iudicio sisti promittat, solere conuenire inter litigatores, inter actorem & reum, inter stipulantem & promittentem. Sed si de eo die inter eos non conueniat, inquit, id est, si dissentiant in ea die ponenda, sic Basilica, εἰ διχονοοῖεν, id est, si dissentiant, quod aperit plane sensum huius loci, tunc in arbitrio esse stipulatoris solius, quem diem ponat, nempe hoc modo stipulaturum si velit, etiam dissentiente reo, *in diem quintum proximarum Calend. inque locum illum vadimonium sisti promittis?* Ita tamen, vt iudex moderetur spatium temporis, si forte quod stipulatione comprehensum est, angustius videatur, *moderato*, inquit, *spatio de hoc a iudice statuendo*,

quæ verba proculdubio Triboniani sunt. Et hoc est, quod A proponitur initio huius legis, *de caut. iud. sisti*. Cui nihil obstat *l. ita stipulatus*, vt expediam glossam, *de verb. oblig.* quia vt etiam ex Irnerio glossa refert, hæc lex 8. loquitur de concipienda stipulatione iudicio sisti, puta in quam diem sit concipienda: at illa *l. ita stipulatus* loquitur de iam concepta stipulatione iudicio, vel quo alio loco sistendi causa: quæ si diem non habeat, cum id ageretur vt haberet, id est, si in ea dies per errorem omissus sit, quo sisti oporteat, inutilis est. Nihil etiam *l. si finita, in princ. de dam. infec.* aduersatur nec huic legi, nec illi. Quia hæc, vt dixi, est de concipienda formula stipulationis, de die quæ stipulationi concipiendæ est apponenda. Illa lex, *si finita*, est de iam concepta stipulatione damni infecti, in qua per errorem dies omissus est, in quem finiretur stipulatio, & promissor liberaretur. B Neque etiam *l. ita stipulatus*, quoniam hæc loquitur de die, quo impleri stipulationem, id est, quo certo loco sisti oporteat, qui si per errorem omissus sit, inutilis stipulatio est, & imperfecta. Illa autem lex *si finita*, loquitur de die, in quem stipulatio damni infecti finem accipit, qui si sit omissus per errorem, suppletur a prætore facta interpretatione ex eo, quod plerumque fieri solet: Ita vt in quem diem solet caueri damni infecti, puta si intra 30. dies ædes ruerint, in eum si per errorem omissus sit, cautum intelligatur: & ita hæc sunt explicanda. Hæc autem satisdatio iudicio sisti, aliquando est voluntaria, aliquando necessaria: id est, aliquando ex conuentione litigatorum interponitur, puta de die, quo sese sisteret in iudicio conuenientibus litigatoribus, aliquando interponitur ex edicto prætoris, C vt *l. 1. sup. in ius voc. vt eant*, & multum interest, vtrum necessaria, an voluntaria sit satisdatio. Nam vt docet lex prox. §. 1. *sup.* si sit necessaria, si coacta, & non facile possit reus eam ibi præstare vbi conuenitur, vt si conueniatur Romæ, aut in μητροπόλει prouinciæ suæ, nec possit ibi inuenire fideiussores, qui pro eo fidem suam obstringere velint, potest audiri, si in municipio suo, vel in alia eiusdem prouinciæ ciuitate satisdationem præstare paratus sit, & remittitur in id municipium eamve ciuitatem, vt ibi satisdet, cum non possit satisdare vbi conuenitur. Si autem satisdatio voluntaria est, si proficiscatur ex conuentione vtriusque partis, in alium locum non remittitur satisdandi causa: sed quo loco conuenit de satisdatione, eo satisdare debet: quia ipse ibi satisdandi ne- D cessitatem sibi imposuit, non lex aut edictum prætoris, *d.* §. 1. Locus est singularis. Et eodem modo, stipulatio rem ratam dominum habiturum, aliquando est voluntaria, id est, ex conuentione, aliquando necessaria, id est, ex edicto prætoris, *l. interdum, rem rat. hab.* Stipulatio quoque iudicatum solui, alias voluntaria est. Quidni? Alias necessaria, nimirum ex edicto prætoris. Et ad hanc satisdationem siue stipulationem iud. solui, videntur pertinere quæ sequuntur in hac *l. 8. vsque ad §. tutor.* mulierem non esse idoneam ad satisdandum pro reo iud. solui, quia intercessio eius improbatur Senatusconsulto Velleiano: militem quoque & minorem 25. annis, vt ait in §. 1. non esse probandos, *ne deuoir estre receuz*, satisdantes pro lite aliena, quia facile restitui & releuari possunt. Sed hoc ita, nisi ex personæ in rem suam fideiubeant, E veluti pro procuratore suo ad litem suscipiendam, & defendendam dato, qui vtique satisdare debet iud. solui, *l. 8. §. vlt. de procur.* vel mulier pro marito suo, a quo petitur, id est, vindicatur fundus dotalis, quem possidet. Nam vt ait *l. quamuis, de iur. dot.* quamuis in bonis mariti sit fundus dotalis, mulieris tamen res est, res est vxoria. Lex *Titio centum* §. *Titio genero, de cond. & dem. emolumentum ad mulierem pertinet.* Ac similiter Boetius in Topic. Cicer. *Dotem constante matrimonio esse in bonis mariti, atque etiam in vxoris iure, & post diuortium velut rem vxoriam peti.* Ergo, vt ait *in §. quidam*, maritus a quo petitur fundus dotalis, quem possidet, sane hoc iure actori debet satisdare iudic. solui, vt *l. 8. & 11. iud. solui l. 34. de fideiuss. l. in causa §. si ex parte. de procurat. l. pen. de dolo*: §. 1. *Instit. de satisdat.* Et pro marito recte vxor fideiubet iudic. solui, quia in rem suam fideiubet, fundus dotalis res est sua. Dices: Imo possessor fundorum satisdare non compellitur. Satisdare, est fideiussorem dare. Qui possidet fundos, qui possidet immobilia multa, satisdare non cogitur, sed repromittere vel iurato repromittere. Qui prædia habet, non cauet prædibus, *l. pen. hoc tit.* Maritus, inquies, possidet fundum dotalem. Ergo satisdato non cauet iud. solui. Delenda glossa, & dicendum cum Paulo Castrensi, & Alexandro ab Immola, eum, qui non possidet nisi eum fundum, de quo est controuersia, satisdare compelli, vt in *l. Julian. hoc tit.* non eum, qui alia prædia possidet, quo nihil est neque certius, neque apertius. Pergamus igitur ad §. si seruus.

Ad §. si seruus.

Si pro reo seruus fideiusserit iud. solui ante litem contestatam, vt fit, solet enim hæc cautio præstari ante litem contestatam, ante iudicium acceptum, vt *l. Julianus, inf. hoc tit. & l. 8. iud. solui.* & actor ignorauerit, eum esse seruum, quem fideiussorem accipiebat, errore comperto succurrendum ei esse, vt ex integro ei caueatur, iusto & idoneo fideiussore ei dato. Semper etiam maioribus errantibus in facto succurritur, veluti in conditione personæ, in statu fideiussoris, quem accipiunt: Succurrendum ei inquam est, quia seruus, qui pro alio fideiubet, ne iure quidem naturali obligatur, nec eius dominus tenetur de peculio, *l. in persona §. 1. de pact. l. 20. de fideiuss. l. 3. §. si filius fam. de pecul.* videlicet, si extra rem peculiarem fideiusserit, vt in casu proposito. Scienti autem non succurritur, id est, ei, qui sciens seruum fideiussorem accepit iudic. solui: non est ex integro cauendum, non est ei succurrendum, nisi fuerit mulier aut minor 25. annis, quoniam iis ius ignorare permissum est. Denique propter imperitiam iuris, iis etiam scientibus eum, qui fideiubet iud. solui, seruum esse, succurrendum est; quia per errorem iuris existimarunt etiam seruum fideiubere posse. Iis errantibus in iure ignoscitur, non etiam maribus maioribus 25. annis.

Ad §. si fideiussorem, iud. solui.

Additur in §. *si fideiussor*, ex integro quoque cauendum esse, si fideiussor iud. solui stipulatori, vel contra stipulator fideiussori heres extiterit, quia confusione sublata est prior obligatio, & certum est prætorias stipulationes, qualis est iud. solui, sæpius interponi, quum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit, *l. 4. de præt. stip. l. 10. hoc tit.* Post hæc Paulus proponit in §. *tutor*, multas alias species stipulationum prætoriarum, siue satisdationum, veluti rem pupilli saluam fore, quam præstant tutores, aut curatores pupillo, vel adolesc. vel seruo eius, vel seruo publico, & satisdationem, quæ appellatur fructuaria, quam scilicet fructuarius domino proprietatis præstat, nempe finito, vel amisso vsufructu, rem proprietario restitutum iri, & quod inde extabit, de qua in tit. *vsufruct. quemad. cau.* Et proponit etiam satisdationes, quas legatarij, quibus legata præstantur, heredibus præstant, nempe satisdationem, *euicta hereditate legata restitutum iri*, vel satisdationem, *quod amplius legatorum nomine ceperit, quam per legem Falcidiam licuerit redditum iri*, de quibus in *tit. si cui plusquam per l. Falcid.* Ac præterea satisdationem legatorum vulgarem, quam heres legatariis præstat, nempe, *his diebus dari, fieriue, quibus testator dari fieriue iussit, dolumque malum abesse*, de qua in titulo, *vt legat. nom. caueat.* Hæ omnes satisdationes propositæ in §. *tutor*, sunt necessariæ, quia ex edicto Prætoris interponuntur & extorquentur inuitis: & ideo si eas implere non possit is, a quo desiderantur, vbi conuenitur, vt si Romæ conuenitur, & Romæ eas satisdationes præstare non possit, fideiussores inuentu sunt difficillimi, *l. 6. si cui plus quam per legem Facid. l. omnes §. præterea, C. de Episcop. & cleric.* tunc recte postulat, se in municipium

nicipium remitti, vbi dicit, sibi esse facilius fideiussorem inuenire, easque satisdationes adimplere, atque præstare. Offerre autem legatorum satisdationem heres plerumque debet, antequam legatarij mittantur in possessionem bonorum vice satisdationis, & aliquando etiam heres recte offert satisdationem legatorum, posteaquam legatarij vice huius satisdationis missi sunt in possessionem bonorum omnium hereditariorum, legatorum seruandorum causa, videlicet si per heredem non steterit, quo minus ante satisdaret; si sine dolo, inquit, aut culpa heredis legatarij missi sint in possessionem: alioqui si post moram heredis missi sint in possessionem, sera est oblatio satisdationis legatorum, quam heres se daturum offert municipio, atque ideo postulat, vt legatarij discedant de possessione: *Discedite*, inquit, *de possessione, equidem paratus sum in municipio satisdare legatorum nomine*. Nam si vbi conuenitur satisdationem offerat, postquam legatarij missi sunt in possessionem bonorum, ita sane impetrabit, vt legatarij de possessione discedant. Et sic est accipienda lex *si pecuniæ* §. *vlt. vt in possessionem legat.* in illo loco, *vel si eo nomine satisdatum sit*, circunscripta glossa in illo loco, §. *plane, si misso*, quæ aliter explicat eam legem *si pecuniæ* §. 1. Sed res clara est, si dicas, missos legatarios in possessionem vice satisdationis, cum dolo vel culpa heres cessat satisdare legatorum nomine, discedere debere de possessione, si postea heres ibi, vbi conuenitur offerat satisdationem, non etiam, si dicat, se in municipio satisdare paratum esse, neque enim poterit aduersarium euocare in municipium, sed ibidem debet, si velit eum expellere de possessione, ei satisdare, vbi ille agit. Non aliter autem impetrat, qui superiores satisdationes præstare debet, vt exempli gratia, Roma in municipium suum remittatur satisdandi causa, nisi prius iurauerit de calumnia. Iubetur, inquit in §. *iubetur*, de calumnia iurare: iubetur scilicet edicto Prætoris iurare, se vexandi aduersarij (id est, calumniæ causa, calumnia est vexatio) in municipium aduersarium non euocare, vt ibi satis accipiat, sed quod Romæ satisdationem præstare non possit: quod Romæ, vbi conuenitur, non inueniat fideiussores, in municipio sit facile inuenturus: non cogitur iurare alibi quam in illo municipio satisdare non posse, ne peieret, si forte pluribus aliis locis satisdare possit. Satis igitur est, si iuret se, ibi, vbi conuenitur satisdare non posse. Sed vt solet semper, hoc iusiurandum calumniæ remittitur parentibus & patronis, *l. licet, de obseq. par. l.* 16. 34. §. *qui iusiurandum, de iureiur.* Parentes & patroni, quibuscum agitur petita edicti venia, si ab iis satisdatio desideretur, ab eo loco, vbi conueniuntur, remittuntur in municipium, vbi commodius satisdare possunt, etiamsi non iurauerint de calumnia. Postremo notat Paulus in hac lege elegantissima, ita demum audiri eos, qui postulant se in municipium remitti satisdandi causa, si iusta causa esse videatur. Hoc autem tunc impetrabitur, quum iusta causa esse videbitur, quæ verba: *Cum iusta causa esse videbitur*: profecto sunt verba edicti, quæ & in aliis locis edicti occurrunt sæpe. Ergo non temere hoc datur, vt alibi satisdent, quam quo loco conueniuntur, vt in alium locum perducant aduersarium satis accipiendi causa, sed causa cognita, si iusta causa esse videbitur, hoc postulandi: Nam exempli gratia, si per eum, qui hoc postulat, semel steterit, quo minus in municipio illo satisdaret, frustra iterum in illud municipium aduersarium temere ire compellet satisdandi causa. Et hoc casu æquum est, vt omnimodo ibi, vbi conuenitur satisdare compellatur.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. secundam, de public. iudiciis.

Publicorum iudiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus pœna mors aut exilium est, hoc est, aquæ & ignis interdictio. Per has enim pœnas eximitur caput de ciuitate. Nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim ciuitas retinetur. Non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria, aut in corpus aliqua coercitio, pœna est.

EX lib. 15. habemus etiam vnam tantum legem, quæ est de publ. iudiciis. Hæc lex iudicia publica diuidit in capitalia, & non capitalia, & definit, quæ hæc & illa sint. Sed hoc in primis curæ non mediocris est, vt quæramus, quæ causa fuerit, hic agendi de publ. iudiciis, quorum tractatum reiectum esse videmus in lib. 48. Digest. in extremam scil. partem Digestor. & qui factum quoque fuerit, vt ex illo lib. nobis relicta sit illa tantum lex 2. *de publ. iud.* & similiter ex lib. superiori, vt lex duntaxat 8. *qui satisd. cog.* & ex seq. lib. duæ tantum leges, & hæ pusillæ admodum & parua de re. quæ labis, iacturæve tam magnæ causa sit, id ego hic, animos adhibete, docebo. Quem titulorum & rerum ordinem in his Digestis seruasse Tribon. videmus, is est ordo edicti perpetui a Iulia. digesti, vt idem ipse Tribon. sub nomine Iustinian. testatur in constit. de conceptione Digestorum, quæ præfixa est hisce Digestis, cum aliis duabus atque etiam, vt opinor, sub nomine Hermogeniani, in *l.* 2. *de statu homin.* Et eundem ordinem nemo ambigit Paul. esse secutum in libris suis ad edictum, aut certe de eo non est, quod ambigat quisquam. Vnde cum primo post tit. de arbitris, qui ex compromisso arbitrium receperunt, & de iis, quæ nautæ, caupones, stabularij salua fore receperunt, cum videamus in his Digestis dari titul. de iudiciis, non abs re adducimur, vt credamus, post edicta de receptis, Paul. dedisse edicta de iudiciis, & quæcumque ad iudicia in genere pertinerent, priusquam veniret ad species iudiciorum singulas, & ea de iudiciis dedisse, quod innumera essent, non vno tit. tantum, vt Tribon. fecit, sed pluribus, quia & de iudiciis, vel edicta, vel leges fuisse, quamplurimas credibile est. Nec vllo libro quoque ea dedisse, sed pluribus propter rei magnitudinem. Primum enim superiore lib. qui est 14. proposuit edicta de stipulationibus & satisdationibus iudiciariis, veluti iud. solui, quæ modo voluntaria est, & diem in quem sisti oporteat, accipit ex conuentione litigantium, vel arbitrio stipulatoris, *d. l.* 8. *qui satisd. cog.* modo necessaria est prætore statuente diem, vt in *l.* 2. quam prætermisi nudiustertius, §. *sed si dubitetur, de iud.* quæ plurimum ad hanc rem facit, & item de satisdat. iudicatum solui, quæ similiter aut voluntaria, aut necessaria est, id est, aut conuentionalis, aut prætoria est, & de satisd. rem ratam haberi, & de aliis innumeris, quarum tamen omnium memoriam Tribon. nobis relinquere noluit, quod pleræque desuetudine siue inusu obsoleuissent, & hodie moribus nostris omnes obsoleuerunt. Et vt hoc obiter doceam, cur hodie omnes iudiciales satisd. exoleuerint, vastato orbe Romano quamplurimis & calamitosissimis bellis cum domesticis, tum externis, cum ad exiguum numerum ciues Romani redacti essent, nec

fideiuss. facile inuenirentur idonei, qui se pro aliis obligarent in tanta paucitate, & paupertate hominum quam clades bellorum inuexerat, & in tam rara inter homines humani officij colendi ratione, quod iam eos continua bella feros & immanes reddidissent: Eo res deducta est, vel potius eo necessitas rerum res perduxit, vt in iudiciis satisdationes, quæ fiunt datis fideiussorib. remitti necesse foret. Manserunt repromissiones & cautiones nudæ iudicio sisti, iudicatum solui, & similes, sed eæ, cum vulgares & solemnes essent, & cum esset pronum cuique eas præstare, paulatim etiam omissæ sunt, & habitæ pro interpositis, pro non omissis. Et ideo nec vllæ hodie interponuntur, quia tacite interpositæ intelliguntur; vt in plerisque aliis causis, quod vulgo fieri olim solebat, hodie non fit, sed pro facto habetur, *l. vlt. C. quæ res pign. oblig. poss. l. vlt. C. de remiss. pig. l. vlt. C. de fideiuss.* Hinc origo tot tacitarum stipulationum, & tacitarum hypothecarum in iure. Porro, vt dixi, ex lib. sup. qui fuit de satisd. iudiciariis, de iis tam pauca restant, nempe illa duntaxat lex 8. quod earum magna pars obsoleuisset ætate Iustin. vt hodie omnes obsoleuisse constat. At post satisdationes Paulum in his lib. ad edictum tractasse de iudiciis, idem ipse argumentum præbet *lib. 1. sent.* in quo proponit tit. de iudiciis omnibus, sed primum tit. de satisd. qui ordo titul. etiam seruatur in Cod. Iustin. vt præcedat titul. *de satisd.* sequatur titulus de iudiciis. Et placet valde, quod Paulus *lib. 1. sent.* ita generaliter concipit tit. de iudiciis. *De iudiciis omnib.* inquit. Nam ex eo intelligimus sub eo titulo expositas fuisse varias diuisiones & varia genera iudiciorum, & illam præcipue diuisionem, quæ summa & capitalis est, vt ita dicam, in iudicia priuata & publica. Vnde non mirum, si post traditas lib. 14. satisdationes iudiciarias, quæ iudiciales dicuntur (vt obiter moneam) non a iudicibus, sed a iudiciis, quia propter iudicia interponuntur, vt irrita non sint, *l. 1. de præt. stipul.* simul ac traditas cæteras prætorias, & necessarias satisdationes, hoc lib. 15. non mirum, inquam, si Paulus posita diuisione iudiciorum in priuata & publica, rursus subdiuidat publica in capitalia, & non capitalia, *l. 2. de public. iudic.* Docens (vt eam breuiter expediam) capitalia iudicia publica, quæ omnibus patent esse ea, quorum pœna est mors, vel exilium, id est, peregrinitas, mors naturalis, vel ciuilis. Strictius aliquando iudicia capitalia dicuntur ea tantum, quæ vltimam pœnam irrogant, vltimum supplicium, quod mortem naturalem interpretamur. Quæ irrogant pœnam sanguinis, vt loquuntur, sanguinem accipientes pro cæde vitæ, vt illo loco, *multo vitam cum sanguine fudit*: neque enim omnis vltima pœna sanguine persoluitur. Et sic in *l. transigere, C. de transact. l. vlt. C. si reus vel accusator mort.* capitalia crimina dicuntur ea tantum, ex quibus pœna mors est naturalis, non exilium. At frequentius etiam ea capitalia dicuntur, ex quibus pœna est exilium, id est, amissio ciuitatis, siue peregrinitas, quæ contingit per aquæ & ignis & tecti interdictionem, vel per deportationem in insulam cum publicatione omnium bonorum, quæ media est capitis deminutio. Et multo magis capitalia dicuntur etiam ea, ex quibus pœna est maxima capitis deminutio, id est, amissio ciuitatis & libertatis, quæ contingit per damnationem in metallum, veluti ex l. Iul. Maiest. & l. Cornel. de sicar. Non capitalia autem sunt, ex quibus pœna est relegatio in insulam, quæ & exilium dicitur improprie: exilium scilicet, quod salua ciuitate contingit, vt ait *l. 4. §. 1. si quis caution.* ex qua nulla contingit capitis deminutio. Exemplo est crimen publicum ex l. Iulia de adult. cuius pœna, vt ex sententiis Pauli nouiter repertis didicimus, in adultera est relegatio in insulam & ademptio dimidiæ partis dotis, & tertiæ partis bonorum, ita vt in diuersas insulas relegarentur, quod nondum cuiquam compertum erat certo. Non capitalia etiam sunt, quibus pœna pecuniaria imponitur, vel coercitio corporalis, veluti fustium admonitio, vt olim ex *l. Fabia, & ex lege Visellia*, de qua est titulus in *C. ad legem Viselliam.* Et hæc est diuisio iudiciorum publicorum, quæ proponitur in *d. l. 2.* Credibile autem est, & hoc lib. 15. Paulum proposuisse alias iudiciorum diuisiones, & quidem plurimas, quæ prætermissæ sunt a Triboniano, fortean quod in vsu ea iudiciorum genera esse desiissent, vt & hoc lib. & seq. multa alia, quæ de iudiciis Paulus scripserat, id est, de ordine omnium iudiciorum & modo exercendarum & disceptandarum litium, deque officio iudicis in cognoscendo, & de formulis, quod iam tum omnia iudicia facta essent extraordinaria, nec peragerentur ex legibus solemni more, solemni ordine, ritu, & *l. ordo, de publ. iud. l. actio, de neg. gest. l. 2. ex quib. caus. maior. §. vlt. Inst. de interdict.* Prætermissa esse etiam pleraque eadem ratione de veteribus edictis aut legib. iudiciariis, veluti Sempronia, Seruilia, Cornelia, Pompeia, Aurelia, quas fuisse iudiciarias docet Philip. 1. M. Tullij. Ea, inquam, omnia, quod obsoleuissent, Tribonianus noluit his libris inserere, neque etiam ea forte, quæ de foro competenti, & de loco quo iudicia exerceri solent Paulus scripserat, quod eorum ratio immutata esset: nec de tempore finiendarum litium, quod a Iustiniano mutatum erat in *l. properandum, C. de iud. l. vlt. C. vt intra certum tempus.* Ex his etiam, quæ hodie vsui esse poterant, quæ Paulus his libris insperserat, veluti de personis, quæ in iudicio consistere, & quæ iudicio præesse possunt, & de litigatoribus contumacibus, qui adesse iubentur, nec veniunt, de frustratoribus, potuit Tribonianus prætermisisse quædam, quod ex aliis auctoribus ea satis exposuisset in tit. *de iudic.* Hinc factum est, vt ex lib. seq. qui etiam erat de iudiciis omnibus, duæ tantum supersint leges.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum decimumsextum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad legem 8. de petit. hered.

Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

In hoc libro duæ tantum sunt leges. Vna est lex 8. *de petit. heredit.* quæ hoc tantum docet, eum, qui per errorem iudicio centumuirali ex testamento, quod iure non valet, hereditatem petiit, errore comperto non prohiberi postea emendato eodem iudicio, hereditatem petere ab intestato. Quod confirmat *l. mater, de inoffic. testam.* & lex, *illud dubitari, in fi. de acquir. hered. l. 2. C. de success. ed.*

Ad legem 124. de regul. iuris.

Vbi non voce, sed præsentia opus est, mutus si intellectum habet, potest videri respondere. Idem in surdo. Hic quidem & respondere potest. §. 1. Furiosus absentis loco est. Et ita Pomponius libro primo epistolarum scribit.

Altera est *l. 124. de reg. iur.* quæ lex quo pertineat, non animaduertunt: sane non pertinet etiam nisi ad iudicia. *vbi non voce, &c.* Respondere quid est? Respondere litigator videtur, qui præsens iudicio adest, etiam si nihil ipse loquatur. Præsentia vtriusque aduersarij opus est, non etiam voce; præsentia pro voce est, vt respondere intelliguntur, vt in *l. & post edictum, de iud. l. 1. & 2. C. de hered. vend.* Habent patronos, habent procuratores siue cognitores, qui sunt procuratores præsentium, per quos intentionem suam iudici exponere possunt. Illorum non vox,

sed

ſed præſentia tantum requiritur. Et ob id recte dicitur mutus in iudicio conſiſtere poſſe, vt in *l. ſi quis cum §. vlt. comm. diuid.* quia reſpondere videtur, ſi præſto ſit & intelligat quid agatur. Et multo magis ſurdus in iudicio conſiſtere poteſt, & litigare, quia & hic ore ſuo reſpondere poteſt. Furioſus autem in iudicio conſiſtere non poteſt, *l. 49. de recept. qui arb. recept. l. furioſo, de re iudic.* quia etſi corpore præſens ſit, tamen abſentis loco ſemper habetur, quia caret intellectu, *l. 2. §. pen. de iure codicill. l. ſed ſi vnius §. filiofamil. de iniur.* Et ſententia dici debet præſentibus ambobus, vt eſt in 12. tab. in omnibus iudiciis, *l. de vnoquoque, de re iud. l. 19. C. ad leg. Iuliam de adult.* Furioſus autem præſens eſſe nunquam intelligitur. Præſens eſt in iudiciis, qui intellectu præſens eſt, non qui corpore ſolo. Quo fit, vt etiam furioſus, ſi furor eius ſit interuallatus, iudex ſpecialis dari poſſit, quia eius, qui iudex datur, præſentia vel ſcientia non exigitur. etiam abſens recte iudex datur: ergo & furioſus, *l. cum furioſus, de iudic.* vt ſcilicet furore finito tantum iudicio operam det. Et tamen mutus iudex dari non poteſt, quia voce opus eſt, nec præſentia iudicis ſufficit. Et ſimiliter ſurdus iudex dari non poteſt, *l. cum prætor §. non autem, de iudic.* quia & auditu opus eſt. Neceſſe ſcilicet eſt, vt iudex audiat litigatores, alioqui finire inter eos litem non poſſet.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad libr. decimumſeptimum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad legem 12. de iudic.

Cum prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, ceteris id committere videtur. §. 1. Iudicem dare poſſunt, quibus hoc lege vel conſtitutione, vel SC. conceditur. Lege, ſicut Proconſuli. Is quoque cui mandata eſt iuriſdictio, iudicem dare poteſt: vt ſunt legati proconſulum: item hi, quibus id more conceſſum eſt, propter vim imperij: ſicut præfectus vrbi, ceterique Romæ magiſtratus. §. 2. Non autem omnes iudices dari poſſunt ab his, qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur, ne iudices ſint, quidam natura, quidam moribus. Natura, vt ſurdus, mutus, & perpetuo furioſus, & impubes: quia iudicio carent. Lege impeditur, qui ſenatu motus eſt. Moribus, fœminæ & ſerui, non quia non habent iudicium, ſed quia receptum eſt, vt ciuilibus officiis non fungantur. §. 1. Qui poſſunt eſſe iudices, nihil intereſt, in poteſtate, an ſui iuris ſint.

Liber hic 17. fuit etiã de iudiciis omnib. & conuenienter ei initium dat etiam *l. 12. de iudic.* In vnam rem ſiue litem a prætore, non ſemper vnus tantum datur iudex ſpecialis, ſed nonnunquam plures, vt *l. proponebatur, inf. h. t. l. duo, de re iudic.* Et ſi quidem prætor plures dederit, ac deinde omnes eos iudicare vetet, iudicium ſoluitur, *l. iudicium, inf. h. t.* Sed ſi vnum ex iis tantum iudicare vetet, iudicium non ſoluitur. Imo vt Paul. ait initio huius l. vnum vetando iudicare, ceteris id iniungere videtur, vt iudicent. Deinde explicat Paul. in hac l. qui iudices dare poſſint. Iudices litigatoribus dare in vrbe poteſt, non tantum prætor more maiorum propter vim imperij ſui, vt ait, id eſt, ſuo iure, magiſtratus iure, etiamſi id ei nulla lex ſpecialiter permiſerit, atque adeo mandata iuriſdictione transfert etiã iudicis dandi licentiam, quia ei competit iure magiſtratus. At non tantum prætor iudicem litigatoribus dare poteſt, ſed etiam præfectus vrbi, *l. vlt. de of. præf. vrb.* & conſul, *l. 1. §. 1. de appell.* & præfectus prætorio, *l. 1. quis & a quo appell.* & omnes magiſtratus vrbani cuiuſcunque ordinis, *l. vlt. quis & a quo appell.* Et inde *l. 3. de iuriſd.* quam inſcriptio docet eſſe de magiſtratibus vrbanis, iuriſdictionem conſiſtere ait, ſimulatque imperium mixtum, quod ſcilicet iuriſdictioni immixtum eſt, conſiſtere etiam ait in iudicis dandi licentia. Prouinciales autem magiſtratus, non quidem more maiorum, aut iure ſuo iudices dare poſſunt, ſed alij ex lege ſpeciali, quæ hoc eis nominatim dedit, vt Proconſules, vt legati Proconſulum, poſt mandatã ſibi iuriſdictionem a proconſulibus *l. legatus de off. proconſ.* legati Proconſulum poſt mandatã ſibi iuriſdictionem à Proconſulibus iudices dare poſſunt, non ex mãdata iuriſdictione, ſed ex lege ſpeciali, quæ hoc eis dedit, vt vbi eis mãdata eſſet iuriſdictio, & iudicis dandi ius habeant. Alij vero SC. aut conſtitutione aliqua, vt procuratores Cæſaris, qui in cauſis fiſcalibus iudices dare poſſunt, *l. ex conſenſu §. 1. de appell.* Iudex etiam ſpecialis datus a principe, non etiam a magiſtratu, datus in eam cauſam, in quam iudex datus a principe eſt, alium dare iudicem, id eſt, ſubdelegare, vt loquuntur, poteſt, *l. 5. C. de iudic. l. vlt. C. vbi & apud quem cog. reſt.* Et ij ſunt, qui iudices dare poſſunt. Alij more maiorum & ſuo iure, tacito iure, alij lege certa, aut SC. aut conſtitutione. Subiicit Paulus, qui iudices dari poſſint. & non poſſunt quidem omnes iudices dari, non ſunt omnes idonei ad iudicandum: Nam alij lege impediuntur, ne iudicent, alij moribus, alij natura. Lege impediuntur ſenatores, qui ſenatu moti ſunt, infamia notati ob crimen publicum. hi nempe iudices dari prohibentur, lege public. iudiciorum, qua damnati ſunt, *l. 2. de Senatorib. l. 1. ad leg. Iuliam de vi priu.* Moribus autem impediuntur fœminæ & ſerui, quia moribus receptum eſt, vt ciuilibus officiis non fungantur. Ciuilia officia ſunt virilia, & liberalia officia, non ſeruilia, non fœminea, *l. 2. de reg. iur.* Natura autem impediuntur ſurdus & mutus, quia in cognoſcendo, auditu & voce opus eſt, maxime aurium ſenſu, quod ſup. attigimus in *l. 124. de reg. iur.* Surdus & mutus iudices eſſe prohibentur natura, id eſt, naturali ratione & manifeſtiſſima, *l. 1. §. furioſi & l. 44. de oblig. & act. l. ſicut, de vſufr.* natura etiam iudicare prohibentur perpetuo furioſus & impubes, quia vt ait Paulus, iudicio carent. Argumentatur a nomine, iudicio carent, ergo iudices eſſe non poſſunt, vt in Inſtit. impuberes teſtamentum facere non poſſunt, quia nullum animi iudicium habent, & teſtamentũ vltimum iudicium eſt, *l. mater, de inoffic. teſtam.* Et recte ait, *perpetuo furioſus*: Nam is, cuius furor temporalis eſt, iudex fieri poteſt, etiam dum furore corripitur, vt vbi ille furor receſſerit, tum iudicio operam det, *l. cum furioſus inf. hoc tit.* Et quod ait, *impubes*, extendi velim ad eum, qui nondum attigit plenam pubertatem, id eſt, 18. annum ex *l. quidam, de re iud.* Poſtremo Paulus notat in hac l. 12. qui iudices dari poſſunt, eos qui lege non impediuntur, vel moribus, vel natura, iudices dari poſſe, ſiue patresfam. ſint, ſiue filiifam: Nam iudicare publicum & ciuile munus eſt, *l. 78. inf. hoc tit. l. pen. de vacat. muner. l. 2. de regul. iur.* Et in publicis cauſis non ſpectatur ius patriæ poteſtatis, *l. 14. in prin. ad Trebell. l. filiusfam. de his qui ſunt ſui, vel alien. l. 6. quod cuiuſque vniuerſ.*

Ad legem 3. de interrog. in iur. fac.

Quia plerumque difficilis probatio aditæ hereditatis eſt.

PRopoſuit etiam hoc libro Paulus edictum de interrog. in iure fac. Ex hoc edicto *de interrog.* qui conueniuntur in iudiciis interrogati a prætore, vel ab aduerſario, vt *l. 9. §. 1. de interrog. in iur. fac.* reſpondere coguntur ſuo ore, & ex reſponſo ſuo obligantur, ſiue verum confiteantur: interrogati ſcilicet in iure, vel in iudicio, non ſi extra iudicium, ſiue, inquam, verum confiteantur, ſiue mentiantur, vt ſi a creditore hereditario in iudicio interrogati, an heredes ſint, & quota ex parte heredes ſint, reſponderint, ſe heredes eſſe ex ſemiſſe, licet mentiantur, obligantur tamen pro ſemiſſe. Et has ſæpe interrogationes in iudicio fieri a

a prętore, vel aduersario in iure apud prętorem necesse est, quoties difficile est actori probare, heredem esse eum, cum quo agere constituit: quia, vt ex hoc libro Pauli est proditum in *l. 3. de interrog. in iure fac.* difficilis est sæpenumero probatio aditæ hæreditatis: maxime hodie sublatis cretionibus hereditatum, quæ fiebant palam & solemniter, adhibitis testibus quamplurimis. M. Tull. ad Atticum: *Cretionem hereditatis Cluuij fuisse factam testibus præsentibus 62.* At hodie fit nemine adhibito, nuda voluntate aditio hereditatis. Idcirco difficilis eius est probatio, & necesse est prius interrogari eum, cum quo acturus est creditor hereditarius, quasi cum herede, an heres sit, an adierit hereditatem, an pro herede se gesserit. Et secundum hæc eodem ipso libro Paulus.

Ad l. 12. de interrog. in iure fac.

Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit, se heredem esse, tenebitur. Nam ita respondendo pro herede gessisse videtur. Sin autem filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit: succurrendum est ei, quia hunc qui abstinuit, prætor non habet heredis loco. §. 1. Exceptionibus, quæ institutis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is vti potest, qui ex sua responsione conuenitur, veluti pacti conuenti, rei indicatæ, & ceteris.

Filius patri suus heres est ipso iure, & velit nolit. qui tamen beneficio prætoris se abstinuit hereditate paterna, si postea interrogatus apud prætorem, an heres sit defuncti, responderit, se heredem esse, ait, ex suo mendacio teneri in solidum, perinde ac si adiisset, vel pro herede gessisset, non abstinuisset se. Non hoc dicit *l. 12.* eum, qui abstinuit se, postea pro herede gerere posse: nam hæc variatio non admittitur, sed eum qui post abstentionem respondit, se heredem esse, perinde teneri, ac si non abstinuisset, sed se pro herede gessisset, teneri ex suo mendacio. mendacium est, quia etsi iure ciuili maneat heres, qui abstinuit se, *l. cum quasi §. sed etsi suus, de fideicommiss. libert. l. 6. §. si filius, de bon. libert. l. 2. §. sed si sint sui, ad Tertyll.* tamen heres est sine re, & prætor eum non habuit heredis loco, cui permisit vt se abstineret bonis: prætori non est heres. Cum igitur apud prætorem dixit se heredem esse, mentitus est, quia prætori non est heres: an ergo idem dicemus, puta teneri eum in solidum, si interrogatus apud prætorem, an heres esset, tacuerit, nihil responderit? Et videtur idem esse dicendum, vt in solidum teneatur, quia qui tacet apud prætorem, qui superbe se gerit apud prætorem, nec ei interroganti respondet, in ea causa est, vt negasse videatur, *l. 11. §. qui tacuit, & §. nihil, sup. hoc tit.* Caius 2. Instit. apud Boetium in Top. Cicer. *Cessio in iure, inquit, fit hoc modo apud magistratum is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita vindicat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio: deinde postquam hic vindicauerit, prætor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, prætor addicit ei, qui vindicarit eum.* Quo negante & tacente, inquit. Ecce tacentem comparat neganti. Et eodem modo filius qui se abstinuit hereditate paterna, si interrogatus apud prætorem, an heres sit, tacuerit, negasse videtur se heredem esse, quod quia falsum est, iure enim ciuili heres manet etiam qui abstinuit se, ideo ex suo mendacio in solidum teneri videri. At contra rectissime Paulus ait hoc loco, *ei succurrendum esse ne teneatur:* quia etsi eius taciturnitas pro negatione habeatur, verum est eum apud prætorem heredem non esse, a prætore eum non haberi heredis loco. Prætori itaque non mentitur, qui apud prætorem interrogatus postquam se abstinuit, an heres sit, tacet, quod est, negat. At idem, qui se abstinuit, quum apud prætorem affirmat, se heredem esse, vt in priori specie, sane mentitur prætori. Et ideo hic in solidum tenetur, ille non tenetur. Hæc est ratio huius legis. Addit Paulus in fine legis, eum, qui ex suo mendacio, & ex sua responsione conuenitur, puta quasi heres, qui se heredem respondet, quamuis reuera non sit, aduersus actorem tueri se posse exceptionibus, quæ vero heredi competunt ex persona defuncti, veluti exceptione pacti conuenti, vel rei iud. vel doli mali, vel iurisiurandi. Cur ita? quia per omnia pro herede habetur, & pro se & contra se, quod maxime notandum.

Ad legem 9. depositi.

In depositi actione, si ex facto defuncti agatur aduersus vnum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo. Si vero ex suo delicto, pro parte non ago. Merito: quia æstimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit.

HÆc lex, quæ in Florentinis tribuitur lib. 17. proculdubio rectius in aliis libris redditur lib. 31. ad edictum, quia est de actione depositi tantum, non de iudiciis omnibus. Sententia apertissima est: vt actione depositi ex dolo defuncti, si plures sint heredes, singuli teneantur pro parte hereditaria, etiamsi nihil ad eos peruenerit. Vnus heres vel vnicus tenetur in solidum, si sunt plures, singuli tenentur pro portione hereditaria, *l. si hominem §. 1. hoc tit. l. ex deposito, de oblig. & actio. l. ad ea §. vlt. de reg. iur.* ex dolo, inquam, defuncti; nam ex dolo proprio singuli tenentur in solidum. Coheredes autem non tenentur, qui doli participes non sunt.

Ad legem 3. de re iudicata.

Qui damnare potest, is absoluendi quoque potestatem habet.

REstant ex lib. 17. de iudiciis omnibus leges quinque ac primum quidem lex 3. *de re iudicata*, cuius verba hæc sunt: *qui damnare potest, absoluendi quoque potestatem habet.* Licet in formulis actionum nulla fiat mentio absoluendi, sed condemnandi tantum his verbis: *si paret eum dare oportere condemna eum iudex*, vt sæpe apud Theop. tamen, qui condemnare potest, vt ait hoc loco, etiam absoluendi potestatem habet. Et in *l. 37. de reg. iur. Nemo*, inquit, *qui condemnare potest, absoluere non potest.* Et retro, qui absoluere potest, condemnare potest. aliud ex alio pendet. Tertullianus 4. aduersus Marcionem, *an eius sit absoluere*, inquit, *cuius non sit etiam damnare?* Et in *l. cum Papinianus, C. de sent. & interlocut. omn. iudic. qui absoluere reum potest, non reum tantum, sed & actorem condemnare potest.* Idem, qui non potest condemnare, nec absoluere, & contra, *l. 6. §. 1. de offic. proconf.* Quod tamen nonnunquam vitiatur. Nam certæ sunt dignitates, quibus qui præditi sunt, si rei postulentur a iudicibus, etiam iis, qui vice principis iudicant, absolui quidem possunt, sed non etiam damnari inconsulto principe, *l. 3. §. adeo, C. vbi senat. vel clariss.* Quod Accurs. notat recte, & est relatum in Digestis Alphonsi regis parte 7. *tit. vlt. l. 11.*

Ad leg. 36. eod.

Pomponius libro trigesimoseptimo ad Edictum scribit, si vni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti, de re non liqueat, ceteri autem consentiant: si is iurauerit, sibi non liquere: eo quiescente, ceteros, qui consentiant, sententiam proferre: quia, etsi dissentiret, plurium sententia obtineret.

NOn dubito, quin hoc libro, & forte duobus superioribus multa ingesserit Paulus de recuperatoriis & centumuiralibus iudiciis. Hæc sane *l. 36. & 38.* quæ est ex eodem libro videtur ad ea iudicia referri, si plures sint recuperatores, qui cognoscant de liberali causa. Plures de ea re iudicare indicat satis lex *diui §. recte, & l. cum necessitas, de lib. causa.* Et eos fuisse recuperatores, & iudicia liberalia fuisse iudicia recuperatoria indicat Sueton. in Vespas. c. 3. & in Domit.

Domit.c.8. Vt autem ratum sit, quod de ea re decreuerunt omnes iudicare, qui sunt in consilio, omnes sent. suam promere oportet. Nam si vel vnus desit, irrita est sent. nisi quis eorum iuret. *sibi non liquere*: nam si ex pluribus vnus vel duo iurent sibi non liquere, quod cæteri iudicauerint, ratum erit. Itemque si vnus vel duo a cæteris dissentiant, quorum est maior numerus, quod cæteri iudicauerint pro eo habetur, ac si ab omnibus iudicatum esset, *l.39. hoc tit. l. quod maior pars, ad municip. l. sicuti, de recep. l.5. in fi. C. de legationib. lib.*10. Insiurandum illud non liquere, iudicandi necessitate absoluit, Gell. 14. c. 2. *iuraui*, inquit, *mihi non liquere, atque ita iudicato illo solutus sum.* Quod tamen ita procedit si absolute iurarit, *non liquere*. At si iurauit, *nondum liquere*, iudicato non absoluitur ille, qui iurauit, sed spatium ei datur ad deliberandum, *l.3. §. vlt. de recep.* Eaque dilatio appellatur ampliatio in iisdem causis liberalibus. Idem in l. 38. cuius verba hæc sunt.

Ad l. 38. eod.

Inter pares numero iudices si dissonæ sententiæ proferantur: in de liberalibus quidem causis (secundum quod a Diuo Pio constitutum est) pro libertate statutum obtinet. In aliis autem causis pro reo. Quod & in iudiciis publicis obtinere oportet. §.1. Si diuersis summis condemnent iudices: minimam spectandam esse, Iulianus scribit.

Docet inter pares numero recuperatores, si dissonæ sententiæ proferantur, puta si sint 20. recuperatores, & 10. pro libertate iudicent. 10. contra libertatem, eam sententiam præferri, quæ pro libertate facit. fauere nos in dubiis semper libertati, quod l. Iunia cautum est, *l. lege, de manumissionib.* & vt ait, hoc loco, constitutio diui Pij. At quid hac constitutione opus fuit, si hoc cautum iam fuit ante lege Iunia Petronia? Videntur, non eadem omnino de re fuisse l. Petronia, & constit. D. Pij. Lex Petronia fuit de probandis manumissionum causis apud consilium prætoris vel præsidis, qua de re sunt multæ leges in illo tit. *de manumiss.* In illo consilio ex l. Petronia præualet ea sent. quæ manumissionis causam probat, atque adeo, quæ pro libertate facit. Propensiores ex ea lege in libertatis partem esse debemus. Constitutio D. Pij fuit de litibus, & de causis liberalibus, in quibus disceptatur liber quis sit, an seruus. Neque vero obstat huic definitioni, vt in libertatis partem, si vtraque pars sit par, propensiores simus, *l. duobus, de liber. caus.* Nam nos loquimur de vno iudicio, in quo dissonæ sunt pares iudicum sententiæ. Vbi certum est, eam sententiam esse potiorem, quæ facit pro libertate. Lex *duobus*, non loquitur de vno iudicio, de vna causa liberali, sed de duobus separatis iudiciis duorum, eundem hominem in seruitutem petentium, quorum vno iudicio vnus vicit, homine seruo pronuntiato: alter ab altero victus est homine iudicato libero. Idcirco magna quæstio est in ea lege, an ab eo, qui vicit, is homo duci quasi seruus possit. & in eam rem proponuntur variæ opiniones in *d. l. duobus*, quæ tamen interim, nihil ad rem propositam faciunt, quoniam non ibi fuit vnum iudicium liberale, sed duo separata iudicia. In aliis tamen causis quam liberalibus, siue publicæ siue priuatæ fuerint, præualet ea sententia, quæ pro reo facit: vulgo existimant præualere eam sententiam, quæ pro reo facit in causis criminalibus, non in ciuilibus. In ciuilibus dicunt, si pares sint dissonæ sententiæ, alios esse adiungendos iudices, qui eam paritatem discriminent, disseparentque *qu'on appelle, despartissent*: in criminalibus autem dicunt, *le partage n'auoir lieu*, id est, eam partem esse sequendam, quæ pro reo facit. Verum hæc lex ostendit in omnibus iudiciis sine distinctione, siue publicis, siue priuatis, eam sententiam præualere, quæ pro reo facit, quod ostendit *l. si pars, de inoffic. testam.* Quæ, si agatur contra heredem querela inoffic. testam. quod est centumuirale iudicium, & pars iudicium pronunciet contra testamentum, contra testamentum, contra heredem, contra reum, pars pro testamento, pro herede, pro reo, eam sententiam ait esse sequendam, quæ pro testamento facit. Ergo quæ pro reo facit. & tamen causa est ciuilis, non criminalis. Rei ergo cuiuscunque generis sint, paribus sententiis absoluuntur. Quod imputari publicę misericordię & humanitati Quintil. ait *declam.*254. Seneca 1. Epistol. in fi. *reum paribus sententiis absolui, ac semper quidquid dubium est, humanitatem in melius inclinare.* Et similiter *d. l. si pars*, quæ pertinet ad centumuiralia iudicia, nempe ad petitionem hereditatis *de inof. testam.* humanius esse sequi eius partis sententiam, quæ pro testamento facit. ergo pro herede, pro reo, qui conuenitur de inoffic. testamento. Pro reo facit, quæ pro testamento facit. Reus vna sententia damnatur, id est, si vel vna sententia superet pars quæ condemnat: paribus absoluitur, id est, si non plures pro actore, quam pro reo fuerint, pares sententiæ reo prosunt, vt si sint iudices 20. sententiis 10. reus absoluitur, sententiis 11. condemnatur. Quod & in Areopago seruatum fuisse perpetuo: & inde vulgo iactatum prouerbium illud, *Mineruæ suffragium*, Mineruæ sententia, quasi reo absoluto paribus sententiis, pro eo, Minerua suffragium suum superadiiciat, vt suo suffragio pars absoluentium exsuperet partem condemnantium, alij prodiderunt, & obseru. 12. cap. 16. Quibus nunc suggero alium locum ex Electra Euripidis, vbi aperte ait, ὁ δ᾽ ἴνομος, &c. *Lex posita est, semper reum vincere paribus sententiis*: & alium in Iphigenia Taurica, Νικᾷν, &c. *Vincere eum, qui pares tulit sententias absolutorias.* Et obseruandum valde ex hac lege, quod iam attigi, id obseruari in omnibus iudiciis, publicis & priuatis, quia ait, quod & in publicis iudiciis & criminalibus obtinere oportet, quasi dicat, non in priuatis tantum, sed & in publicis: quo sermone etiam indicat, in priuatis facilius nos inclinare in partem, quæ pro reo facit, quam in publicis, & criminalibus, in quibus versatur ratio seueritatis publicæ, cuius interest, ne crimina maneant impunita: sed tamen hoc in publicis iudicis ait l. 38. obtinere. Et placet valde in hanc rem, quod generaliter ait Paulus 4. *sent. tit.* 12. *inter pares sententias clementiorem seueriori præferri, & certe*, inquit, *humanæ rationis est fauere miserioribus, & prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possimus.* Verba digna, quæ memoriæ mandentur. hinc regula iuris, fauorabiliores esse reos quam actores. Iis tantum, quę retulimus ex hac l. 38. obiici potest *l.28. hoc tit.* quę si duo iudices dati sint, qui diuersas & contrarias sententias dederint, non dicit absolutionem condemnationi præferri, non clementiorem seueriori præferri, non eam quæ absoluit, esse potiorem ea quæ condemnat, sed dicit, vtramque sententiam esse in pendenti, donec iudex competens vnam earum confirmarit. Sed vt breue faciam, dico in hac re separanda esse iudicia recuperatoria, & iudicia centumuiralia a iudiciis pedaneis, iudiciis inferioribus, quibus pedanei iudices addicuntur. Nos legem 36. & 38. accipere de iudiciis recuperatoris, & de centumuiralibus quoque quibus prætor aut præses præsidebat. Illi adsidebant: pedanei non adsidebant: recuperatoriis, inquam, & centumuiralibus iudiciis Prætor aut Præses præsidebat. Plinius 5. *Epistol. & Theophilus in §. eadem lege Instit. qui & a quibus manum.* Et de centumuiralibus absque dubio est *d. l. si pars, de inoffic. testam. & l. 37. hoc tit.* quæ est coniungenda cum *d. l. si pars*. vtraque enim est ex Marcelli 3. Digestorum, & quibus intermedia est, ideo *l.36. & 38.* etiam de centumuiralibus aut recuperatoriis iudiciis accipi debent. In iis absolutio condemnationi præponitur omnimodo, in iis prætor, qui eis præsidet, absolutionem præferet semper condemnationi. *Il conclura pour eux.* De iis iudiciis non loquitur l. 28. quam obiicimus, sed de inferioribus iudiciis pedaneorum iudicum, qui duo si dati sint, qui sint dissona sententia, iudex competens, id est, prætor, qui eos dedit, confirmat vtram mauult, exequiturque. Ad prætorem pertinet executio sententiæ iudicum a se datorum, *l. a diuo Pio, hoc tit.* & confirmatio igitur, quia pedanci iudices iurisdictionem non habent: recuperatores & centumuiri iurisdictionem habent. Additur ex Iuliano in fine huius legis 38. si recuperatores, vel centumuiri reum

diuersis summis condemnent, quidam in 100. quidam in 80. quidam in 30. & sententiæ sint in æquo, in pari numero, minimam summam sequendam esse, quia in hanc scilicet omnes consenserunt, vt *l. diem §. si plures, de recept.* Sed de his hactenus satis. Restant duæ leges.

Ad legem 6. de vi & vi armata.

In interdicto vnde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere. Et hoc iure nos vti Pomponius scribit, id est, tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam sæpe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est. veluti cum quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratia, aut hereditatis adeundæ, intersit eius, eum possideri.

Restant duæ leges, *lex 6. de vi & vi arm. & l. 35. de verb. sign.* quas omni adseueratione confirmo non recte tribui huic libro 17. quia non sunt de iudiciis omnibus, de ratione exercendorum iudiciorum omnium, vt leges superiores: sed *l. 6. de vi & vi armata*, est de interdicto vnde, vi, & rectius tribuitur *lib. 67.* in aliis codicibus, qui totus fuit de interdictis, vt est intelligere ex Indice legum, quem ego edendum curaui. Et hoc vult *d. l. 6.* in interdicto vnde vi, tanti damnari eum, qui actorem vi deiecerit de possessione prædij, quanti ea res est, id est, quanti eius interest possidere, quanti eius interest se vi deiectum non esse, *l. 1. §. non solum, eod. tit.* vt scilicet reus actori restituat quod habiturus vel adsecuturus erat, si vi deiectus non fuisset, aut æstimationem litis. Qua de re tamen aliquando agi iudicio recuperatorio indicat oratio pro Cæcinna, quæ est de hoc interdicto, & habita est ad recuperatores. Æstimationem autem eius quod interest, Paulus in *d. l. 6.* varie fieri docet, modo pluris, quam res sit quæ amissa est, modo minoris, quam res sit. Quod etiam ostendit *l. 1. de act. empt. & l. 9. ad exhib.* Et exemplum ponit Paulus in *d. l. 6.* in homine, qui in eo prædio erat, vnde actor deiectus est, quem quandoque habere pluris actoris interest, quam is homo est, veluti quum quæstionis habendæ causa interest eius eum seruum possidere, vt eruat veritatem rei, de qua quæritur: vel quum interest eius eum heredem habere rei probandæ causa, quam ille optime callebat: vel etiam hereditatis adeundæ gratia, quæ ei delata erat iussu suo. Et hæc est sententia huius legis.

Ad legem 35. de verb. signif.

Restituere autem is intelligitur, qui simul & causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicij accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, & vsucapionis causam & fructuum.

Lex 35. *de verb. signif.* male etiam tribuitur huic lib. 17. quæ tribuenda est 26. vt & ordo librorum ad edictum, qui in eo tit. seruatur, euincit: & contextus ipse legis, qui plane respicit, non ad iudicia omnia, sed ad rei vindicationem tantum, & actionem ad exhib. quæ propter vindicationem instituitur, quæ actiones sunt arbitrariæ: nimirum inest iis ea clausula, *nisi res arbitrio iudicis restituatur tempore litis contestatæ, quanti ea res erit condemna eum iudex.* In his actionib. *restituendi* verbum latissime accipitur, ita vt non videatur restituisse, qui non restituit omnem pristinam causam, quam actor habiturus erat, si arbitrio iudicis res ei ab initio restituta fuisset. Ergo in has actiones, aut in condemnationem vltimam venire fructus & partus, & vsucapionis causam, vt si post litem contestatam rem possessor vsuceperit (litis enim contestatione iam cœpta vsucapio non interrumpitur) nihilominus eam rem reddat, quasi non vsucaptam, vt in *l. si post accep. l. præterea. l. Iulianus §. item Iulian. l. qui restituere, de rei vindic. l. 9. §. quantum, ad exhibend.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum decimumoctauum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

De iudiciis fuerunt tres aut quatuor libri superiores, hic autem præcipue est de iureiurando, quod & in iudiciis omnibus adhiberi solet, re deducta in iudicium ante finem iudicij, demissa ad iusiurandum *l. 3. §. quacunque, l. 34. in prin. de iureiur.* Et ideo incipiam a legibus, quæ sunt ex hoc libro Pauli, de iureiurando.

Ad leg. 2. de iureiur.

Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata.

Prima est lex 2. in qua Paulus ait, iusiurandum obtinere speciem transactionis: quod de eo iureiur. proprie dicitur, quod pars parti defert. id loco transactionis vel pacti conuenti cedit, *l. 31. & 35. §. 1. hoc tit. l. 21. de dolo.* Vtroque remedio ex conuentione partium lites deciduntur. Nec tamen per omnia iusiurandum obtinet speciem transactionis, vel pacti conuenti. Nam qui transigit, vel paciscitur de actione famosa, notatur infamia, non etiam, qui delato iureiurando iurat se non deliquisse: nam quodammodo iureiurando innocentiam suam approbauit, *l. 6. §. sed etsi iureiurando, de his qui not. infam.* At qui paciscitur data pecunia, & se redimit ab actione famosa, ex diuerso quodammodo confitetur, se reum delicti esse. Speciem etiam habet iusiurandum, aut vicem rei iudicatæ: quia qui defert iusiurandum aduersario, eum quodammodo iudicem de sua causa facit, *l. 1. in prin. quar. rer. actio non det.* Imo, vt ait Paulus in hac l. 2. maiorem auctoritatem habet iusiurandum, propterea scilicet quod inseritur sacra testatio, propter religionem, quæ inseritur, & conuentionem, quod duplex est vinculum. Maiorem, inquam, auctoritatem habet, quam res iudicata, nimirum (vt exemplis aliquot id demonstrem:) quia a re iudicata appellari potest: Ab eo, quod iureiurando semel decisum fuit ex conuentione litigantium, appellari non potest: & retractari quoque facilius res iudicata potest, quam iusiurandum, *d. l. 31. hoc tit.* Et mulieri missæ in possessionem ventris nomine prodest iusiurandum, si iurauerit se esse prægnantem, quamuis vere prægnans non fuerit, ne ex edicto prætoris, *si mulier vent. nom. in poss. cal. caus. fuer.* conueniatur quoque actione in factum, quasi calumniæ causa ventris nomine fuerit in possessione, *l. 3. §. pen. hoc tit. l. 1. in princ. si mulier vent. nomine calumniæ, &c.* Et tamen ad excusandam calumniam mulieris solum decretum prætoris, quo missa est in possess. ventris nomine, ei non prodest. Plus ergo tribuitur iuriiurando, quam rei iudicatæ. Neque tamen semper per omnia iusiurandum maiorem, quam res iudicata auctoritatem habet. Si iurauero me esse patronum Mæuij, iusiurandum me patronum non fecit: res iudicata, id est, si iudicatum sit, me patronum Mæuij esse, me per omnia patronum Mæuij facit: non semper iusiurandum pro veritate habetur, semper res iudicata pro veritate habetur, *l. si iurauero, de iure patron. & l. ingenuum, de stat homin.*

Ad

Ad legem 4. eod.

Vel filiorum tuorum.

HÆc lex ex eo pendet, quod est in *l.* 3. §. *vlt.* iurare oportere arbitrio eius, qui defert iusiurandum: iurari oportere vt delatum est. Præire verba iurisiurandi solet is, qui defert iusiurandum, ea subsequi omnimodo necesse est, vt ratum sit iusiurandum. Cæterum si ego detuli, vt per Deum iurares, tu iuraueris per caput tuum, vel, vt Paulus subiicit in *l.* 4. per caput filiorum tuorum, quod fiebat olim manu capiti imposita, deuoto capite, quod attrectabat, quia non iurasti, vt tibi delatum est, ratum iusiurandum non est. Et maxime hodie hoc iusiurandum per caput tuum, vel caput liberorum tuorum, etiamsi ita delatum sit, ratum habendum non est: Nam id nominatim dominus, & sospitator noster vetat in Euangelio. Ceterum frequens erat olim iurare per caput suum, aut liberorum suorum. Ouid. 5. Trist.

Per caput ipse suum solitus iurare, tuumque.

Et Silius Italicus 8.

Iuro caput Annæ, tibique, Germanæque tuæ,

Seruius in illum locum Virgilij:

Per caput hoc iuro, per quod pater ante solebat, scribit. Pontificibus non licuisse iurare per liberos, sed per deos. iurare per caput suum, per liberos suos, quod frequens est Demostheni in Aphobum, καθ' ὑμῶν ἢ κτ' παίδων ὀμνύναι.

Ad l. 6. eod.

Remittit iusiurandum, qui, deferente se, cum paratus esset aduersarius iurare, gratiam ei facit, contentus volantate suscepti iurisiurandi. Quod si non suscepit iusiurandum, licet postea parato iurare actor nolit deferre, non videbitur remissum. nam quod susceptum est, remitti debet.

HÆc lex 6. huic libro recte tribuitur in Noricis, male in Florentinis 19. In quo de iureiurando nihil. Sed omnia Paulus in hunc de iureiurando cuiuscunque generis contulerat. Et ait: Remissum iusiurandum pro præstito haberi, si modo susceptum fuerit: vt si mihi detulisti, vt iurarem, me tibi rem, quam petis dare non oportere, egoac acceperim conditionem iurisiurandi, tu mihi parato iurare gratiam iurisiurandi feceris, pro prę́stito habetur, *l.* 9. §. 1. *hoc tit.* Paulus 2. sent. tit. 1. *Si reus cum iurare vellet, actor ei necessitatem iurisiurandi remisit, & hoc liquido appareat, actio in eum non datur.* Sed si reus delatum sibi iusiurandum non susceperit, si non responderit, accipio conditionem, licet postea parato iurare, noluerit aduersarius vt iuraret, non videtur ei remisisse iusiurandum, quia id tantum remittitur, quod susceptum est semel. Quæ est sententia l. 6. & ea remissio pro datione siue præstatione iurisiurandi habetur.

Ad l. 8. eod.

Etiamsi in rem successerint.

HÆc lex pertinet ad verba edicti *de iureiurando*, vt si reus conditione delata iurauerit, se dare non oportere eam rem, qua de agitur, eius rei, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, vlla detur actio. Vbi his verbis, *neque in eum, ad quem ea res pertinet*, significatur non tantum successor iuris, vt heres, aut bonorum possessor, sed & successor rei, vt is qui ab eo, qui iurauit, eam rem emit: nam & emptori actoris sui iusiurandum prodest, itemque donatario & legatario. Itaque in hoc edicto ea verba, *is ad quem ea res pertinet*, complectuntur omnem successorem, vel iuris, vel corporis, *l.* 24. §. *adycitur, de dam. infect. l. si tibi* §. *pactum, de pact.* Iusiurandum Paul. quod quis iurauit, prodest successori eius, siue in ius vniuersum, siue in eam rem, qua de iurauit, successerit. Nec obstat, quod est in *l.* 2. *hoc tit.* iusiurandum alterius alteri non prodesse, quia successor iuris, vel rei, non intelligitur esse alter, sed quantum attinet ad eam rem, in quam succedit, idem videtur esse, qui fuit auctor eius, eademve persona. Vt autem cuilibet successori iusiurandum auctoris sui prodest, ita & nocet. Eadem est ratio contrariorum: Nam exempli gratia: si in iudicio in rem, in rei vindicatione possessore deferente actor iurauerit, rem suam esse, hoc iusiurandum nocet ei, qui detulit, atque etiam illi, qui in locum eius succedit, non etiam extero, *l.* 9. §. *vlt. inf. hoc tit.* quia vt subiicitur in *l.* 10. non debet alij nocere, quod inter alios actum est. Hoc nihil aliud est, quam quod dixit *l.* 3. *sup. & l.* 1. *si mulier vent. nomine, &c.* alterius iusiurandum alteri non nocere, id est, extero: & quod ait reg. iuris: Non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri: Alteri scilicet, qui non in rem successerit, vel in ius vniuersum.

Ad l. 17. eod.

Iusiurandum quod ex conuentione extra iudicium defertur, referri non potest. §. 1. *Pupillus tutore auctore iusiurandum deferre debet. Quod sine tutore auctore detulerit: exceptio quidem obstabit, sed replicabitur, quia rerum administrandarum ius ei non competit.* §. 2. *Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive, iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam & alienari res & solui eis potest: & agendo rem in iudicium deducunt.* §. 3. *Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet: si aut vniuersorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.*

SEquitur in l. 17. *Iusiurandum quod ex conuentione, &c.* In hoc libro 18. Paulus absque dubio proposuit varia iurisiurandi genera, & non solum, id, quod de re est, qua de agitur, veluti de pecunia credita, de ære alieno, cuius eleganter Lucilius dixit plerumque iusiurandum emplastrum esse, *apud Gell.* sed etiam id iusiurandum, quod est de calumnia, de quo multæ leges extant in hoc tit. proposuit item aliud esse iusiurandum voluntarium, quod scilicet ex conuentione partium extra iudicium defertur, quod pars, cui delatum est, referre & reiicere in eum, qui detulit, non potest, quin faciat contra id, quod semel placitum est. Iusiurandum igitur voluntarium referri non potest, quod proponitur initio huius legis. Aliud autem esse iusiurandum iudiciale, quod in dubiis causis iudex exigit ab vno ex litigatoribus in *l.* 13. *inf.* quod etiam non reiicitur in aduersarium, quia neque defertur, sed exigitur. Eoque iureiurando a iudice vnus ex litigatoribus adigitur. Aliud autem esse necessarium, quod scilicet (vt Græci rectius interpretantur, quam Latini) pars parti defert in iudicio: quod & ex conuentione, nimirum ex placito litigantium quodammodo proficisci videtur, maxime si suscipiatur ab eo, cui defertur, *l.* 25. *&* 26. §. *vlt. hoc tit.* Et hoc quidem iusiurandum referri potest, vt is, quid id defert, iuret. Et de eo idem Paulus dicit in *l.* 38. *hoc tit.* manifestæ turpitudinis, & confessionis esse, nolle nec iurare, vt defert aduersarius, nec iusiurandum referre: Et hoc necessarium iusiurandum dicitur, quoniam prætor, vt edicto profitetur, eum, cui pars detulit iusiurandum, aut soluere, aut iurare cogit, videlicet, si nolit referre, *l.* 34. §. *ait prætor, hoc tit.* Prætoris est cogere, vel non cogere. Vnde pars illa edicti apud Gel. 10. cap. 15. *Sacerdotem vestalem & flaminem Dialem in omni mea iurisdic. iurare non cogam.* Quod & de flamine Diali refert Festus & Liuius 31. Et Plutarch. rationem reddit in problematis. Attamen flamines illos sub Tiberio & Caio legimus apud Dionem 58. iurasse non quidem publice in curia, sed ἰδίᾳ, priuatim. Et ideo videntur posse adiungi iis, ad quos *l.* 15. *hoc tit.* ait, *domum mitti oportere ad*

iurandum, nec in forum eos compelli debere iurandi causa. Inuenio similiter clericis nostris omne iusiurandum remitti, *l. cum clericis, C. de episcop. & cleric.* etiam iusiurandum de calumnia, quod tamen ibi negat Accursius ex constitutione Henrici 2. Imperatoris, quæ & illius *l. cum clericis*, mentionem facit, *cap. 1. ext. de iuramento calumniæ.*

Ad §. pupillus.

SEquitur in hac l. 17. pupillum tutore auctore aduersario iusiurandum in iudicio deferre posse, non etiam sine tutoris auctoritate, quia solus ipse rerum suarum administrandarum ius non habet, & delatio iurisiurandi pertinet ad administrationem rerum siue negotiorum suorum. Et ideo, si solo pupillo deferente, aduersarius iurarit se dare non oportere, & ab eo pecunia petatur pupilli nomine, si vtatur exceptione iurisiurandi, qua proculdubio vti potest, propter vim & maiestatem religionis, quæ interposita est huic negotio, eam exceptionem emendabit replicatio in factum, si non is detulit iusiurandum, qui ius deferendi non habuit. Hæc est formula replicationis. At si tutor ipse, vel, vt ostenditur hic, qui res pupilli administrat, quæ verba non sunt otiosa: Nam tutor honorarius, qui nihil administrat, idem non potest. Si tutor igitur, qui tutelam gerit, quæ dicit πρὸς ἀντιδιαστολὴν honorarij tutoris, vel etiam si curator furiosi, aut prodigi, æque qui curam administrat, iusiurandum deferat, ratum habendum est, quia loco domini habetur. Nam & alienare res eorum mobiles potest, & rem in iudicium deducere, id est, actiones, quæ eis competunt intendere, dictare: & solui quoque ei potest, si id fit e re pupilli, furiosi, vel prodigi, vt *l. 22. & 46 §. tut. & §. vlt. de admin. tut. l. quod si forte §. 1. quarum rerum actio non detur.* Sed addit hæc verba *in iudicio*, ratum scilicet esse iusiurandum, quod tutor detulit in iudicio, in re pupillari, non quod detulit extra iudicium, nisi si id maxime exigat (hoc enim est addendum) vtilitas negotiorum pupilli, cum & ea exigente transigere tutor extra iudicium, & pacisci possit, *d. l. 46. §. vlt. l. tut. de pact.* In fine huius l. additur, procuratorem omnium negotiorum iusiurandum deferre posse, procuratorem qui generale mandatum habet, & liberam administrationem omnium bonorum siue negotiorum, non etiam procuratorem litium. Quoniam id ei tantum mandatum est, vt peteret, vt litem ageret, vel vt litem defenderet, non etiam vt iusiurandum deferret. Qui datur procurator ad litigandum, plenam potestatem non habet. Et ideo iusiurandum deferre aduersario non potest, a quo petit nomine alieno, nisi scilicet id ei specialiter mandatum sit, vt etiam possit rem iureiurando dirimendam permittere, vel nisi in rem suam factus sit procurator, quoniam hic loco domini habetur, *l. 13. de pact.* Sicut fideiussor in rem suam loco domini habetur, *l. 24. de pact.* Eademque omnino seruantur in transactione, vel pactione, cuius etiam, vt initio diximus, iusiurandum speciem obtinet, *l. 10. §. vlt.* adhibitis tribus, quæ sequuntur *eod. tit. de pact.*

Ad legem 20. 22. 35. eodem.

L. 20. Seruus quod detulit, vel iurauit, seruetur, si peculij administrationem habuit.

L. 22. Quidam & de peculio actionem dandam in dominum, si actori detulerit seruus iusiurandum. Eadem de filiofamilias dicenda sunt.

L. 35. Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus, iusiurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio. §. 1. Prodigus si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idemque in cæteris similibus ei dicendum est. Nam siue pro pacto conuento, siue pro solutione, siue iudicio, hoc iusiurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc habiles sunt. §. 2. Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare compellendi sunt: vt legati prouinciales.

SIcut procurator, cui libera administratio omnium bonorum permissa est, iusiurandum deferre potest, vt dixit idem Paulus *sup. l. 17. §. vlt.* Ita & nunc docet in *l. 20. hoc tit.* Seruus, cui libera peculij administratio concessa est, in re aut causa peculiari, iusiurandum actori deferre, aut sibi delatum, iurare potest, & quod detulerit, quodve ipse iurauit, seruandum est. Nam, vt additur in *l. 21.* & debitor peculiaris recte soluit seruo, qui liberam habet peculij administrationem, vt in *l. solutam, de solut.* Et idem seruus, qui habet liberam peculij administrationem, nouare peculiarem obligationem potest, videlicet si quod quis ei debet, id nouandi causa ab alio quodam locupletiore stipuletur, vt conditionem suam faciat meliorem, vel etiam si alium stipulari iubeat, quod sibi debetur, ei delegato debitore peculiari, modo id faciat non donandi animo, sed vt ille, cui delegat debitorem peculiarem, suum negotiuum, id est, peculij negotium gerat: alij debitorem peculiarem delegare donandi animo non potest, quia etiamsi liberam habeat peculij administrationem, donandi ius non habet, perdundi peculij ius non habet, donare est perdere, *l. contra §. vlt. de pact. l. 1. §. 1. quæ res pig. oblig.* Cæterum rei suæ gerendæ causa, si id exigat peculij vtilitas, potest debitorem peculiarem delegare alij, alium a debitore peculiari iubendo stipulari. Quæ est sententia legis *vlt. de nouat.* Et in eo quidem seruo, qui liberam habet peculij administrationem, verum est, quod ait lex *cui recte soluitur, de nouat.* eum, cui soluitur recte, etiam nouare posse, videlicet, si liberam habeat peculij administrationem, & non donandi animo alium iubeat stipulari. Qui enim non habet liberam peculij administrationem, vel qui habet, sed donandi animo vult nouare obligationem peculiarem, ad nouationem faciendam non admittitur. Et ita est accipienda *l. 16. & 25. de nouat. l. si vnus, in prin. de pact. l. fugitiuus, de solut.* Quod autem Paulus dixit in *l. 20.* a seruo habente liberam peculij administrationem, delatum iusiurandum actori seruandum esse, ratum habendum esse, ex eo infert idem Paulus in *l. 22.* ex quorundam sententia, si eo seruo deferente iurauerit actor sibi dari oportere, quasi ex contractu & conuentione serui, in dominum dandam esse ex iureiurando actionem in factum, de peculio videlicet, vt pro modo peculij præstet actori, quod is deferente seruo iurauit sibi dari oportere. Idemque seruari in filiosam. quod caret omni dubitatione. Verum *l. 5. §. 1. de pecul.* separat hac in re filiumfam. a seruo, & ait, filiofam. deferente iusiurandum, si actor iurauerit sibi deberi, patrem teneri de peculio. Seruo autem deferente, si actor iurarit, dominum non teneri de peculio. Et tamen hæc lex. 22. idem statuere videtur in vtroque, vt & pater & dominus de peculio teneantur, si seruus, aut filiusfam. qui habebat liberam peculij administrationem iurisiurandi conditionem actori detulerit. Sed dici primum posset, a Paulo in *l. 22.* referri sententiam quorundam, qui Proculiani fuisse videntur, vt indicat, si attente legatur, *l. 3. de pecul.* a Paulo, inquam, in *l. 22.* his verbis, *Item quidam & de peculio*, referri quorundam sententiam, non etiam probari, nisi in filiosam. Cæterum in seruo non probari, quod ex ea causa seruus non obligetur naturaliter, sicut si iudicio condemnatus fuerit, cum constet cum seruo nullum esse iudicium, seruum esse (vt loquuntur) ἄδικον δικασθεὶς καὶ ἀπρόσωπον. Sicut, inquam, si per errorem, aut per obreptionem seruus iudicio condemnatus sit, non obligatur naturaliter, nec dominus tenetur de peculio iudicati actione, *l. 3. §. si seruus, de pecul.* Ita etiam, si seruus in iudicio detulerit iusiurandum actori, & actor iurarit sibi deberi, seruus non obligatur naturaliter, nec dominus de peculio iure prætorio, vel potius, quod verius esse videtur, quodque Græci sequuntur, & refert Acc. hic agitur de seruo, qui liberam habet peculij administrationem, quod est certum hac *l. 20.* Quo quidem seruo deferente, si actor iurarit, dominus tenetur de peculio: sicut pater, si filiofam. deferente, qui liberam habet peculij administrationem, actor iurauerit, pater tenetur de peculio. At de eodem seruo, qui habet liberam peculij administrationem, non agitur in *d. l. 5. §. 1.* quæ pugnare

gnare videtur. Ideoque si seruus in iudicio, cum non haberet liberam peculij administrationem, iusiurandum detulerit actori, nihil agit, quia nec seruus ipse obligatur naturaliter, nec dominus de peculio. Et longe alia est ratio filijfam. quod paulo infra indicabo. Porro, quod idem Paulus dixit in *l.* 20. iusiurandum, quod seruus iurauit deferente aduersario, cum is seruus haberet liberam peculij administrationem, esse seruandum, id verum esse confirmat lex 23. *hoc tit.* quoniam ait, si seruus deferente aduersario iurauit, dominum dare non oportere, domino si conueniatur, prodest exceptio iurisiurandi a seruo interpositi, domino prodest religio serui. Et similiter in *l.* 25. si iurarit seruus domino dari oportere, domino adquirit actionem in factum ex iureiurando, vel si iurauit rem domini esse, de qua agebatur, actionem domino adquirit rei persequendæ gratia, si rem non possideat, vel exceptionem, si possideat. Hæc est sententia legis 25. Et subiicit Paulus in *l.* 24. quæ est ex eodem libro, quæ lib. 18. vindicanda est, male Florentinis vindicatur 28. qui error etiam est in inscriptione legis 35. vt ibi demonstrabo.

Ad l. 24. eod.

Multo magis proderit patri religio filij, cum quo etiam iudicium consistere potest. Ipsi autem referentes conditionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt deteriorem.

SVbiicit Paulus in *l.* 24. idem multo magis seruari, si filius deferente aduersario iurauerit, patrem dare non oportere, nempe patri adquiri exceptionem iurisiurandi, *l. vlt. de excep. l. vlt. quarum rerum actio non detur.* Cui autem ait, multo magis hoc seruari in filiofam. quia, inquit, cum filiofam. iudicium consistere potest. In iudicio ergo recte defert iusiurandum, aut recte ei defertur iusiurandum. Cum seruo autem iudicium consistere non potest, quia nulla eius persona esse intelligitur, *l. 6. & 7. C. de iudic.* Ex quo intelligimus (quod maxime notandum est) superiores leges, videlicet *l.* 20. *& seq.* accipi etiam de iureiurando, quod in iudicio seruus aut filiusfam. detulit, quodve ei seruo, aut filiofam. delatum est, quoniam ait, quæ dicta sunt, multo magis obtinere in filiofam. quia iudicium cum eo consistere potest: difficilius obtinere in seruo, cum quo iudicium consistere non potest. Idemque mentio relati iurisiurandi a seruo, vel filiofam. indicat in hac ipsa *l.* 24. & in *l. seq.* nam id tantum iusiurandum referri potest, quod aduersarius defert in iudicio, vt habetur in principio legis 17. *sup.* Dices, qui fieri potest igitur, vt hæc disputatio locum habeat in seruo? Dico, ponendum esse iudicium non cepisse a seruo, sed a domino: ac deinde eo seruo deferente iusiurandum, qui habuit liberam peculij administrationem, quum ea res, de qua iudicium erat, peculiaris esset, aduersarium iurasse sibi dari oportere: aut (quod tamen non est necesse: nam alia prior interpretatio vera est) extra ordinem (vt quandoque fit ab initio) in ipsum seruum institutum fuisse iudicium, vt *l. 7. de iurisdict. l. 4. §. pen. vi bon. rapt. l. 1. §. 1. de incend. ruina, & naufr.* Additur in *d. l. 24. in fi.* Seruum aut filiumfam. cui in iudicio delatum est iusiurandum, id referre aut reddere delatori non posse. Cur ita? quia faceret, vt significat, domini, aut patris deteriorem conditionem, quam iurisiurandi sibi delati conditionem accipiendo, & iurando, potest facere meliorem. Qui potest facere eius, in cuius potestate est, meliorem conditionem, sane deteriorem facere non potest, omissa quæ aufertur meliori conditione, *l. melior, de reg. iur. l. 7. §. vlt. de pact. dotal, l. 3. §. si filius, quod quisque iuris.* Referre igitur iusiurandum seruus aut filiusfam. non potest, & tamen id deferre potest, vt iam ante dictum est in *l.* 20. si modo liberam peculij administrationem habeat. Cur deferre potest, non referre? nimirum quia quum ipse defert iusiurandum in iudicio, nondum apparet quicquam, quo in ea re domini, aut patris conditionem deteriorem facere possit, & possit iusta causa interuenire deferendi iurisiurandi, quæ patri vel domino non noceat, sicut & paciscendi de non petenda pecunia, *l. contra, in fine, de pactis.* Referendi autem nulla potest esse causa, nulla excusatio, quin domini deterior conditio fiat: quia cum conditione iurisiurandi sibi delata non vtitur in rem domini, sed eam cōditionem ad aduersarium refert, vt pila qui datatim ludunt, manifestum est, eum perdere rem domini, & omnino eam relationem vergere in domini, vel patris detrimentum. Et obseruandum in *d. l.* 24. Florentinos atque Noricos rectius habere: *Ipsi autem referentes conditionem eorum*, recte habere *referentes*. Vulgares male, *deferētes*, quia pugnaret *l.* 20. quæ, *deferentes* admittit.

Ad leg. 26. eod.

Qui iurasse dicitur, nihil refert, cuius sexus ætatisve sit. Omni enim modo custodiri debet iusiurandum aduersus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, quamuis pupillus non videatur peierare: quia sciens fallere non videatur. §. 1. Si pater filium dare non oportere iurauerit: Cassius respondit, & patri & filio dandam exceptionem iurisiurandi. Si pater iurauerit, in peculio nihil esse: filius conueniri poterit: sed & pater ita conuenietur, vt post adquisiti peculij ratio habeatur. §. 2. Iurisiurandi conditio ex numero esse potest videri nouandi delegandive: quia proficiscitur ex conuentione: quamuis habeat & instar iudicij.

IN hac lege hoc proponitur, quod mulier vel pupillus iurauit deferente aduersario, ratum habendum esse, quia id sibi aduersarius imputare debet, qui mulieri vel pupillo detulit iusiurandum, vt in *l. 23. sup. l. 7. §. 1. sup. de instit. actione.* Ergo ei, qui detulit iusiurandum mulieri vel pupillo, si iuratum sit, si mulier vel pupillus iurarit, iusiurandum nocet: quanquam pupillus videatur non posse iurare, aut peierare, quia nonnisi sciente animo suo, vel deierat, vel peierat: quia, inquit, pupillus sciens fallere non videtur. quæ verba iampridem ostendi ex Polybio pertinere ad veterem illam formulam iurisiurandi: *si sciens fallo, tum me Diespiter vrbe salua, arceque bonis eiiciat, vti ego hunc lapidem*, apud Festum. Cuius etiam meminit Mar. Tullius 7. Epist. *Cum cœpisset*, inquit, *iurare, vox defecit, quum dixit, si sciens fallo.* Et in Academicis: *maiores nostri voluerunt quemque teneri iureiurando, si sciens falleret, quod inscitia multa versaretur in vita.* Idemq; Polybius lib. 3. Ad illam formulam respiciens, P. *non videtur*, inquit, *pupillus deierare, aut peierare, quia nihil scire intelligitur, vel quia sciens fallere non videtur.* Et tamen si quis stultus ei detulerit iusiurandum, non potestis, qui detulit, ei iureiurando non stare. Est autem quod hic ait Paulus, intelligendum de iureiurando voluntario, quod aduersarius extra iudicium detulit mulieri vel pupillo, non de necessario, quod defertur in iudicio: nam hoc pupillo defertur inutiliter, *d. l. 34. § pupillo, inf.* non etiam de iudiciali, non de iureiurando in litem, *l. 3. in prin. tit. seq.* Additur in hac lege 26. si pater iurauerit filiumfam. dare non oportere, deferente aduersario, vtrique prodesse exceptionem iurisiurandi: patri si conueniatur de peculio, aut de in rem verso filij nomine: & filio, si conueniatur in solidum, quia tenetur in solidum ex suo contractu. Et tamen, si pater pactus sit, de non petenda pecunia, quam filius debet, patri quidem prodest exceptio pacti, si & hoc agebatur, vt prodesset, filio tamen non prodest exceptio pacti, sed doli mali subsidiaria, *l. & heredi § . Iulianus, de pact.* Sed & in causa proposita tentari potest, filio non prodesse exceptionem iurisiurandi, nisi vtilem & in factum, quia iusiurandum pactionem imitatur, aut certe, quod magis est, directam exceptionem iurisiurandi prodesse filio, si pater de re ipsa, & de contractu iurarit, puta solutam esse pecuniam, quam filius debet. vt in *l. 28. §. 1.* vbi id fusius explicabitur. Quod si pater hoc tantum iuret, non filium dare non oportere, non se aut filium soluisse, sed iuret tantum in peculio filij nihil esse, patris religio non prodest filio, quia non iurauit filium non

debere. filius igitur debitor manet in solidum. Non prodest etiam patri, quia etsi tunc nihil sit in peculio, tamen poterit esse rei iudicatæ tempore, poterit scilicet interim filius adquirere peculium. Actio de peculio recte intenditur, etiamsi nullum sit peculium, quia potest interim adquiri ante rem iudicatam, & agitur non de præsenti tantum peculio, sed de futuro, *l. quæsitum, de pecul. l. Fulcinius §. si qui actione, quib. ex caus. in poss. eat.* In extremo huius legis ait Paulus: voluntarium iusiurandum aliquando cedere loco nouationis, voluntariæ scilicet, aut loco delegationis, subdita ratione, quia vt nouatio ex obligatione, & delegatio ex conuentione proficiscitur, ita & iusiurandum voluntarium. Et nouationis quidem loco iusiurandum cedit, vt si quod mihi Titius debet, iurauero, te mihi debere, aut loco delegationis, vt si quod Titio debes iuraro te mihi debere. Addit & iusiurandum habere locum, & vicem, vel instar nouationis necessariæ, id est, iudicij accepti, siue litis contestatæ, vt *l. 35. §. 1. & §. vlt. inf.* Vis videre, quam hoc sit verum? Litis contestatio perpetuat actionem temporariam, & iusiurandum similiter, *l. 9. §. si is cui, sup. h. tit.* Et similiter deferri ab eo potest iusiurandum, qui & rem in iudicium deducit, *l. 17. §. 1. hoc tit.* Denique iusiurandum est instar iudicij accepti, id est, litis contestatæ, sed vt Græci annotarunt recte, hæc est, ὁμοιότης, non ταυτότης. Est similitudo quædam quæ omnis claudicare dicitur, non est ταυτότης, *identitas*; nouatione enim pristina actio tollitur, iureiurando non tollitur, *l. 30. in prin. hoc tit.* Non est igitur iusiurandum per omnia nouationi compar, nec item delegationi, aut iudicio. Idemque dici de solutione potest, cuius vicem etiam iusiurandum obtinere ait lex, quæ sequitur 27. & comprobat *l. 28. §. 1.* & lex 35. §. 1. *hoc tit.* & *lex 95. §. naturalis, de solut.* Et quod etiam dicitur iusiurandum acceptilationi esse simile, *l. 40. hoc tit.* esse simile in quibusdam, ὁμοιότητα esse hoc loco, non ταυτότητα.

Ad leg. 28.

In duobus reis stipulandi, ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit. §. 1. Quod reus iurauit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum, prodesse etiam reo, Cassius & Iulianus aiunt: Nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendus est: si modo ideo interpositum est iusiurandum, vt de ipso contractu, & de re, non de persona iurantis ageretur. §. 2. Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim, isque iurauerit, se omnino exhibitionem eius non promisisse, prodesse debitori meo id non debet: si vero iurauerit, se nihil mihi præstare oportere: distinguendum sit, & replicatione emendandum, vtrum ideo iurauerit, an quia post promissionem exhibuerit, an vero quia soluerit. Quod & in fideiussore debiti distinguendum est. §. 3. Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ alter iurauit: alteri quoque prodesse debebit. Reliqua legis descripta sunt singulis paragraphis.

INitio huius legis proponitur, *in duob. reis stipulandi, &c.* Ergo ab vno ex duob. stipulatorib. eiusdem pecuniæ, vel rei communi debitore delatum in iudicio iusiurandum, si iurauerit, se dare non oportere, etiam alteri stipulatori nocet, perinde atque si ab ipso delatum iusiurandum fuisset. Prodesse igitur debitori aduersus vtrumque. Idque indistincte, siue duo rei stipulandi socij fuerint, siue non fuerint. Male enim Accursius hoc admittit tantum in sociis, cum initio huius legis, tum etiam in *§. ex duobus,* qui ob eam rem merito ab aliis interpretibus reprehenditur. Eodem vero modo acceptilatio facta ab vno stipulatore, debitori prodest etiam aduersus alterum, qui acceptilationem non fecit, *l. 13. §. vlt. de acceptil.* Itemque petitio vnius stipulatoris siue litis contestatio, *l. 2. & 16. de duobus reis stipul.* Itemque nouatio ex sententia Venuleij, *l. si rem §. si duo, de nouat.* Quod latius exposui lib. 3. *ad l. si vnus, de pact.* At videamus, cur sicut iusiurandum & acceptilatio, & petitio, solutio, nouatio, ita & pactum, quod debitor fecit cum vno ex stipulatoribus, & in rem concepit de non petenda pecunia, cur debitori non prosit etiam aduersus alterum? Negatur prodesse in *d. l. si vnus.* An maior est vis iurisiurandi, quam pacti? Non vtique maior, quam cæterorum, puta acceptilationis, petitionis, nouationis, solutionis, non etiam maior, quam pacti. Sed animaduertendum est, vno stipulatore deferente iusiurandum debitori, debitorem iurare se soluisse, aut se nihil amplius debere, & ideo quasi soluerit, vel quasi acceptilatione, vel nouatione, quæ solutioni similis est, liberatus fuerit, tota soluitur obligatio. Pacto autem habito cum vno ex stipulatoribus de non petenda pecunia, debitor non dicit se soluisse, aut se non amplius debere, sed quod inter eum & stipulatorem deberi constat, id ei stipulator remittit & condonat, quæ eius liberalitas, alteri conreo stipulandi nocere non debet, de suo enim quemque largiri oportet, non de alieno, *l. 6. §. vlt. de leg. 3.* Eademque ratione vt Paulus subiicit in §. 1. huius legis.

Ad §. 1.

SIue debitor iurauerit, *se dare non oportere,* iusiurandum, quod in locum solutionis succedit, fideiussori proficit, vt *l. vlt. in fi. hoc tit. l. 7. §. 1. de except.* siue ex diuerso fideiussor iurauerit, se dare non oportere, non quia non fideiussit, sed quia soluit debitori principali iusiurandum vt liberetur, proficit per exceptionem iurisiurandi a fideiussore dati, perinde atque si fideiussor soluisset, vt *d. l. vlt. §. pen. inf. hoc tit.* At, vt significat, accurate videndum est, vtrum fideiussor qui iurauit se dare non oportere, de sua persona tantum senserit, puta se non fideiussisse, an de ipso contractu, de re ipsa, puta nullam subesse obligationem. Qua mente autem id iurauerit, *se dare non oportere,* an quia non fideiussit, an quia sublata est obligatio solutione, vel alio modo? Id Græci hoc loco notant deprehendi, ἐκ τῶν πρὸ τῆς ἐπιφορᾶς φιλονεικηθέντων. *Ex iis, quæ ante delationem iurisiurandi in controuersia erant,* aut certe in obscuro semper videri fideiussorem iurasse de re ipsa, vt *l. vlt. inf. hoc tit.* Et priore quidem casu iusiurandum fideiussoris reo non proficit, si ideo iurauit, se non debere, quod non fideiusserit. Posteriore casu, etsi sensit de contractu, & de re ipsa, iusiurandum fideiussoris reo principali prodest. Quod & argumento ducto a fideiussore iudicio sisti, ad fideiussorem pecuniæ debitæ comprobat Paulus. Nam si is, qui promisit reum in iudicio exhibere, qui est fideiussor iudicio sisti, vt *l. 4. qui satisd. cog.* deferente actore iurauerit, se non fideiussisse, id est, non promisisse rei exhibitionem, tale iurisiurandum non exonerat debitorem, non prodest debitori. Quod si iurauerit fideiussor iudicio sisti, se nihil præstare oportere, rursus videndum est, vtrum hoc iurauerit, quia rem iam exhibuerat in iudicio & promissioni satisfecerat. Et hoc quoque iusiurandum debitori non prodest, quia exceptioni iurisiurandi, si ea debitor vtatur, obstat replicatio, si non de ea re iurauit fideiussor, quæ in iudicium venit, vel quæ petitur, sed de facto suo tantum. Et eleganter ait, per replicationem emendari exceptionem iurisiurandi: exceptio enim emendatio est actionis: replicatio exceptionis: Multum, inquam, interest, vtrum fideiussor iurarit, *se nihil præstare oportere,* quia iam rem exhibuerat, quo casu iusiurandum reo non prodest: an vero, quia soluerit, quanti ea res est: quod in satisdatione iudicio sisti, ad id quod reuera interest, redigitur, *l. 3. §. vlt. qui satisd. cog.* Et hoc sane iusiurandum, quod plane est de re ipsa, quæ in iudicium venit, debitori prodest, nec si vtatur exceptione huius iurisiurandi, per replicationem vllam repelli potest. Et inde infert Paulus, eandem distinctionem esse seruandam in debiti fideiussore. Denique argumentatur a fideiussore iudicio sisti, ad fideiussorem debiti, quod notandum. Eademque distinctione vtitur infra in §. pen. Et hæc de iureiurando. Pactum autem fideiussoris, nunquam reo prodesse constat, *l. 23. de pact.* quia

quia pactum donationis causa fit, nec solutioni vllo modo comparari potest, & ideo soli fideiussori prodest, reo non prodest, sed ex æquo & bono tamen plerumque ei accommodatur exceptio doli: atque ita prodest ei pactum fideiussoris, non quidem directo per exceptionem pacti, sed per exceptionem doli mali, si ea mens fuerit paciscentium, vt & fideiussor & reus absoluerentur, *l.25.eod.tit. de pact.* Eadem vero inter pactum & iusiurandum differentia seruatur, si vnus ex reis promittendi iurarit, *se dare non oportere*, vel si in rem, & generaliter pepigerit de non petenda pecunia. Iusiurandum enim alteri prodest omnimodo sine vlla distinctione. Pactum non aliter prodest alteri, quam si eiusdem obligationis socij fuerint, vel eiusdem rei, *d. l. 25. l. 1. & 14. rem rat. hab. l. eandem §. 1. de duob. reis, l. qui solutionem §. vlt. de solut.* Quod & fusius explicatum fuit in *l. si vnus, de pact.*

Ad §. exceptio.

Exceptio iurisiurandi non tantum, si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet: sed etiam si alia, si modo eadem quæstio in hoc iudicium deducatur: forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, cæterasque similes iusiurandum exactum sit: deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur. §. 5. Si quis iurauerit, se non rapuisse, non debet adiuuari hoc iureiurando in actione furti, aut condictione: quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest.

IN hoc §. ostenditur, exceptionem iurisiurandi non tantum ei actioni obstare, cuius nomine delatum, vel exactum est iusiurandum, sed etiam alij cuicunque actioni, eadem de re competenti. Et vt ait in §. *quæ iurauit*, hoc omnino obseruandum est, licet per aliam actionem eadem quæstio moueatur, exceptionem iurisiurandi locum habere. Mutatio actionis nihil facit, si eadem res in iudicium deducatur, & eadem quæstio. Et ideo si egeris mandati actione mecum, & delato vel exacto iureiurando iurauero, *nihil me dare oportere*, non tantum si iterato agas mandati, sed & si negotiorum gestorum, vel certi condictione generali eadem de re, tibi obstabit exceptio iurisiurandi. Quod & eodem modo seruari in exceptione rei iudicatæ docet *l. 5. de excep. rei iudic.* apposito eodem exemplo, quod & apponitur in §. *exceptio*, vt scilicet obstet exceptio rei iudicatæ, non tantum si iteres eandem actionem, sed etiam si alia actione agas, eadem de re tamen, de qua iudicatum est. Vnde illa formularum verba, quæ refert M. Tullius 13. Epist. ad Seruium Sulpitium, & 5. de finib. *De eadem re agit alio modo*, & ideo repellitur, vel exceptione rei iudicatæ, vel exceptione iurisiurandi, quod vicem iudicati obtinet. Et ex hoc loco intelligimus cum actione mandati, vel negotiorum gestorum, vel etiam cum actione pro socio, cuius mentio fit in hoc §. vel cum actione pro socio concurrere certi condictionem generalem ex *l. certi condictio, de reb. cred.* Nam vel superioribus actionibus, quæ sunt bonæ fidei, mandati, negot. gestorum, pro socio, petitur quod ex bona fide mihi dari fierive oportet. non petitur ergo certa pecunia, sed incerta. Ideoque in oratione pro Roscio Comœdo, actiones bonæ fidei dicuntur esse arbitrariæ, pecuniæ incertæ: Vel igitur agitur actione bonæ fidei incertæ pecuniæ, puta, *quod dari oportet ex bona fide*, vel etiam si malit hoc actor, agitur certi condictione de certa pecunia, puta de centum, quæ impendisse in negotia aliena se dicit. Et plerumque tutius est certum petere, quam actione bonæ fidei agere, quia periculosa sunt arbitria iudicum. Ex eadem quoque causa nonnunquam agi potest hypothecaria actione, si pignus interuenerit, vel actione ex stipulatu ad pœnam, quæ in stipulatum deducta est. Sed si vna actione semel actum sit, eaque iureiurando consumpta sit, cæteræ quoque actiones, quæ sunt eadem de re, quotcunque fuerint, consumuntur, *l. 40. inf. hoc tit.* Et vt hoc cum Paulo planum faciam, & aliis exemplis, si prius egeris actione pro socio fundi cuiusdam nomine, & ita te deferente reus iurauerit, eum fundum non esse communem, sed suum esse in solidum, suum esse μοναχῶς: non tantum actio pro socio consumitur, sed & actio communi diuidundo, quæ eiusdem rei nomine competit, & certi condictio ex eadem causa. Et similiter vt ostenditur in §. *colonus*.

Ad §. Colonus.

Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato: si iurauerit se non succidisse: siue e lege duodecim tabularum de arboribus succisis, siue e lege Aquilia damni iniuria, siue interdicto, quod vi aut clam postea conuenietur, per exceptionem iurisiurandi defendi poterit. §. 7. Quæ iurauit diuortij causa rem se non amouisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur. Et si contendat suam esse alio iureiurando opus est. Contra, si iurauerit suam esse, debet in actione rerum amotarum defendi. Et omnino hoc obseruandum est, licet per aliam actionem eadem quæstio moueatur, vt exceptio iurisiurandi locum habeat. §. 8. Igitur, si quis iurauit, se non esse condemnatum, etiamsi ex stipulatu iudicatum solui, ob rem iudicatam conueniatur: defendetur per exceptionem. Contra, si cum ex stipulatu iudicatum solui conueniretur, iurauit se dare non oportere: agenti iudicati non vtique obstabit exceptio. Potest enim fieri, vt non sit commissa stipulatio, licet res iudicata sit: nisi ideo iurasset, quod nec damnatum se esse diceret.

SI colonus succiderit arbores, quæ erant in fundo conducto, quo nomine tenetur pluribus actionibus, nimirum actione ex locato, & actione arborum furtim cæsarum ex 12. tab. & actione legis Aquiliæ de damno iniuria dato, & interdicto quod vi aut clam, *l. cum ex vno, de oblig. & action. l. 1. & 9. & l. pen. arbor. furt. cæsar.* & conuentus eo nomine colonus actione ex locato iurauerit deferente actore, se non succidisse arbores, & actio ex locato, & cæteræ omnes actiones consumuntur. Item, vt ostenditur in §. pen.

Ad §. pen.

SI quis conuentus iudicati actione iurauerit, se non esse iudicatum, se non esse condemnatum, non tantum actio iudicati, sed & actio ex stipulatione iudicatum solui consumitur, quia eadem de re est: actio, inquam, ex stipulatu, ex clausula de re iudicata, siue de iudicato soluendo. Nam stipulatio iudicatum solui, tres habet clausulas, de iudicato soluendo. hæc perimitur, si iurauerit se non esse iudicatum. Aliæ duæ clausulæ, quæ sunt de dolo malo, vel de re defendenda non perimuntur. Et ideo Paulus caute ait in §. pen. *Si ex stipulatu iudicatum solui, ob rem iudicatam*, superscribe, *non etiam ob rem non defensam, vel ob dolum malum.* Breuiter, si conuentus iudicati iurauerit se non fuisse iudicatum, nec conueniri potest ex stipulatione iudicatum solui, ob rem iudicatam. At contra (quod notandum) non idem est ex diuerso, si conuentus primum ex stipulatione iudicatum solui, iurauerit, se dare non oportere. Nam distinguendum est. Aut ideo iurauit se dare non oportere, quod condemnatus non esset, & tunc consumitur etiam actio iudicati per exceptionem iurisiurandi. Aut iurauit, se dare non oportere ex stipulatione, quod non esset commissa stipulatio iudicatum solui, & hoc casu actioni iudicati non obstat exceptio iurisiurandi, quia est alia de re, & potest fieri, vt non sit commissa stipulatio, licet res iudicata sit. Fac non fuisse interpositam stipulationem, aut non fuisse iure interpositam. Et potest addi aliud exemplum ex §. *quæ diuortij*, in hac ipsa lege. Si mulier diuortio facto a marito conueniatur actione in rem, & iurauerit *rem suam esse*, nec de ea re postea conueniri potest actione rerum amotarum: quia obstat exceptio iuris-

iurandi, quia iurauit *rem suam esse*, & nemo rem suam amouere aut furari intelligitur. Quia igitur agit rerum amotarum, de eadem re agit, & ideo repellitur exceptione iurisiurandi. Non idem erit e contrario, si mulier conuenta actione rerum amotarum iurauerit, *se rem non amouisse*, quia non ideo minus conueniri potest actione in rem, neque ideo minus peti ab eo potest res eadem actione in rem, vt *l. si quis vxori* §. *si quis iurauerit, de furt.* quia etsi eadem res sit, non tamen eadem est quæstio, non eadem lis. non tantum eandem esse rem oportet, sed etiam eandem quæstionem. Non est eadem quæstio, quia quæstio quæ per actionem in rem inducitur, est quæstio de proprietate, quæstio, quæ inducitur per actionem rerum amotarum, est quæstio de furto. In actione igitur in rem opus est nouo iureiurando, quia alia quæstio in eam venit. Postremo, quod etiam Paulus ostendit in hac *l.* in §. *si quis iurauerit*, si conuentus vi bonorum raptorum iurauerit, se non rapuisse, postea sine metu exceptionis iurisiurandi, recte conuenietur actione furti, vel condictione furtiua, & in ea opus est nouo iureiurando, quasi superiore iureiurando non pertinente ad quæstionem, seu actionem furti: quia etsi omnis raptor sit fur, & quidem improbior, vt Iulianus dicebat, & atrocior, *l. si cum exceptione* 14. §. *qui vim, de eo, quod met. cau. l.* 2. §. *etiam, vi bon. rapt. & l.* 1. *de effractorib. & exp.* & si omnis rapina furtum sit, diuersa tamen sunt genera furtorum, vt ostenditur in *d.* §. *si quis iurauerit.* Vnum fit vi aperta, alterum clam & obscure: vnum est leonis: alterum vulpeculæ. Vnde & κλέπτης nomen ἀπὸ τοῦ καλύπτειν. Et ait *l.* 1. furti nomen a *furuo*, id est, nigro, & Harpyarum vna Celeno dicitur, quo verbo Fulgentius primo mythologiarum ait, nigrum significari. Possis etiam addere ex *l. si actor, inf. h. t.* si quis conuentus actione de constituta pecunia iurauerit, se non constituisse, ac deinde conueniatur actione personali de credita pecunia, quia constitutum non nouat principalem obligationem, *l. item Mela* §. *vlt. de const. pec.* non potest se tueri exceptione iurisiurandi dati in iudicio de constituta pecunia, quoniam alia quæstio est, quæ vertitur in actione creditæ pecuniæ, alia vertitur in actione de constituta pecunia. Et ideo ita concludamus, vt agenti alia actione obstet exceptio iurisiurandi, quod etiam dici potest de exceptione rei iudicatæ, non tantum necesse est eadem de re alia actione agi, sed etiam eandem quæstionem, eandem controuersiam, & litem in iudicium deduci.

Ad §. item Pomponius.

Item Pomponius ait, eum, qui furtum sibi factum alicuius rei iurauit, non statim etiam condictionis causam nancisci.

Species huius §. hæc est. Is, qui furtum fecisse dicebatur, iusiurandum in iudicio vel extra iudicium, nihil refert, detulit actori, qui sibi ab eo alicuius rei furtum factum esse dicebat: Si is sua sponte oblatam conditionem iurisiurandi acceperit, & iurauerit sibi eius rei furtum factum esse, nanciscitur quidem statim actionem furti, vel actionem in factum ex iureiurando, vtra maluerit experiri, vt demonstrabitur initio *l.* 30. *inf.* sed non etiam statim adquirit condictionem furtiuam, nisi dominus sit rei furtiuæ. Actio enim furti etiam non domino competit, cuius interfuit ex honesta causa rem non subripi: condictio autem furtiua soli domino competit, *l.* 1. *de condict. furt.* condictio, inquam, furtiua certi, qua actor intendit, sibi eam rem dari oportere. Nam condictio incerti furtiua, quæ intenditur ratione possessionis, qua scilicet intendit possessionem eius rei sibi restitui oportere, si fur rem possideat, vel dolo malo desierit possidere, etiam non domino, cui res subrepta fuit, competit, si ea res in eius potestatem non redierit, *l.* 2. *de condict. tritic. l.* 25. *de furt. l.* 12. §. *vlt. de condict. furt.* Ergo vt ei, qui iurauit, sibi furtum factum esse, competat etiam condictio furtiua, vel necesse est vt probet se esse dominum, vt agat condictione certi furtiua, vel furem possidere eam rem, aut dolo malo desiisse possidere, vt agat condictione incerti furtiua. At si in iudicio ei, qui furti agit, iusiurandum deferatur, iurare quidem sua sponte potest, vt posui initio, eum, quo cum agit, eius rei furtum fecisse. Cæterum inuitus iurare non cogitur, inuitus oblatam iurisiurandi conditionem accipere non cogitur, *l.* 12. *rerum amot.* Cur ita? ne anceps periurium subeat, qui certo nescit nesciente animo suo, an is, cum quo agit furti, furtum fecerit, sed suspicatur tantum. nemo cogitur anceps periurium subire, quia scientem, nonnisi sciente animo suo iurare oportet, vel iurare compellitur. Qua ratione nec si is, qui agit furti, iusiurandum reo detulerit, id ei referri potest, *l.* 11. §. *vlt. l.* 13. *eod. tit. rer. amot.* Ipse quoque, qui agit furti, si delatum ei sit iusiurandum, nec velit iurare, quia inuitus non cogitur, vt dixi, non cogitur etiam id referre reo, & eius religionem sequi, cui, vt arguitur, non fuit religio furtum admittere. & *l.* 38. *hoc tit. & l.* 34. §. *datur, eod.* & aliæ innumeræ, quæ dicunt eum, cui delatum est iusiurandum, aut soluere, aut iurare, aut referre iusiurandum debere ei, qui detulit. Hæ omnes leges de reo loquuntur, cui delatum est iusiurandum, non de actore, quia ait *l.* 38. *manifestæ turpitudinis, & confessionis est nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.* Ait igitur, eum manifesto confiteri. Reum igitur confiteri, a quo petitur, qui neque iurat, neque refert iusiurandum, vbi scilicet id referre potest. Nam vbi id referre non potest, veluti in iudiciis, quæ ex dolo malo & facto rei proficiscuntur, cuius facti actor plane certus non est, vbi, inquam, referre non potest, omnimodo cogitur aut iurare, aut soluere, reus scilicet, cui delata est conditio iurisiurandi, aut sane pro confesso, & consequenter pro iudicato habetur. Et ita est explicanda *l.* 38.

Ad §. vltim.

Item cum ex hac parte iusiurandum & actionem & exceptionem inducat: si forte reus extra iudicium actore inferente iurauerit, se dare non oportere, & actore re deferente dari sibi oportere: vel contra: posterior causa iurisiurandi potior habebitur, nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, sed an actor iurauerit.

Sequitur in §. *vlt.* si reus extra iudicium actore iusiurandum deferente iurauerit, *se dare non oportere*, deinde contraria conuentione actor reo deferente iurauerit *sibi dari oportere*: vel ex diuerso, si prius actor iurauerit, deinde reus extra iudicium, non abs re ait, posteriori iuriiurando standum esse, quasi posteriori conuentioni, posteriori pacto, vt pactum prius per posterius elidatur, *l. si vnus*, §. *pactus, de pact.* Ita scilicet etiam iusiurandum prius eliditur & dissoluitur per posterius. Actio in factum ex priori iureiurando, quod actor iurauit, eliditur per exceptionem posterioris iurisiurandi, quod reus iurauit. Et ex diuerso exceptio prioris iurisiurandi, quod reus iurauit, eliditur per replicationem posterioris iurisiurandi, quod actor iurauit. Certum est ex hac parte, vt ait hoc §. *vlt.* id est, hoc edicto, sicut initio *l.* 30. & actionem induci, & exceptionem, & replicationem iurisiurandi, *l.* 9. §. 1. *sup.* Neque huic sententiæ quicquam obstat, si dicas, per minorem causam maiori præiudicium fieri non oportere, *l. per minorem, de iudic.* causam periurij esse maiorem, & tamen admissa causa posterioris iurisiurandi, quæ minor est, præiudicium fieri periurio priori, id est, priorem quodammodo periurum iudicari. Verum hoc nihil obstare docet Paulus, quia in exceptione vel replicatione posterioris iurisiurandi non quæritur, an prior peierauerit, puta an dari oporteat, vel non: sed hoc tantum quæritur, an & iuratum sit, & quid iuratum sit, vt *l.* 5. §. *dato, & l.* 9. §. 1. *hoc tit. l. aduersus, de except.* Sicut in actione iudicati non quæritur, an debeatur quod iudicatum est, vel non debeatur, id est, res iudicata non retractatur, sed hoc tantum quæritur, an iudicatum sit, *l. si prætor, in princ. de iudic. l.* 1. §. *pari, de lib. exhib.* alioqui

qui nullus esset litium finis, eadem lis subinde retractaretur, lis litem gigneret, non interimeret. Denique non quæritur in exceptione, aut replicatione posterioris iurisiurandi, vter peierauerit, sed vter posterior iurauerit: non quæritur de periurio, vel vt veteres loquebantur *de iniurio*, nam periurium vocabant iniurium, apud Festum: non quæritur de periurio igitur, sed de iureiurando posteriore. Nec quod potior sit causa posterioris iurisiurandi, ideo arguitur, prius fuisse periurium, quia & forte in veritate posterius est periurium, non prius. hæc Paulus scripsit in §. *vlt.* de iureiurando voluntario, quod defertur extra iudicium: Nam in necessario, quod defertur in iudicio, hæc inconstantia, hæc variatio non admittitur, vt posteaquam actor iurauerit, diuersum iuret reus, & contra. Nam etsi necessarium iusiurandum etiam ex conuentione veniat, tamen iudicij, in quo defertur, maiestas non patitur variationem istam. Conuentio, qua sola nititur voluntarium, facile eam admittit. Conuentio conuentione eliditur, iusiurandum iureiurando, quod ex sola conuentione proficiscitur.

Ad legem 30. de iureiur.

Eum, qui iurauit, ex ea actione, quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi: simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere, Pedius ait: abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate: cum, omissa hac parte edicti, dupli actio integra maneat. & potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conseruari. 1. §. Si iurauero te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura: nec æstimationem mihi præstare reus debet, nisi ex causa furtiua, vel propter moras. Tunc enim etiam post mortem serui æstimatio præstatur. 2. §. Si mulier iurauerit decem dotis sibi deberi: tota ea summa præstanda est. sed si iurauit, decem se dedisse in dotem: hoc solum non erit quærendum, an data sit: sed, quasi data sint, quod ex eo reddi oportet. 3. §. In popularibus actionibus iusiurandum exactum, ita demum aduersus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam & si quis egerit, ita demum consumi publicam actionem si non per collusionem actum sit. 4. §. Si libertus deferente patrono, iurauit se libertum non esse, ratum habendum est iusiurandum, vt nec operarum petitio, nec bonorum possessio contra tabulas dari debeat. 5. §. Si iurauero vsumfructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, quam si caueam boni viri arbitratu me vsurum, & finito vsufructu restituturum.

QVædam sunt actiones, quæ inficiatione rei, vel negatione rei crescunt in duplum, vt actio legis Aquiliæ de damno iniuria dato, quæ aduersus confitentem datur in simplum, aduersus negantem in duplum, *l. inde Neratius §. pen. ad l. Aquil. l. 4. C. eod. tit.* At si quis agat actione legis Aquiliæ aduersus inficiatorem, & exacto iureiurando iuret sibi ex hac causa aliquid deberi, quæritur, vtrum ex hoc edicto habeat actionem in factum ex iureiurando in simplum, an in duplum? Et ostendit Paulus initio huius legis, eum habiturum actionem ex hoc edicto, id est, actionem in factum ex iureiurando in simplum tantum, quia satis abundeque (est optima ratio) esse debet, quod simplum consequitur, nulla alia præstita probatione damni dati: abunde ei sufficere, quod exoneratur probandi necessitate, & tamen simplum consequitur actione in factum ex iureiurando. Itemque ei sufficere debet, quod si velit potest duplum persequi ex l. Aquilia, potest omissa actione in factum ex iureiurando agere actione legis Aquil. aduersus inficiatorem in duplum. Et hoc est, quod ait, omissa hac parte edicti, id est, omissa actione in factum ex iureiurando, dupli actionem, id est, actionem leg. Aquil. integram & incolumem manere, vt in specie legis *si a domino §. si poss. de petit. hered.* omissa petitione hereditatis integram esse actionem leg. Aquiliæ, sed vna actione actorem contentum esse debere. Ergo & in hac specie vna contentus esse debet actor, vel actione in factum simplaria, vel actione legis Aquil. in duplum. Actio legis Aquil. est pœnalis in inficiatorem. Actio in factum ex iureiurando non est pœnalis, sed rei persecutoria, quia, vt eleganter ait, in actione in factum ex iureiurando non exercetur siue agitatur principalis quæstio damni iniuria dati, sed iusiurandum tantum actoris conseruatur, non quæritur, an damnum datum sit, sed an iurauerit, & quid sibi deberi iurauerit. Nihil præterea de quæstionis summa quæritur. Ideoque nec pœna in eam litem venit, quæ sequitur quæstionem summam de damno iniuria dato. Et hoc notandum. Idem omnino dici potest de specie legis 28. §. *idem Pomponius*, si is, qui agit furti, iurauerit *reum sibi furtum fecisse*, electionem scilicet eum habere (quod & attigi initio eius §.) vt vel agat in factum ad simplum ex iureiurando, vel ad duplum actione furti, condictione furtiua, non temere, non passim. Et similiter si iurauerit, *sibi deberi ex actione aliqua famosa*, electionem habet, vt vel actione in factum ex iureiurando, quæ actio non est famosa, vel agat famosa actione. Et is est sensus legis 9. § *si damnetur, sup.* si quis damnetur, inquit, post iusiurandū, actoris scil. quia iurauit sibi dari oportere, si damnetur ex famoso iudicio, cuius nomine iurauit actor, famosus efficitur. recte *ex famoso iudicio:* nam si damnetur actione in factum ex iureiurando, famosus non efficitur.

Ad §. si iurauero.

IS qui iurauit, sibi Stichum deberi, qui tum forte non erat in rerum natura, quod nondum erat compertum litigatori, nec æstimationem Stichi præstare debet reus, quem ille iurauit sibi Stichum debere, videlicet, si Stichus decesserit ante moram debitoris, *l. venditor, de hered. vend. l. cum res §. vlt. de leg. 1.* Post moram obligatio perpetuatur, & mortuo Sticho æstimatio debetur, *l. si seruum § sequitur, de verb. obl.* Et ideo, si Stichus debitus fuerit ex causa furtiua, æstimatio eius præstanda est, quia fur semper moram facere intelligitur, *l. vlt. de cond. furt.* Et ideo qui in iudicio confitetur se hominem debere, si is homo tunc temporis in rerum natura non fuerit, non tenetur, ne in æstimationem quidem, nisi post moram decesserit, nisi quod moram fecerit, *l. 5. & vlt. de confess.* Additur in *§. seq.* multum interesse, vtrum mulier iurauerit sibi 10. deberi dotis nomine, an se dedisse 10. in dotem: in priore casu, si iurauerit 10. sibi deberi dotis nomine, soluto matrimonio data 10. præstanda sunt, nec amplius quæritur, an debeantur, quia satis iureiurando approbatum est ea deberi, *l. 5. §. datum, hoc tit.* Posteriore casu si iurauerit se decem dedisse in dotem, non tota decem præstanda sunt, nisi & tota debeantur: namque hoc iureiurando remittitur tantum, aut finitur hæc quæstio, an 10. data sint, non etiam illa, an debeantur. Superest igitur illa inspectio, an debeantur, quæ dedit mulier: forte enim non tota 10. debentur quæ dedit, propter retentiones, puta, quæ marito competunt ob impensas, vel ob liberos, vel ob mores, vel ob res amotas.

Ad §. in popularibus.

OStenditur eum, qui egit populari actione, & litem contestatus est, quia litis contestatione efficitur litis dominus, recte deferre reo iusiurandum, si modo id bona fide faciat, *ἀσυμπαικτως*, *citra collusionem*, vt Basilica habent, *citra colludium.* At si reus conuentus populari actione, veluti sep. viol. aut albi corrupti iurauerit, se dare non oportere, cæteris de populo agere volentibus eadem de re obstat exceptio iurisiurandi, sicut & exceptio rei iudicatæ, si reus absolutus sit, *l. 3. de pop. action. l. 6. de sepul. viol.* Si modo, vt ait, is, qui occupauit agere, bona fide egerit, non lusorie, non perfunctorie, & dicis causa, vt *l. 3. §. si tamen postea, de lib. homine exhib.* vel etiam si quis ex populo populari actione agere occupauerit, post litem contestatam cæteri, qui agere volunt eadem de re, repelluntur exceptione doli mali, *l. 45. §. qui ita, de procurat. l. 3. §. si is cuius, de sepul. viol.* Ne scilicet sæpius de eiusdem hominis admisso quæratur, *l. pen. §. vlt. naut. caup. stabul.*

Ad §. si libertus.

IN hoc §. ostenditur, si in actione præiudiciali, qua quæritur quis sit libertus, nec ne, vel an is, qui agit præiudicio, sit patronus, necne: si quis iurauerit *se libertum non esse*, actori nullum ius patronatus debetur, neque operæ etiam officiales debentur, & defuncti non competit bonorum possessio contra tabulas, quamuis in eis silentio præteritus sit, vt *l.* 8. §. *patronum, de in ius voc.* quæ est sententia aperta §. *pen.* Et tamen, quod est mirum, si Titius iurauerit, *se esse patronum*, ei non competit bonorum possessio contra tabulas, *l. si iurauero, de iure patronat.* Cur tam varie? Quia plus fauemus ingenuitati, qua repleri ciuitatem publice interest, quam patronatui. Qui iurat se esse ingenuum, per omnia habetur pro ingenuo. Qui iurat *se esse patronum*, per omnia non habetur pro patrono.

Ad §. vlt.

QVod est in §. *vlt.* est apertissimum. Si quis iurauerit vsumfructum illius fundi suum esse, forte in actione confessoria, sic interpretabimur, eius vsumfructum esse sicuti iurauit, vt tamen præstet cautionem solitam, seb oni viri arbitratu vsurum fruiturum, & finito vsufructu restituturum, quod inde extabit. Hæc stipulatio fructuaria dicitur, *l.* 4. §. *vlt. de verb. obl.* vsitata stipulatio, *l. inter fructuarium, de dam. infec.* de qua est titulus proprius, *vsufruct. quemadm. cau.* Qui iurat igitur vsumfruct. suum esse, subire debet onus cautionis, nec enim eo quod iurauerit, exoneratur præstatione cautionis fructuariæ.

Ad leg. 35. eod.

Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus, iusiurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio. §. 1. *Prodigus si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idemque in cæteris similibus ei dicendum est: Nam siue pro pacto conuento, siue pro solutione, siue pro iudicio hoc iusiurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc habiles sunt.* §. 2. *Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare compellendi sunt: vt legati prouinciales.*

HVic etiam lib. 8. vindicanda est lex 35. h. t. non lib. 28. vt habent Florent. rectius alij lib. 18. Hoc autem initio huius legis proponitur, ratum haberi debere iusiurand. quod tutor detulit, in causa pupillari videlicet: hoc enim supplendum est, si tutelam gerat, si tutelam administret ex *l.* 17. §. *si tutor, sup. h. t.* non si sit honorarius tutor, qui & res pupilli, quas non administrat, alienare non potest, *l.* 4. *de auct. tut.* Tutor, qui tutelam gerit, res pupilli mobiles alienare potest, *d. §. si tutor.* Ergo nec mirum, si & iusiurandum deferre possit de re pupillari. Neque vero vtique passim & temere tutor, qui tutelam gerit, iusiurand. deferre potest, sed ita demum, vt hæc lex significat, si omnes aliæ probationes deficiant. Ac si quidem deferente tutore pupilli nomine, reus, quo cum agitur, iurauerit, se dare non oportere, cum tutori deficerent omnes probationes, postea quandoque agenti pupillo denegatur actio, ex his verbis edicti, *actionem non dabo, l.* 7. *&* 9. *supra, in prin. h. t.* Hoc sane casu, quum omnes probationes deficiunt, iusta est tutori causa deferendi iurisiurandi, vt vel metu diuini numinis extorqueat veritatem ab aduersario, qui alioquin in eo est, vt absoluatur, iuxta id, quod dicitur: actore non probante, reum absolui, etiamsi nihil ipse reus præstet, nihil impleat, *l.* 4. *C. de edend.* etiamsi non probet exceptionem, quam contestatus est, *l. si quidem, C. de except.* Idemque licet hodie cuilibet agenti suo nomine & defecto probationibus omnibus, puta, licet ei ad extremum aduersario deferre iusiurandum, & postulare a iudice, ne ante absoluatur, quam iurauerit. Donatus in Hecyra: *vbi*, inquit, *argumenta & testimonia deficiunt, ibi iureiurando opus est.* Itaque actor, qui præter opinionem deficitur omnibus probationibus, non ante sinet reum absolui, quam reus iurauerit, se non debere, nisi scil. in casu legis 22. *in fine, de noxal. action.* In cuius specie, vt mox ibi demonstrabitur, actor habuit optionem ex edicto prætoris, vel aduersario deferendi iurisiurãdi, vel agendi districto iudicio. Et cum haberet hanc optionem, si agere præoptauerit, & in eo iudicio probationibus omnibus lapsus fuerit, siue defectus: non potest postea redire ad conditionem iurisiurandi, quam contempsit semel ab initio, sed omnino causa cadit, quia non probat, nec auditur, si nunc velit reo deferre iusiurandum, quod in extremo dictæ *l.* 22. etiam quodammodo Græci adnotarunt, ὁ νομοσύνακος. Is videtur esse Harmenopulus. Cæterum non est audiendus tutor, qui in causa pupillari defert iusiurandum, si non habeat iustam causam deferendi, si non possit alia esse causa, quam defectus omnium probationum, vt hæc lex ostendit initio. De iudice aliquid dicamus, an possit exigere iusiurandum ab vno ex litigatoribus, & quando iudex etiam in omnibus causis hoc obseruare debet, ne temere exigat iusiurandum, ne temere rem committat religioni cuiusquam litigatorum, sed causa cognita, ac neque deficientibus omnibus probationibus, sed ex inopia probationum tantum, vt ait *d. l.* 3. Aliud est inopia, aliud defectus probationum. Defectus est si nullæ suppetant probationes: & tum iudex reum protinus absoluere debet, non iusiurandum exigere. Inopia est, si quædam probationes suppetant. Sicut inops est, non qui nihil habet, quo se alat & tueatur, hic pauper dicitur & egenus, inops qui habeat, quod sufficit victui & indutui. Inopia igitur probationum est, si quædam probationes suppetant, sed ancipites, aut parum idoneæ, ac tum iudex iusiurandum exigere potest, in dubiis causis scilicet, vt ait lex 31. *hoc tit.* forte quia argumentorum vel testium, qui ex vtraque parte producuntur, anceps & dubia probatio est, aut certe ipse iurare potest sibi non liquere.

Ad §. prodigus.

SEquitur in §. 1. prodigum, & cæteros similes, qui scil. rerum suarum administrandarum ius non habent, veluti furiosum, aut mente captum, aut fatuum, aut pupillum per se iusiurandum deferentes non audiri, quia siue iusiurandum comparemus, quod fit nonnunquam, pacto, siue solutioni, siue iudicio, neque cum his personis iudicium consistit sine tutorum aut curatorum auctoritate, neque cum his paciscimur recte, nec solui iis potest, *l. quod si forte* §. *vlt. & l. seq. de solut.* Et quod ait iusiurandum iudicio posse comparari, id est, liti contestatæ, iudicio accepto, quod etiam dixit in *l.* 26. §. *vlt.* idem mox probat in hac ipsa lege in fine, eo quod ait legatos prouinciales Romam missos publici negotij causa, vel quos alios, qui freti priuilegio fori Romæ iudicium accipere non coguntur, nec ibi iurare compelli se dare non oportere, a iudice scilicet, vel ab aduersario, quoties referri iusiurandum non potest. Cur ita? quia vt idem ait in *l.* 28. §. *ex quibus, de iudic.* iusiurandum in locum iudicij accepti succedit. Et hæc sunt omnia, quæ in titulo de iureiurando ex hoc libro decimo octauo habentur.

Ad leg. 21. de noxal. action.

Si seruus depositus, vel commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim seruire intelligitur: & quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est: maxime si copiam habeat recuperandi hominis. 1. §. *Is, qui pignori accepit, vel qui precario rogauit, non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.* 2. §. *Quid est habere facultatem repetendi? habeat pecuniam ex qua liberari potest. nam non deb*

debet cogi vendere res suas, vt soluat pecuniam, & repetat seruum. 3. §. Dominus, qui seruum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet, aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur, atque si præsentem non noxæ dederit. 4. §. Si negauit dominus in sua potestate esse seruum, permittit prætor actori arbitrium, vtrum iureiurando id decidere, an iudicium dictare sine noxæ deditione velit, per quod vincet, si probauerit, eum in potestate esse, vel dolo eius factum, quo minus esset. Qui autem non probauerit in potestate aduersarij esse seruum, rem amittit.

IN titulo de noxalibus act. ex eodem libro sunt *l.* 22. 24. & 26. & pertinent ad causam iurisiurandi. Ex his tribus nunc explicabo tantum 22. Edicti de iureiurando sunt partes multæ & variæ. Alia parte denegatur actio in eum, qui delata conditione iurisiurandi iurauit, se dare non oportere, vel rem actoris non esse, *l.* 7. *de iureiur.* Alia parte datur actio in factum, & exceptio de iureiurando, *l.* 28. *§. vlt. l.* 30. *eod. in princ.* Alia parte prætor pollicetur, se coacturum iurare vel soluere eum, cui iusiurandum delatum est, si id non referat, *l.* 34. *§. ait prætor, eod.* Alia parte is, qui iusiurandum defert, iubetur prius iurare de calumnia, *d. leg.* 34. *§. qui iusiurandum.* Alia parte quibusdam casibus non permittit prætor delatum iusiurandum referri, *l.* 11. *§. vlt. & l.* 13. *rer. amot.* Alia vero parte, quæ præcipue pertinet ad titulum de noxalibus actionibus, domino, qui serui nomine noxali iudicio conuenitur, negante se eum seruum habere in potestate, prætor actori permittit arbitrium siue optionem, id est, electionem, vtrum velit dominum deierare seruum in sua potestate non esse, aut se dolo malo non fecisse, quo minus esset, an statim in eum agere in solidum detracta noxæ deditione, *l.* 21. *§. prætor, de noxal. actionib.* Quam edicti sententiam Paulus proposuit in hac *l.* 22. *§. vlt.* Et docet, omissa conditione iurisiurandi eligentem actionem detracta noxæ deditione, id est in solidum vincere, & dominum condemnare in solidum, si probauerit seruum, quem dominus negat in sua potestate esse, ne conueniatur noxali actione, si probauerit, inquam in domini potestate esse, aut dolo malo eius in potestate esse desiisse, aut si id non probauerit, causa cadere, nec scilicet posse regredi ad iurisiurandi conditionem semel omissam, quasi ex inopia probationis, aut penuria. Simul & hoc docet Paulus in hac l. 22. quid in edicti parte sit, seruum habere in potestate. Nec enim est dominium serui habere, quoniam hoc non est satis, vt dominus teneatur in solidum suo nomine ex serui noxa, vel vt teneatur noxali actione, sed habere seruum in potestate, est copiam & facultatem habere exhibendi eius, vt *l.* 21. *§. in potestate, h. t. l. potestatis, de verb. signif.* Et seruum a domino depositum apud alium, vel alij commodatum, dominum habere in potestate, si habet copiam & facultatem recuperandi eius actione depositi, vel commodati: habere eum in potestate, non quia dominus eius est, non quia eum possidere intelligitur per depositarium, aut commodatarium, vt *l.* 8. *commod. l. licet, depos.* quod hæc lex significat, quum ait, seruum depositum, vel commodatum domino seruire, quamuis apud dominum non sit, quia eum possidere intelligitur per depositarium, aut commodatarium, qui eum non sibi habet, sed depositori, vel commodatori, id est, domino. Non igitur, quia dominus est, non quia eum possidet, aut possidere intelligitur, sed quia copiam habet quandoque recuperandi eius. Et ideo cum eo agi potest nox. actione, vel si falso negauerit, se eum habere in potestate, nec id actor eius iureiurando decidi velit, sed probet eum falso negasse seruum esse in sua potestate, agi cum eo potest in solidum sine noxæ deditione propter mendacium, id est, vlciscendi mendacij gratia. Eademque est ratio, vt subiicit, eius, qui seruum suum pignori dedit creditori suo, aut qui seruum suum precario concessit, si modo facultatem habeat eum repetendi quandocunque voluerit ab eo, qui precario rogauit, qui scilicet non latitat, quique eum seruum non abalienauit, etsi facultatem habeat repetendi serui pignorati, id est, vt subtiliter interpretatur, si habeat paratam pecuniam, qua reluat pignus, id est, seruum pignoratum: nam si pecuniam non habeat in manu, tametsi res habeat ex quarum venditione pecuniam conficere possit, non intelligitur habere facultatem repetendi serui pignorati, ne cogatur ob noxam serui res suas vendere, quod perdurum esset. Alias tamen, quis tantum pecuniæ habere videtur, quantum ex venditione rerum suarum redigere potest, *l.* 88. *de verb. sign.* Is autem, qui pignori seruum accepit, vel qui precario seruum rogauit, non tenetur noxali actione, quia etsi seruum iuste possidet, puta iure pignoris, aut iure precarij, non tamen possideat animo domini: & actio noxalis cum effectu datur tantum in dominum, vel in eum, qui seruum possidet animo & opinione domini, id est, qui credit se esse dominum serui, quem possidet, quę possessio ciuilis dicitur. Et ita quoque semper definitur a Theophilo, & omnibus Græcis interpretibus, vt sit possessio, quæ possidetur animo domini, opinione domini, vt ait hic Paulus, cogitatione domini, vt ait *l. pen. C. de furt.* ψυχῇ δεσπόζοντος. Creditor autem pignoratitius, & is qui precario rogauit seruum vtendum, iuste possidet, quia voluntate domini possidet, sed possidet naturaliter, *l.* 3. *§. vlt. ad exhib. l. debitor §. vlt. de pign. act.* non ciuiliter, quia non eo animo vt credat se esse dominum, *l. quæcunque §.* 1. *de Public. in rem act.* & ideo non tenetur noxali actione, quia nec noxæ dedendo, quod tamen desideratur, faceret hominem accipientis, *l.* 27. *inf.* Sed tamen creditor, quive precario rogauit, aut eum seruum defendere debet, aut amittet ius, quod in eo habet, amittet ius pignoris, cessante in dominum noxali actione, & ab eo seruus auocabitur, & ducetur ab illo, cui seruus noxam nocuit, a quo, si postea dominus vindicet seruum, repellitur exceptione doli, quod ad eum seruus peruenerit ex causa noxali, *d. l.* 27. in summa, vt Paulus definit in *§. pen. huius l.* 22.

Ad §. pen.

DOminus, qui seruum confitetur esse in sua potestate, siue vero, siue falso, aut exhibere eum debet, vt ducatur in noxam, aut vt suppliciū de eo sumatur: aut absentem, defendere nisi paratus sit cauere, se cum primum poterit eum exhibiturum. quod si non fecerit, id est, neque exhibuerit, neque absentem defenderit, neque cauerit, vt dixi, damnatur in solidum sine noxæ deditione, vt *l.* 2. *§.* 1. *si ex noxali cau. agat.* Damnatur vt Basilica habent, quod idem est, εἰς τὸ διαφέρον, *in id omne quod interest.* Ergo in solidum. Qui autem negat, se seruum in sua potestate habere, si delato iureiur. nolit iurare, æque damnatur in solidum, quasi contumax, *l. prox. §. quod si reus, sup.* Idemque erit, si non delato iureiurando probetur, seruum habere in potestate, vel dolo malo fecisse, quo minus haberet. Sed si hoc non probetur cum omissa conditione deferendi iurisiurandi, actor eligit potius districto iudicio agere in dominum, si non probetur seruum in potestate habere, quem negauit se habere, immunis est & liber ab omni actione & noxali & pura, id est, in solidum: vt puta, si seruus sit in fuga sine mandato eius, licet eum possideat (quod notandum) nam seruum, qui est in fuga, dominus possidet, quandiu non apprehenditur ab alio, vel quamdiu non gerit se pro libero. His duobus casibus exceptis, seruum, qui est in fuga, sane dominus possidet, sed vt in eum competat actio noxalis, vel pura in solidum, non est satis, si seruum possideat, sed necesse est, vt eum habeat in potestate, id est, exhibendi eius copiam, *l.* 5. *§. vlt. ad exhib. l.* 1. *§. per seruum, de adquir. poss. l. serui §. vlt. de furtis.* Non quidquid possidemus, etiam id habemus in potestate, in mundo, vt veteres loquebantur, in manu, in promptu, quia possessio retinetur solo animo. Immunis etiam erit dominus & liber ab omni actione, si electo ab actore iureiurando, dominoque delato iurauerit seruum non esse in potestate sua, neque se dolo malo fecisse, quo minus esset.

Ad l. 24. de noxal. act.

De illo videndum, vtrum aduersus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit, vt cesset noxalis actio: forte si seruo suo fugam mandauit: an & si possit, nihilominus cum alio agi. quod accidit cum alienatus manumissusve est. Quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus autem ait de eo, qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptionem dandam ei, qui manumisit. Hoc & Labeo.

DOmino negante se seruum habere in potestate, de quo noxalis actio est, prætoris edicto duplex electio defertur & iniungitur actori. Primum, vt vel domino inferat iusiurandum, quo is deieret, se seruum non habere in potestate, nec dolo malo fecisse, quo minus haberet, vel omissa conditione iurisiurandi, quasi in mentientem dominum agat in solidum, detracta noxæ deditione: deinde, vt si rem iureiurando domini decidi nolit, vel agat in dominum, vt dixi, in solidum detracta noxæ deditione, qui dolo malo fecit, quo minus seruum haberet in potestate, ne secum ageretur noxali actione, vel aduersus alium quemcunque cui dominus dolo malo eum seruum alienauit, puta vendidit aut donauit, vel in seruum ipsum, si a domino manumissus sit. Hæc est altera electio, quæ datur actori, vt vel agat in dominum, qui dolo malo desiit seruum possidere, detracta noxæ deditione, vel agat in eum, cui dominus seruum alienauit, aut in seruum ipsum, si a domino manumissus sit. Cæterum exceptio doli danda est domino, qui seruum alienauit, vel manumisit, si nouus dominus, vel nouus homo, id est manumissus paratus sit iudicium pati, & rei defensionem suscipere: nouus dominus noxale iudicium, nouus homo iudicium in solidum, in quo veniat integra æstimatio litis siue noxæ, quam fecit seruus, cum esset in seruitute, quæ proculdubio manumissum sequitur, iuxta id quod dicitur, *noxa caput sequitur.* Ergo siue nouus dominus, siue manumissus paratus sit iudicium excipere, & defensionem rei, qua de agitur, dominus non tenetur, quamuis dolo desierit seruum possidere, id est, quamuis eum dolo malo alienauerit, vel manumiserit, sed se tueri potest exceptione doli mali, quod dolo malo faciat, qui parato & existente idoneo defensore rei, secum experiatur, qui desiit seruum possidere, & vt videtur, absque dolo malo: quia defensor serui certus & idoneus existit, non videtur dominus dolo malo alienasse seruum, si in suum locum, quasi substituerit idoneum defensorem, qui sit paratus seruum defendere, aut suscipere defensionem rei. Et hoc est, quod proponitur ex Paulo in hac *l.* 24. sed in initio legis id corrupte proponitur de actione noxali, cum quæstio sit de actione, qua dominum teneri constat, qui dolo malo fecit, quo minus seruus in eius potestate esset, quæ actio est in solidum sine noxæ deditione, non noxalis, *l. si heres, hoc tit. l.* 2. §. 1. *si ex noxali causa, l. si seruus non sit, de interrog. in iur. fac.* Et præterea non est hæc actio, quæ in dominum datur in solidum, qui seruum desiit dolo possidere, de quo noxalis actio erat, non est, inquam, actio ciuilis & directa, vt actio noxalis, sed prætoria, *l.* 26. §. *item si ex pluribus, & l.* 39. *hoc tit.* Et prætoria quoque hæc actio aperte separatur a noxali in *d.* §. *item si ex plur. &* §. *si is quem, & d. l.* 39. Ac præterea, vt hoc sit manifestius, noxalis actio datur heredi, & in heredem, *l. pen.* §. *pen. inf. hoc tit. l.* 1. §. *vlt. si quadrupes, &c.* non etiam illa actio prætoria, quæ nec heredi, neque in heredem datur, *d. l.* 26. §. *neque*, & profecto manifestum est etiam in hac l. 24. vti scripta est inepte, quæri, an aduersus eum tantum actio noxalis locum habeat, cuius dolo accidit vt cesset actio noxalis: Nam si cessat actio nolis, frustra quæritur an locum habeat actio noxalis. Itaque vt & lib. 6. memini me docere in hac l. 24. ita legendum est: *De illo videndum, vtrum aduersus eum tantum qui dolo fecit quo minus seruum in potestate haberet, actio locum habeat,* circumscripto illo verbo, quod subiicitur, *noxalis.* Et

A actio ibi accipienda est pro actione prætoria, quæ in dominum, vel in possessorem datur in solidum, qui dolo malo fecit, quo minus seruum haberet in potestate, vt *l.* 12. *&* 21. *sup. h. t.* Et hoc quæritur, an aduersus eum tantum detur hæc actio prætoria, an etiam aduersus alium, an ex noxa serui alia actio competat? Et quidem, vt respondet, si dominus seruo mandauit fugam, ipse solus actione prætoria tenetur in solidum, quia non est alius, qui conueniri possit: sed si seruum dolo malo alienauerit vt cessaret actio noxalis in se, vel si seruum manumisit, electio est actoris, cum quo velit agere, cum nouo domino, vel cum manumisso, an cum veteri domino, qui seruum dolo malo alienauit, aut manumisit: sed si, vt ait, nouus dominus, vel si manumissus vltro se offerat defensioni litis, dominus opposita exceptione doli mali absoluitur, quia, vt iam attigi, B & Græci adnotant subtiliter hoc loco, quum rei siue litis defensor aliquis idoneus existit, dominus, qui desiit seruum possidere, dolo carere præsumitur, si modo sit defensor idoneus. Hoc enim exigit lex *si plurium* §. *vlt. inf.* Puta vt sit defensor cum satisdatione iudicatum solui. Et hoc quoque seruatur eodem modo in omnibus actionibus in rem, siue sint speciales, siue vniuersales, puta de hereditate, nempe, vt quamuis regulariter, qui dolo desiit possidere, pro possessore habeatur, & possit conueniri actione in rem, quamuis regulariter dolus sit pro possessione, tamen non teneatur dominus actione in rem, qui dolo desiit possidere, si alius idoneus defensor & locuples paratus sit iudicium pati, quia tunc nihil dominus videtur fecisse dolo C malo, cum seruo non desit defensor iustus & idoneus, vt etiam ostenditur in *l.* 13. §. *pen. de petit. hered.*

Ad l. 26. eod.

Electio vero alterum liberabit: id enim prætor introduxit, ne eluderetur actor, non vt etiam lucrum faceret: ideoque exceptione a sequenti summouebitur. §. 1. *His consequens est, vt si plures dolo fecerint, quo minus in potestate haberent, eligere debeat actor, quem velit conuenire.* §. 2. *Item, si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere: electio erit actoris, vtrum directo velit agere cum eo, qui possidet, an prætoria cum eo, qui desiit possidere.* §. 3. *Si seruum alienum alius in iure suum esse responderit: altero soluente alter liberatur.* D §. 4. *Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit prius, quam hac actione conuenireris, liberaris: quia hæc actio in locum directæ actionis succedit. Diuersum dicemus, si moram feceris in iudicio accipiendo.* §. 5. *Neque heredi, neque in heredem, quod defunctus mentitus est, actio danda est, nec in ipsum quolibet tempore: Nam liberum esse debet defendenti absentem seruum, huius edicti pœnam euitare: id est, vt sine noxæ deditione conueniatur: & ideo si negaueris seruum in tua potestate esse, postea fateri poteris: nisi iam lis aduersus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, vt Labeo ait. Octauenus; ex causa etiam lite contestata tibi succurrendum: vtique si ætas tua ea sit, vt ignosci tibi debeat.* §. 6. *Si absente domino ductus sit seruus, vel etiam præsente, & in eadem causa sit, vt in integrum restitui possit, defensio permittitur eius nomine, qui ductus est: postulantibus enim exhiberi eum ad* E *defendendum, indulgere prætor debet. Idem concedendum est fructuario, vel cui pignoris nomine obligatus est, si præsens dominus defendere noluerit: ne alterius dolus aut desidia illis noceat. Idem præstandum est in seruo communi, quem alter ex dominis præsens noluit defendere. Sed & actori his casibus succurrendum est: quia placet dominij adquisitione extingui actionem: Iussu enim prætoris ductus, in bonis fiet eius, qui duxit.*

PRæterea, vt idem Paulus ostendit in *l.* 26. etiamsi vltro nouus dominus, vel manumissus se non offerat defensioni litis, si eligatur, & conueniatur ab actore, omisso veteri domino, qui dolo desiit possidere, si eligatur, inquam, & conueniatur ab actore, & exigatur litis æstimatio, id est, & actor ab eo exigat æstimationem litis, quod necesse

necesse est, vt inf. dicetur, & in hac ipsa l. indicat verbum, *soluente*. Igitur si actor elegerit nouum dominum vel manumissum, eique nouus dominus, aut manumissus soluerit aestimationem litis, dominus, qui alienauit, vel manumisit seruum, opposita exceptione doli mali liberatur. Et contra electo veteri domino, beneficio eiusdem exceptionis, vel etiam, quod notandum, ipso iure in actione furti, quasi decisum & transactum sit cum nouo domino, vel manumisso, vt ait *l. si seruus nauem, in fin. de furt.* quia decisione, vel pactione actio furti etiam noxalis ipso iure tollitur, *l. si cum pro furt, de cond. furt. l. 13. C. de furt.* Electo igitur veteri domino beneficio exceptionis doli, vel etiam ipso iure in actione furti, quae decisione ipso iure perimitur, & electo domino veteri, decisum videtur cum nouo vel cum manumisso, ne cum eo ageretur ex causa noxali, tum nouus dominus, aut manumissus liberatur. Denique vno electo & soluente alter liberatur: electio enim, vt ait, a praetore datur, ne eludatur actor, non vt lucrum faciat, bis agendo de eiusdem serui admisso, de eiusdem serui delicto. Eluderetur actor si haberet tantum actionem in veterem dominum & non esset soluendo, vel si haberet actionem in nouum dominum, aut in manumissum, & non esset soluendo. Itaque datur ei optio, vel vt agat in hunc, vel in eum, quem senserit esse locupletiorem: in veterem dominum, qui dolo desiit possidere, in nouum dominum, vel in manumissum. Valde notanda est haec ratio, quae proponitur initio huius l. quia electionem praetor introduxit, ne eluderetur actor, non vt etiam lucrum faceret, id est, non vt vtrumque conueniret & exigeret, quae ratio cessat in speciel. 13. §. *pen. inf. de petit. heredit. & l. Stichum §. dolo, de solut.* vbi dicitur, non liberari nouum possessorem hereditatis, si vetus possessor, qui dolo malo hereditatis possessionem in eum tanstulit, ipse desiit possidere, prius conuentus, & exactus fuerit. Vtrumque ergo teneri, & nouum possessorem hereditatis, petitione hereditatis, & veterem, qui dolo desiit possidere: quia scil. praetor in ea specie non iniunxit actori electionem. Idcirco vtrumque conuenire potest, veterem dominum ex praeterito dolo: nouum dominum, ex praesenti possessione: & vel prius veterem dominum siue possessorem, deinde nouum: aut ex diuerso prius nouum possessorem, deinde veterem, nisi ab initio nouus possessor paratus sit iudicium pati, iudicium excipere: quia tunc, cum se offert liti, vetus possessor, vt modo dictum, dolo carere praesumitur. Et ideo non tenetur, sed solus is tenetur, qui nunc possidet, & se liti statim offert. Hoc est summe notandum. Eadem vero ratio electionis hoc edicto introducta facit, vt quod proponit Paulus in §. 1. *& l. si plurium, hoc tit.* si plures sint domini, qui dolo malo desierint seruum possidere, vno electo & soluente, caeteri liberentur. Itē si ex duobus dominis, vel pluribus, alius partem suam dolo malo desierit possidere, ne secum ageretur noxali iudicio, alius vero partem suam possideat, vt electio sit actoris, vtrum cum eo qui possidet, agat directa actione, id est, ciuili, quae est noxalis furti, vel damni iniuria dati, & est actio directa ciuilis quae proficiscitur ex *l. 12. tab.* vel ex *l. Aquilia,* an vero agat cum eo, qui dolo desiit possidere praetoria actione in solidum suo nomine ex hoc edicto, vt & altero soluente litis aestimationem, qui prior conuentus fuerit, alter etiam liberetur, quia electio datur actori. ergo non permittitur vt vtrumque conueniat. Et similiter, vt si vnus sit dominus serui, qui noxam nocuit, alter in iure interrogatus mentiatur se esse dominum serui, vterque conueniri potest noxali actione, sed vno electo, vno conuento, & soluente, vt ait in §. *si seruum,* alter liberatur. Quod etiam ostendit lex 8. & 21. *de interrog. in iure fac.*

Ad §. si is quem.

His additur in §. *si is quem,* eum, qui dolo malo desiit seruum possidere, ne secum ageretur noxali actione, non teneri ex hoc edicto praetoria actione in solidum, si ante litem contestatam seruus vita decesserit, & antequam dominus, qui desiit possidere, in iudicio accipiendo fecisset moram. Cur vero hoc casu dominus, qui dolo desiit possidere, non tenetur actione praetoria in solidum? Cur liberatur morte serui, quae contigit ante moram, & ante litem contestatam? quia, inquit, haec actio, praetoria scil. succedit in locum directae, id est, in locum noxalis, quae ciuilis est actio, non praetoria, eamque imitatur, *d. l. si plurium, inf.* Mortuo autem seruo, qui noxam nocuit, ante moram domini, & ante litem contestatam, noxalis actio perimitur, quia non est propter quem intelligi possit, dominum dare oportere, quod exprimebatur in formula actionis noxalis: *Aio te mihi propter seruum illum tuum dare oportere, damnum praestare, quod ille mihi dedit, l. pen. §. 1. hoc tit. l. 1. §. plane si ante, si quadrupes paup. fec. dic.* mortuo, inquam, seruo, qui noxam admisit, ante moram, ante litem contestatam, perimitur actio noxalis, ergo & praetoria, quae in eius locum succedit, *d. l. si plurium infr.* At post moram mortuo seruo, neutra actio perimitur, *l. si heres, sup. hoc tit.*

Ad §. neque.

Sequitur in hoc §. neque hanc actionem praetoriam heredi dari, neque in heredem, de qua multa diximus, aut certe praecipua, quae sine noxae deditione nihilominus in dominum datur, qui mentitus est seruum, pro quo noxalis actio alicui competebat, non esse in sua potestate, aut dolo malo fecit, quo minus esset. ait, *neque heredi eius cui seruus noxam nocuit, neque in heredem domini dari,* quod quidem ait ad discretionem ciuilis actionis, id est, noxalis actionis, quę & heredi & in heredē datur, *l. pen. §. vlt. hoc tit.* Illa autem actio praetoria heredi non datur, quia dominus mentitus est defuncto, non heredi, & mendacium fit in personam, non in rem: in heredem vero non datur, quia poenalis actio est, vt paulo infra haec verba significant, *huius edicti poena,* ea est mendacij poena. Est & alia differentia inter actionem ciuilem, id est, noxalem, & praetoriam, siue honorariam, quia noxalis actio in dominum datur perpetuo, quandiu serui noxae dedendi facultatem habet & copiam, *d. l. pen. §. vlt.* Praetoria autem actio in eum perpetuo non datur, vt ostendit in eod. §. *neque heredi.* Si enim dominus, posteaquam mentitus est, seruum non esse in sua potestate, aut posteaquam dolo malo fecit, quo minus esset in sua potestate, si fateatur mutato consilio, seruum esse in sua potestate, & paratus sit iudicio noxali absentem seruum defendere, huius edicti poena, id est, actione praetoria liberatur: actione praetoria non tenetur, sed noxali tantum, cui se offert subeundae, fatendo verum. Namque licet ei poenitere & mendacium suum emendare atque corrigere re integra, id est, ante litem contestatam, ex causa mendacij, ex causa praetoriae actionis, quod facile videtur excusato. Quid enim si iusto errore ductus mendacium dixerit? *l. de aetate §. pen. & vlt. de interrog. in iur. fac. l. is qui se obtulit, de rei vindic.* Cur non liceat ei re integra, nec dum laeso actore vlla in re, errorem suum, & mendacium corrigere? Post litem contestatem ei non licet, quin laedatur actor, qui iam in litem impensas fecit. Denique post litem contestatam ei non licet poenitere, nisi ex iusta causa: veluti si minor sit 25. annis, cui ignosci aequum sit, quocunque tempore data restitutione in integrum. Et in hoc §. minorem tantum aetatem excipit, sexum non excipit, minoribus succurritur, mulieribus autem non succurritur, ne facilius calumnientur spe restitutionis in integrum, *l. 110. §. vlt. de reg. iur.* Calumniantur autem mulieres, quae mentiuntur seruum non esse in sua potestate, ne actione noxali conueniantur. Excepto igitur minore 25. annis, cui ex causa subueniri potest, qui quaeve post litem contestatam ex actione praetoria huius edicti verum fatetur, puta seruum esse in sua potestate, venia dignus non est, quia (qua ratione Graeci vtuntur) non videtur conscientia bona id facere, sed metu iudicij poenalis, quod accepit: metu poenae & damnationis imminentis. Et hoc est quod habetur in §. *neque.*

Ad §. vlt.

IN §. vlt. docet quod & docuit lib. 6. in *l. 2. §. vlt. si ex nox. causa ag.* si seruus de quo noxalis actio erat, cum nemo eum defenderet, & dominus peregre abesset, iussu prætoris ductus sit, vt fit, ab eo, cui furtũ fecerat, noxamve nocuerat, seruum eius fieri, qui duxit, quod est certissimum, in dominium transire eius qui duxit, & consequenter dominij adquisitione perimi actionem noxalem, quia nemo secum agere potest. Actio locum non habet inter vnum, sed inter duos: sed neque cum seruo suo agere potest. Denique serui proprij nomine nulla est actio noxalis. At postquam ita ductus est seruus, & transiit in dominium actoris, cui furtum fecerat, aut damnũ dederat, atque adeo perempta est actio noxalis, domino reuerso causa cognita, restituitur defensio serui si bona fide abfuerit, ne ei noceat absentia sua, aut peregrinatio iusta ratione suscepta, nimirum seruo exhibito ad defensionem. & vicissim quoque actori, qui seruum duxit, restituitur actio noxalis, quæ perempta fuerat adquisitione dominij. Omnis restitutio in integrum debet esse reciproca, debet fieri ex vtraque parte, *l. quod si minor §. restitutio, de minorib. l. 1. & 2. C. si aduers. transact.* Idemque dicendum est, si præsente domino (dixi iam de absente) seruum noxium non defendente, seruus iussu prætoris ductus sit, & subsit causa magna domino, quamuis præsens fuerit ductionis tempore, restituendæ defensionis: vt puta, si propter inopiam antea implere defensionem non potuit, *l. 2. de cust. reor.* nam & hoc casu domino restituta defensione, & ei, qui duxit seruum, etiam restituitur noxalis actio. Rursus idem dicemus, si præsente domino, nec seruum defendente, absente autem, vel ignorante fructuario, qui in eo seruo vsumfructum habet, vel in creditore, cui is seruus pignoratus sit, seruus ductus sit iussu prætoris, & postea reuersus fructuarius, vel creditor, velit seruum defendere, eumque ad defendendum exhiberi postulet: est enim audiendus, ne ei dolus, culpa vel negligentia domini noceat, qui seruum duci passus est, & indefensum reliquit. non debet alterius dolus, vel desidia alteri nocere. Et hoc quoque casu ei, qui duxit seruum, restituenda est actio noxalis aduersus fructuarium, vel creditorem, *l. 27. l. 30. hoc tit.* Ac postremo idem dicemus in seruo communi duorum, quorum vnus absens fuit, alter præsens, si præsente non defendente seruum iussu prætoris seruus ductus sit: namque reuerso absenti domino restituenda est defensio serui, si hoc desideret, & vicissim ei, qui seruum duxit, actio noxalis: quæ est sententia §. vlt. Ex quo intelligitur omnem restitutionem in integrum fieri ex vtroque latere, & vicissim commeare.

Ad leg. 136. de reg. iur.

Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

POtro ad hanc quæstionem noxalis actionis etiam puto esse referendam *l. 136. de regulis iur.* quæ huic libro 18. fertur accepta. *bona fides*, inquit, *tantundem possidenti præstat quantum veritas, quoties lex impedimento non est.* Is cui seruus noxæ deditus est a non domino, qui eum possidebat, puta a bonæf. vel malæf. possessore, vt *l. bona fide, & l. non solum, sup. de noxal. act.* Is cui ab eo noxæ deditus est, non est quidem dominus, quia nemo potest plus iuris in alium transferre, quam ipse habet. Non est igitur dominus, sed est bonæ fidei possessor, eumque seruum vsucapere potest. Ideoque amissa possessione serui, etiam aduersus dominum, si serui possessionem nactus sit habet actionem in rem Publicianam. Cui si dominus opponat exceptionem iusti dominij, quæ causa cognita sæpe admittitur in actione Publiciana, *l. pen. de Publ. in rem actione*, ea exceptio iusti dominij emendabitur per replicationem doli mali, nisi dominus ei paratus sit præstare æstimationem litis, id est, æstimationem noxæ, *l. & generaliter, de nox. actio.* Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, id est, iustum dominium. Domino datur rei vindicatio, & bonæ fidei possessori quoque, nempe Publiciana, quæ est species rei vindicationis, in his scilicet rebus, quæ vsucapi & alienari possunt. In his autem rebus, quæ vsucapi, vel longo tempore adquiri, vel alienari non possunt, Publiciana locum non habet, vt in rebus furtiuis, quia lex 12. tabularum impedimento est, quæ vetat vsucapi res furtiuas, *l. siue autem, §. pen. l. cum sponsus §. si res, de Publ. in rem act.* Et ideo huic regulæ adiicitur hic modus, *quotiens lex impedimento non est*, quia neminem prætor tuetur contra leges, vt ait *d. §. si res.*

Ad legem 7. de aqua, & aq. plu.

Is cum quo aquæ pluuiæ arcendæ agitur, quod opus fecit, licet cedere loco paratus sit, cogetur accipere iudicium, quoniam & suo nomine conuenitur, vt opus tollat. §. 1. Aliud est in bonæ fidei emptore: hic enim tantum patientiam præstat. Igitur si & fundo cedat, audiendus est: Plus enim præstat.

ET hinc rapta occasione, puto Paulum iis applicuisse alia quædam, quæ sunt communia domino & bonæ fidei possessori, & non communia tantum, sed etiam discrepantia, in quibus scilicet distat dominus a bonæ fidei possessore. Vt quod ex hoc libro proponitur *l. 7. de aqua & aqua pl.* multum interesse docet, vtrum cum domino agatur aquæ pluuiæ arcendæ, quæ actio est ex 12. tab. de eo opere, quod in suo fundo habet, quo aqua pluuia vicino nocet, an cum bonæ fidei possessore. Nam hac actione omnimodo dominus tenetur, etiamsi fundo vel loco, in quo opus fecit, vicinus cedere paratus sit, omnimodo tenetur, videlicet, vt opus, quod fecit suis sumptibus, restituat, tollat. Bonæ fidei possessor, si fundo cedere paratus sit, & patiatur ab actore opus tolli, quod non ipse fecit, sed dominus, absoluitur. Bonæ fidei possessor patientiam tantum operis tollendi præstare debet, siue restituendi, & vtique hoc præstat. Imo & plus, qui, fundo etiam, in quo opus factum est, actori cedere paratus est. Igitur absoluendus est. Et hæc differentia inter dominum & bonæ fidei possessorem proponitur in *d. l. 7.*

Ad leg. 14. rerum amotarum.

Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipse fur sit.

AB hoc vero quasi diuerticulo Paulus mox redit ad quæstionem iurisiurandi, de qua hoc libro tractare potissimum instituerat, docens in *l. 14. rer. amot.* & in iudicio rerum amotarum rem decidi posse in iudicio delato iureiurando, videlicet si vir aut vxor, qui quæve agit in coniugem ob res, quas dicit eum amouisse diuortij causa, iusiurandum ei deferat, quo delato sane compellitur iurare, *nihil se diuortij causa amouisse*, aut soluere, quia referre hoc casu iusiurandum non potest, *l. 11. §. vlt. eod. tit.* vel iurare debet se eam rem non amouisse, de qua iusiurandum defertur: nam & de vna re tantum iusiurandum deferri potest, non de cæteris, *l. 7. de iureiur.* Quod loco ait verba huius edicti, *eius rei, de qua iusiurandum delatum est, sic esse accipienda, siue de tota re, siue de parte iuratum sit*, & similiter sane de omnibus rebus, quæ in iudicium sunt deductæ, siue de quibusdam. Potest enim actor de quibusdam rebus probare, eas coniugem amouisse: de quibusdam vero si in eis rebus omnes ei probationes deficiant, iusiurandum deferre. Quidni? Et hoc est, quod ait l. 12. posse actorem de quibusdam probare, de quibusdam iusiurandum deferre, quod & fit hodie. similiter scribit Paulus in *l. 5. de exception.*

Ad

Ad leg. 5. de exception.

Is qui dicit se iurasse, potest & aliis exceptionibus vti cum exceptione iurisiurandi, vel aliis solis: Pluribus enim defensionibus vti permittitur.

EVm, qui habet exceptionem iurisiurandi, posse etiam simul aliis exceptionibus vti, si & alias habeat, veluti pacti conuenti, vel rei iudicatæ, vel doli mali. Exceptio est defensio rei, *l. sufficit, de cond. indeb. l. 17. §. error, ad munici.* Et reus non prohibetur plures defensiones coniungere etiam diuersas: non prohibetur pluribus defensionibus vti, quamuis diuersæ sint, *l. plura, de oblig. & act. l. 8. h. t.* Plus tribuitur reo, quã actori: nam pluribus actionibus eiusdem rei nomine vti non licet maxime si diuersæ sint, *l. plura, de oblig. & action.* Vno tantum telo petendus est reus. Omnis sagitta, etiam multiplex, vtilis reo est, neque coarctandus est reus ad certum defensionis genus, si ei suppetant plures: actio est telum, exceptio clypeus. Potest etiam reus, si velit omittere exceptionem iurisiurandi, quam habet, & aliis exceptionibus vti. Quo tamen casu electis aliis exceptionibus omissa exceptione iurisiurandi, postea non potest reuerti ad exceptionem iurisiurandi semel omissam, *l. sed etsi suscep. de iudic.* & argum. legis 22. *in fi. de nox. act. & l. 11. C. de reb. cred.*

Ad leg. 20. depositi.

Si sine dolo malo rem depositam tibi amiseris, nec depositi teneris, nec cauere debes, si deprehenderis, eam reddi. Si tamen ad te iterum peruenerit, depositi teneris.

LEx 20. depositi, in Florentinis tribuitur huic libro. In aliis lib. 31. quod verius esse videtur, quia quod in ea proponitur nihil pertinet ad quæstionem iurisiurandi, ad quam omnes huius libri superiores leges respiciunt, aut facile reuocari possunt: qua ratione etiam aliarum duarum legum, quæ restant, inscriptio mihi suspecta est. Lex autem 20. *depositi* non est profecto cuiusuis hominis, nec tam facilis, quam esse videtur. Depositario sine dolo malo amittente rem apud se depositam, etiam si qua culpa eius argui possit, ait non teneri actione depositi, nimirum, quia dolus solus in depositum venit, non culpa, *l. 5. nunc videndum, commod.* Et multo ergo minus teneri depositi, si sine dolo & culpa sua rem apud se depositam amiserit, vt si seruus depositus, qui vinciri, qui diligentius custodiri non solebat, se in fugam dederit, fuga enim seruorum, qui custodiri non solent casui fortuito, non culpæ adnumeratur, *l. 21. de rei vindic. l. in rebus, commod. l. contractus, de reg. iur.* Adeo autem depositi non tenetur depositarius, qui sine dolo malo rem sibi depositam amisit, vt nec cauere debeat de reddenda ea re, si eam postea nactus fuerit, & multo minus de ea re postea persequenda: quia nullam actionem habet, qua eam rem persequatur: sed si ad eum res iterum peruenerit, tum depositi tenetur. Cur cauere non debeat eam reddi, si eam postea deprehenderit, si quæratur, ne dicas: quia cautionis præstatio est molesta & onerosa, bene merenti depositario non debet esse oneri beneficium, quod deponenti benefacit, rem eius seruandam suscipiendo. Ne hoc dicas: nam hoc genus cautionis rem reddi, vel restitui, si eam deprehenderit, nuda repromissio est, non cautio cum fideiussore, id est, satisdatio *l. si pecuniam §. item si quis, de cond. ob caus.* Cautio cum fideiussore est oneri & molestiæ ei, qui eam præstare debet, quia fideiussores inuentu difficiles sunt, *l. 6. si cui plusquam per leg. Facild. l. omnes §. preterea, C. de episc. & cler.* Nuda autem repromissio non est oneri. Verum dicas, hanc esse rationem non præstandæ cautionis, id est, repromissionis de restitutione rei depositæ, si ad depositarium iterum peruenerit, quia ea cautio superuacue præstaretur. non solent iniungi superuacuæ cautiones, neque debent. Ea, inquam, cautio a depositario superuacue præstaretur: cum si res iterum ad eum quacunque ex causa peruenerit, promptum & procliue sit in eum agere actione depositi, vt Paulus ait hoc loco. Et hoc sane est speciale & singulare, vt & multa alia in causa depositi, videlicet, vt etiamsi deposita re amissa, deinde recuperata, denuo eiusdem rei repetitum, aut redintegratum depositum non sit, ex pristina causa agatur, quasi per se tacito intellectu renouato deposito, quod finierat amissione depositi: nam ex cæteris causis, quam depositi, re semel amissa sine dolo & culpa rei ante litem contestatam, non potest denuo in eundem agi ex pristina causa, quæ iam finita & extincta est, quamuis eadem res ad eundem redierit. Ideoque cautione opus est de restitutione rei: exempli gratia, mandaui tibi vt mihi seruum emeres, emisti, deinde priusquam eum mihi restitueres & traderes, seruus fugit sine dolo & culpa tua? non teneris mihi mandati nisi in hoc tantum, vt caueas te mihi seruum restituturum, si quandoque in tuam potestatem peruenerit. cautionem hanc interponi necesse est: quia etsi seruum postea deprehenderis, ex pristina causa actio mandati non est, *l. si procuratorem §. vlt. mand.* Idemque dicendum est, si tibi decem dederit, vt Stichum emeres & manumitteres, qui contractus est do vt facias, cui nomen proprium non est. si Stichum emeris, nec dum manumiseris, & is fugerit sine dolo & culpa tua, cum iam amplius nollem eum manumitti, non teneris mihi condictione ob rem datam re non secuta, nisi in hoc tantum, vt caueas 10. restituiri, si seruus in tuam potestatem redierit. Cautione opus est, quia agi non potest ex pristina causa, quæ semel finita est serui potestate amissa sine dolo & culpa tua, *l. si pecunia §. item si quis, de cond. ob turp. caus.* Quod ergo ait in hac l. 20. ex pristina causa agi posse depositi, si depositarius rem amissam reciperauerit, speciale est in causa depositi. Et maxime obseruandum hoc loco, quasi coniuncta scriptura, ex eodem auctore duo proponi, quæ sunt specialia in deposito. vnum in *l. seq.* vt quamuis seruus ex cæteris contractibus non obligetur ciuiliter, nec possit conueniri post manumissionem, *l. 14. de obl. & act. l. tutorem qui tutelam, de admin. tut. l. si pure, de fideicommis. libertat. l. 1. & 2. C. an seruus ex suo facto*, vt tamen possit etiam post manumissionem depositi conueniri, si rem teneat, quæ apud eum cum seruitutem seruiret deposita fuit, & vt possit ipse conueniri solus, non etiam dominus eius, actione de peculio intra annum: nam hæc actio annalis de peculio in dominum ex edicto prætoris non datur, nisi quum in manumissum agi non potest ex ante gesto. Et hoc esse speciale in deposito satis aperte demonstrat lex 21. dum ait, *licet in cæteris causis seruus post manumissionem non teneatur.* Alterum quod in deposito speciale est, hæc lex 20. proponit, atque etiam vnum speciale coniungitur alteri fere vno contextu ex eodem auctore. Alterum quod proponitur in hac l. 20. hoc est, vt depositi teneatur, qui rem depositam sine dolo malo amisit, si eam postea aliqua ex causa, nihil refert qua ex causa, reciperauit, atque igitur interim cesset obligatio depositi potius, quam extincta sit, vt loquitur lex *qui res §. aream, de solut.* Quod tamen non est omittendum ita procedere, si rem depositarius amiserit ante litem contestatam, id est, antequam cum eo depositi ageretur: Nam si post litem contestatam eam amiserit, etiamsi sine dolo malo, proculdubio omne periculum ad eum pertinet, *l. 12. §. vlt. hoc tit.* Excepto duntaxat naturali interitu, naturali morte serui depositi, vel animalis, quum ea res erat interitura, etiamsi statim restituta fuisset actori, *l. 14. § vlt. hoc tit.* Et hac in re iuuat considerare, quam distet actio depositi ab actione in rem ex *l. 21. §. 1. de rei vindicat.* Si post litem contestatam iudicio in rem, seruus, de quo actum est cum bonæ fidei possessore, aufugerit sine dolo, aut culpa possessoris, bonæ fidei possessor non tenetur actori, nisi ad hoc solum, vt caueat de eo homine restituendo, si eum forte deprehenderit: Nec enim præstat omne periculum propter bonam fidem. At depositarius post litem contestatam omne periculum præstat propter malam

fidem, quia iudicij accipiendi tempore non reddidit, quod reddere potuit. Quod si bonæ fidei possessor ante litem contestatam rem amisisset sine dolo aut culpa sua, proculdubio non esset in eum actio in rem, quia actio in rem ex præsenti possessione est, *l. non alias* §. *vlt. de iud.* Et illam rem non possidet, neque dolo desiit possidere. Cæterum in eum esse poterit actio in rem ex noua possessione, sicut & actio noxalis, *l.* 23. *de noxal. act. l. si rem, & l. seq. de excep. rei iud.* Quod exemplo actionis in rem locum habet etiam in actione ad exhibendum, quæ propter actionem in rem inducta est, vt ait lex 1. *ad exhib.* Quia scilicet non nisi si post litem contestatam is, cum quo actum est ad exhib. sine dolo & culpa exhibendæ, & restituendæ rei facultatem habere desierit, ad hoc tenetur, vt caueat, se eam rem exhibiturum, si rursus in suam potestatem venerit, non etiam, si ante litem contestatam eam rem amiserit, quam scilicet possidebat bona fide. Cæterum ex noua causa, id est, si postea res ad eum redierit, agi cum eo potest ad exhibendum. Et ita est accipienda lex *Celsus* §. *vlt. ad exhib.* Et breuiter inter actionem in rem & actionem depositi est differentia, re amissa post litem contestatam: re autem amissa ante litem contestatam, idem iuris est in actione depositi, & actione in rem, & actione noxali, & actione ad exhibendum: quia scilicet statim, vt res amissa est, agi non potest: postea ex noua possessione, nouave rei restituendæ facultate agi potest.

Ad legem 76. de verb. oblig.

Si stipulatus fuerim illud, aut illud quod ego voluero: hæc electio personalis est: & ideo seruo, vel filio talis electio cohæret. In heredes tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore. 1. §. *Cum stipulamur, quidquid te dare facere oportet: id quod præsenti die duntaxat debetur, in stipulationem deducitur, non vt in iudiciis, etiam futurum: & ideo in stipulatione adiicitur verbum* oportebit: *vel ita,* præsens in diemve. *Hoc ideo fit, quia qui stipulatur,* quidquid te dare oportet, *demonstrat eam pecuniam, quæ iam debetur. Quod si totam demonstrare vult: dicit,* oportebitue: ita, præsens, in diemve.

INitio huius legis proponitur, si stipuler, *illud, aut illud: dari, vtrum ego voluero*, reseruata mihi electione, electionem mihi heredive meo esse petendi, vtrum maluero, vel vtrum heres meus maluerit. Quod etiam aperte est proditum in *l. si sit legatum* §. *vlt. de leg.* 1. Sed si cum essem filiusfam. aut seruus idem stipuler, puta, *illud, aut illud, dari,* vtrum ego voluero, aut quod ego voluero, electio mihi soli permittitur, non etiam patri, vel domino meo, quia personæ meæ cohæret, quatenus facti est, non iuris. Quæ iuris sunt, ad patrem, vel dominum transeunt. Quæ facti me viuo, non item, *l. quod dicitur patrem, l. vlt. inf. hoc tit.* Et transit tamen, vt ante dictum est, electio, quæ facti est, ad heredem, sed non directo (quod notandum) sed per consequentiam, quia obligatio in heredem transit. Et illa obligatio siue stipulatio, *illud aut illud*, quod ego voluero, est pura: vt recte Albericus notat, cuius scil. dies statim cedit, sed moram recipit ex destinatione vel optione stipulatoris, aut heredis eius. Hæc sententia est verissima, quam etiã confirmabo fortiter ex *l. illud, de opt. leg.* vt satisfaciam ingeniosis quibusdam, qui dicũt obligationẽ quidem hanc, *illud aut illud, quod ego voluero,* in heredẽ transire, cæterum electionem non transire, & quæ aliud plane demonstrant verba cauillantur huius *l. & leg. si sic legatum* §. *vlt.* Quod tamen genus calumniæ non admittet vnquam lex, *illud aut illud, de opt. leg.* in qua proponitur testator Titio legasse *illud aut illud, quod legatarius elegerit*, & post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris, legatarium vita decessisse, nulla re electa: & ait legatum ad heredem transmitti: ergo & electionem necessario, quam nullam legatarius defunctus fecit ante, & transmitti in heredem, quia non est legatum optionis, quod olim sane non transmittebatur in heredem: si legatum esset hoc modo, *optato vnum ex seruis meis quem voluerit*, sed duæ res certæ legatæ sunt sub alternatione. Ex quo intelligitur, & obligationem & electionem transire in heredem, nec posse etiam vnum transire absque altero. Qui dicunt obligationem transire, electionem non transire, diuidunt quæ sunt indiuidua: & contra verba legum comminiscuntur obligationem ita demum transire in heredem si viuus stipulator qualem qualem electionem fecerit. Sequitur in hac l. 76. differentia vna inter formulas stipulationum conuentionalium & formulas actionum siue iudiciorum, quæ a prætore dantur. In formulis actionum: *Quod te mihi dare facere oportet,* hæc verba trahuntur etiam ad futurum tempus, id est, ad id quod iam debetur iudicij accipiendi tempore, quodve post debebitur ante rem iudicatam, vel actionis iure, vel officio iudicis. Et vt iudicia, ita etiam stipulationes prætoriæ, quia actionum instar obtinent, veluti stipulatio legatorum, vel damni infecti, eandem interpretationem, vel ampliationem recipiunt, *l.* 1. §. *bellissime, vt legat. nom. cau.* In formulis autem stipulationum conuentionalium hæc verba: *quod te mihi dare facere oportet*, strictius accipiuntur, ita vt, si quis velit, non tantum præsens, sed & futurum tempus complecti, ita debeat stipulari, *quidquid te mihi dare facere oportet, oportebitue.* Nam verbum, *oportet*, si solum appositum sit, non porrigitur ad futurum tempus, sed ad suum tempus tantum, & suo solo tempore coercetur & continetur. vel etiam ita debet stipulari, *præsens, in diemve*, vt *l.* 89. *&* 125. *inf. hoc tit.* vel ita, *oportet, oportebitve præsens in diemve*, vt in stipulatione Aquiliana, *l. & vno, de accept.* Et ratio differentiæ inter has stipulationes & actiones siue iudicia, hæc est, quia iudicium habet tractum temporis antequam peractum sit, nec enim peragitur momento: & merito totus ille tractus comprehenditur in formula iudiciorum. Stipulatio momento perficitur. Id ergo momentum solum in ea inspicitur, nempe, quod iam eo momento stipulatori debetur, non quod postea eidem debitum iri certum est vel incertum, nisi quoque id nominatim expressum sit.

Ad leg. 29. de fideiussoribus.

Si sub impossibili conditione stipulatus sim, fideiussor adhiberi non potest.

IN hac l. hoc tantum ostenditur, stipulationi factæ sub conditione impossibili, frustra fideiussorem adhiberi, quia scilicet ex ea stipulatione ne naturalis quidem obligatio nascitur: natura enim ei repugnat. si vel naturalis tantum obligatio ex ea nasceretur, recte fideiussor ei adhiberetur: at neque ciuilis, neque naturalis ex ea nascitur. Hic est finis libri 18.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XIX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 2. 4. 6. & 10. de Public. in rem actione.

Vel mortis causa donationes factæ: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

MAgna pars legum, quæ huic libro in Pandectis Florentinis adscribuntur, sunt de actione Public. in rem. Quæ tamen leges omnes in aliis exemplaribus lib. 21. adscriptæ leguntur, quod rectius esse videtur. Nam totus liber 21. est de

de actionibus in rem tam vtilibus, quam directis, quibus singulæ res petuntur. Liber scilicet 20. est de actionibus in rem, quas de vniuersitate proposuit prætor: & liber 21. de action. in rem, quibus singulæ res vindicantur. Liber autem decimus nonus est de quibusdã action. noxalibus, veluti serui corrupti, & de deiectis, & de effusis, quarũ de genere iam ante libro superiore 18. Paulus dicere instituerat: sed tamen sequamur Pandectas Florentinas, & prius expediamus omnes leges, quæ sunt de actione Publiciana. Quid est actio Publiciana? Rei vindicatio vtilis, quæ amissa possessione, tanquam domino datur ei, qui rem alienam nactus ex iusta causa adquirendi dominij ab eo, qui eius rei dominus non erat, eam rem bona fide possedit, nec dum vsucepit aduersus nouum possessorem extraneum, & quandoque etiam causa cognita aduersus verum dominum, sic appellata, vt est in *Instit.* a Publicio auctore eius actionis, a Quinto Publicio scilicet qui prætor fuit cum M. Iunio, vt est in *Cluentiana M. Tullij.* Dixi esse vtilem rei vindicationem ex *l. nec vtilem, ex quibus caus. maior.* Et quia iure prætorio Publiciana actio introducta est ad instar, & exemplum directæ, & ciuilis actionis siue vindicationis, quæ competit ei, qui vsucepit, quive alio iusto & legitimo modo dominium adquisiuit, *l. in honorariis, de obl. & action.* Et vt eleganter ait, lex 7. §. *Publiciana de Public. in rem act.* Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. Publiciana autem actio, vt dixi, est vtilis actio in rem. Omnis autem actio vtilis respicit ad exemplum & instar cuiusdam alterius actionis, & Publiciana actio respicit ad instar proprietatis, id est, ad instar actionis in rem ciuilis, qua de proprietate, id est, de dominio agitur: non ad instar possessionis, id est, non ad instar actionis in rem, quæ nudam possessionem auocat, non proprietatem, quo ex genere est actio in rem prætoria, quæ hypothecaria dicitur, vel vtilis Seruiana, *l. si cum vendit. de euictionib. l. si quis seruum, de noxal. act.* Igitur actio Publiciana habet instar actionis in rem ciuilis & directæ, per quam introducitur lis dominij, & proprietatis, vt ait *l. euictis de vsur.* Nam in actione Publiciana etiam de proprietate, & dominio agitur, non autem habet instar actionis in rem prætoriæ, quæ hypothecaria dicitur, & nudam possessionem auocat. Denique actio Publiciana continet non nudæ possessionis, sed proprietatis causam. Et is igitur, qui agit Publiciana, non persequitur possessionem nudam, sed proprietatem, quandoquidem prætor eum tuetur vice domini, ad quem bona fide a non domino res transiit ex iusta causa adquirendi dominij. Et valde placet, quod ab Harmenopulo 2. ἐπιτομῆς, non longe a fine titul. 1. additur in *d.* §. *Publiciana*, verbum, *nudæ*, hoc sensu, Publiciana, μιμεῖσθαι, siue instar habere proprietatis, καὶ οὐ ψιλῆς νομῆς, *& non possessionis nudæ.* nam reuocat quidem actio Publiciana possessionem, vt non male ab Harmenopulo eodem definiatur paucis, esse actio, qua bonæ fidei possessor nondum vsucapione dominus effectus amissam possessionem reuocat: sed non reuocat possessionem solam, possessionem nudam, quandoquidem in eo iudicio, non tantum iubet arbiter possessionem actori restitui, sed etiam pronuntiat, *rem actoris propriam esse videri*, nempe, quia prætor, qui eam actionem dat, fingit eum, qui nondum est dominus, esse dominum: eum, qui nondum vsucepit, vsucepisse, id est, vsucapionem impleuisse. Et pro formula quoque datæ actionis, actor dicit, se eam rem vsucepisse, §. *namque si cui, Instit. de actionibus.* Denique Publiciana actio, fictitia est actio. Et sicut actio, quæ datur bonorum possessori, vel in bonorum possessorem, in qua heres esse fingitur, dicitur esse fictitia actio ab Vlpiano *lib. sing. regul. tit. de bon poss.* Ita recte dicimus actionem Publicianam, quam bonæ fidei possessori, qui rem a non domino accepit ex iusta causa adquirendi dominij, amissa possessione, prætor accommodat, in qua rei, qua de agitur, fingitur esse dominus, licet eam nondum vsuceperit, recte, inquam, dicemus eam actionem esse fictitiam. Et vt Theop. scribit in *d.* §. *namque si cui*, actorem πλάττειν, id est, fingere se vsucepisse, quod nondum vsucepit. Atque ita per hanc actionem rem suam esse petere, nec de possessione tantum certare, quæ migrauit ad alium, sed etiam de proprietate, instar directæ & ciuilis actionis in rem. Iusta autem causa (id est, iustus titulus adquirendi dominij) qua exigimus, vt res peruenerit ad eum, qui agit Publiciana, est veluti traditio facta ex iusta causa, non traditio nuda, *l. nunquam, de adq. rer. dom.* Item iusta est causa adquirendi dominij & citra traditionem legatum, vt ait, *l. 1. in fi. hoc tit.* Nam ex legati causa ipso iure dominium adquiritur sine traditione, maxime si legatum fuerit relictum per vindicationem. Et hodie ex constitut. Iustiniani, quoquo modo fuerit relictum legatum, dominium rei legatæ adquiritur ipso iure, sine facto, sine traditione, sine præstatione heredis, a quo legatum testator reliquit, *l. quotiens, §. vlt. de pecul. l. 3. §. si rem, de leg. 3.* Et ideo si res aliena legata fuerit, & legatarius eam forte nanciscatur sine facto heredis, amissa possessione ante impletam vsucapionem, quia non adquisiuit dominium rei legatæ, & necessaria igitur ei est vsucapio, vt dominus fiat: Amissa, inquam, possessione ante impletam vsucapionem hæc actio ei competit ex legato. Ex hoc Pauli libro additur in *l. 2. hoc tit.* donatio causa mortis, quia scilicet, & hoc genere dominium adquiritur ipso iure sine traditione, etiamsi donator rem nondum tradiderit. Et est profecto in hanc rem lex 2. valde singularis, *quia*, inquit, *donationes causa mortis ad exemplum legatorum capiuntur*, id est, *adquiruntur.* Et quod satis constat, in omnibus fere aliis causis, donationes causa mortis exemplum legatorum sequuntur. Et ad has quoque causas adquirendi dominij dicimus actionem Publicianam pertinere. Prætor quidem in edicto fecit tantum mentionem traditionis factæ a non domino ex causa emptionis, quæ vna est species adquirendi dominij, si fiat a domino ex iuxta causa. hoc indicat aperte lex 3. *& 7. §. prætor, & lex 8. hoc tit.* Verumtamen non ex hac tantum causa, id est, ex causa emptionis venditionis per traditionem dominium adquiritur, sed ex pluribus aliis causis, vt si res tradatur ex causa dotis, vel causa iudicati, vel ex causa donationis, vel ex causa permutationis, vel ex causa solutionis, *l. 3. & 4.* quæ est ex eo lib. Pauli, *& l. 7. §. sed & si quis, & §. sed etsi permutatio, h. t.* Et ad has omnes causas pertinet actio Publiciana, si ex his causis traditio facta sit, non quidem a domino, sed a non domino, nec dum ab eo, qui rem accepit, res vsucapta sit, quoniam si vsucapta sit, superuacua est Publiciana actio: cum suppetat ciuilis & directa vindicatio, dominio adquisito iure ciuili per vsucapionem. Solutio, de qua proprie Paulus agit in *l.* 4. est iusta causa adquirendi dominij. Dominium enim rei traditę solutionis causa adquiritur creditori, si dominus eam tradiderit: si non dominus, creditori bona fide accipienti præbetur occasio eam rem vsucapiendi, & amissa possess. hæc actio ei accommodatur. Denique iustus possessor & petitor est, qui ex solutionis causa rem bona fide accepit. Sed, vt dixi, & citra traditionem plerisque aliis modis a dominio dominium ipso iure ad alium transferri potest, & transire, & consequenter a non domino occasio vsucapiendi alij præberi, puta legato, aut donatione causa mortis, adde & hereditate, aut hereditatis aditione, *l. si ager, sup. tit. prox.* Et ex iure veteri, mancipatione & cessione in iure: quæ dominij adquirendi rationes traditionem corporalem non desiderabant. Itemque restitutione fideicommissi, quæ non corpore, sed nudo verbo fiebat. Restitutio quæcunque recte fit nudo verbo, nuda oratione. Itemque si seruus ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu prætoris ductus sit, vbi nullius traditio interuenit, & tamen ei qui duxit seruum iussu prætoris, dominium ipso iure adquiritur, si domino seruum abduxerit, vel si non domino, eum vsucapere, & nondum impleta vsucapione, si eius possessionem amiserit, eum actione Publiciana persequi poterit, *l. 2. in fine, si ex nox. causa agat. l. electio §. vlt.* adhibitis duabus sequentibus, *de noxal. act.* Quod & ex hoc libro Pauli proponitur in *l. 6. hoc tit.* Et similiter ex eodem de restitutione fideicommissi,

quod dixi ante in *l.* 12. §. 1. *hoc tit.* Itaque ad omnes istas causas citra traditionem adquirendi dominij hoc edictum porrigitur, & generaliter, vt ait *l.* 13. *in prin. hoc tit.* quæcunque sunt iustæ causæ adquirendarum rerum, si ex eis causis nacti res, bona fide scilicet, nec dum domini effecti amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hæc actio. Denique hoc edictum pertinet ad traditionem, quacunque ex iusta causa factam a non domino, & ad omnem aliam speciem legitimam citra traditionem adquirendi dominij, quod summe notandum. Et ad hæc notandum, amissa possessione mihi actionem Publicianam dari, non tantum, si quid ego emero a non domino bona fide, & traditum accepero, nec dum vsucepero, sed etsi seruus meus, *l.* 7. §. *si ego non emero, hoc tit.* Quod & in seruo municipij, in seruo ciuitatis obtinere ostendit *l.* 9. §. *vlt. hoc tit.* & confirmat lex *tigni* §. *item municipes, ad exhib.* & *l.* 1. §. *vlt. de adquir. possess.* nempe vt municipes per seruum publicum possideant, & vsucapiant, & habeant actionem Public. si seruo eorum res a non domino vendita & tradita sit bona fide accipienti, & nondum vsucapta: & nihil interest, vt in *l.* 10. *hoc tit.* subiicitur ex eod. lib. Pauli, *Peculiari nomine, suo nomine*, idem est, an nomine eius, cui seruiebat seruus rē emerit & acceperit: quia quodcūque seruus quocumque nomine bona fide possidet, & dominus æque possidere intelligitur. Ergo & vsucapere, & amissa possessione, de eius rei quasi proprietate agere hac actione Publiciana. Retro quoque, quod serui non possunt possidere, nec dominus per eos possidere potest. Item ex diuerso, quod domini possidere, & vsucapere suo nomine non possunt, nec per seruum quidem possunt, *l.* 3. *de vsurp. & vsuc.* Qua tamen in re separanda est causa peculiaris a non peculiari: nam ex re peculiari, ex causa peculiari, quæ est in peculio, veluti in patrimonio serui, seruus eius qui captus est ab hostibus, necdum rediit postliminio, possidere & vsucapere potest. Hoc enim receptū iure singulari, & reuersus dominus per eum possedisse intelligitur, & vsucepisse, eique reuerso, si nondū sit a seruo impleta vsucapio, amissa possessione Publiciana competit, *d. l.* 8. *l. si is qui, pro empt. l. iusto* §. *vlt. de vsucap.* Ex causa autem non peculiari, neque seruus, neque per seruum dominus, qui est apud hostes possidere, & vsucapere potest, *l.* 11. *eod. tit.* quæ est etiam ex hoc libro Pauli. Et ita omnino est accommodanda ad actionem Public. vt neque seruus, neque per seruum dominus, qui est apud hostes, vllam rem possidere & vsucapere possit. Et consequenter, vt dominus reuersus postliminio, si alius eius rei possessionem apprehenderit, quam seruus, post captiuitatem domini, extra causam peculiarem emerat, & acceperat, non possit eam persequi actione Publ. quia nunquam intelligitur eam possedisse. Recte autem addit Accursius in *d. l.* 10. *siue peculiari nomine seruus emerit, siue non.* Recte ait, *dummodo nomine municipum, id est, dominorum,* quia de seruo municipum loquitur, in quo tamen idem seruatur, quod in seruo priuatorum, quatenus & hodie municipia loco priuatorum habentur, *l. eum qui, de verbor. signif.* Recte, inquam, Accursius, *dummodo nomine dominorum*, quia si seruus, neque suo nomine, id est, peculiari nomine, neque domini nomine rem emerit & acceperit, sed nomine alieno, puta Titij, possessio Titio adquiritur, non domino. Ac proinde dominus eam rem actione Public. persequi non potest. Actio Publ. non datur nisi ei, qui eam rem quandoque possederit, quique vsucapere eam potuit, & vero cœpit, sed perficere vsucapionem non potuit.

Ad legem 12. de Public. in rem act.

Cum sponsus sponsæ seruum donasset, eumque in dotem accepisset ante vsucapionem: rescriptum est a Diuo Pio, diuortio facto restituendum esse seruum: nam valuisse donationem inter sponsum & sponsam. Dabitur ergo & possidenti exceptio: & amissa possessione, Publiciana: siue extraneus, siue donator possideat. §. 1. *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, vti potest Publiciana.* §. 2. *In vectigalib. & in aliis prædiis, quæ vsucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.* §. 3. *Idem est & si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.* §. 4. *Si res talis sit, vt eam lex, aut constitutio alienari prohibeat: eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem prætor tuetur, ne contra leges faciat.* §. 5. *Publiciana actione etiam de infante seruo nondum anniculo vti possumus.* §. 6. *Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione vti potest.* §. 7. *Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.*

QVi ex causa donationis bona fide accepit rem a non domino, nec dum vsucepit, amissa possessione habet actionem Publicianam, non tantum aduersus extraneum possessorem, sed etiam aduersus donatorem ipsum, si ad eum casu quodam eius rei possessio redierit. Hoc ostenditur initio h. legis 12. & in *l.* 7. §. *sed & si quis, hoc tit.* Et ita procedit, si donatio vtilis & legitima fuerit. Nam donatio inutilis, vel illicita, non est iusta causa adquirendi dominij. Vnde si maritus rem alienam, quam possideat, vxori donauit, quæ donatio non valet, si ob id pauperior maritus effectus sit, vt puta, si rem, quam emerat a non domino, donauerit, quia pretium ei abest, & quatenus emit, eatenus pauperior factus videtur, ea re vxori donata, quamuis res aliena fuerit. Et ideo donatio non valet, quod pronum est colligere ex *l. sed & si constante, de donat. inter vir. & vxor.* & *l. si vir vxori, pro don.* Ideo amissa possessione eius rei ante vsucapionem, vxori non dabitur actio Publ. quod etiam hæc lex innuit, quum loquitur de donatione facta inter sponsos, quasi aliud sit in donatione facta inter maritos, hæc enim est inutilis, illa vtilis. Et hæc est species, quæ proponitur initio huius legis. Sponsus seruum alienum, quem forte bona fide possidebat, sponsæ donauit bona fide accipienti: donatio valet, & iusta est causa adquirendi dominij, iusta causa alienationis. Mox vero eundem seruum sponsa sponso dedit in dotem, antequam eum vsucepisset, atque adeo, antequam eius serui dominium adquisiuisset, seruum, inquam, alienum sibi a sponso donatum, sponsa ante vsucapionem redegit in dotem, & conuertit, quod sæpe fieri ait *l. generalem* §. *hoc obseruari, C. de secund. nupt.* vt scil. mulieres, quæ sibi sponsi in sponsalibus, ante nuptias contractas donauerint, post marito dent in dotem, quod iure fit. In hac autem specie Paulus ait, secutis nuptiis, ac deinde diuortio facto, ex rescripto diui Pij, mulierem eum seruum repetere posse, quasi dotalem actione de dote, scilicet, vt ait, *l.* 1. *C. de donat. ante nup.* Certe si seruum alienum, quem mulier nacta fuerat iusta ex causa ab alio, quam a marito, marito dederit in dotem, sciens vel ignorans esse alienum, nihil refert, diuortio facto eum repetere potest, quasi rem suam, quasi rem vxoriam, quasi rem dotalem actione de dote, *l. si alienam*, *sol. matrim.* Sed etsi eum a marito bona fide acceperit ante nuptias ex donationis causa, vt hic proponitur, & mox ei dederit in dotem, diuortio facto eum repetere potest actione de dote ex supradicto rescripto, etiamsi ante vsucapionem eum dederit in dotem, quia iusta est causa ad adquirendum dominium causa donationis factæ inter sponsum & sponsam: & ideo quasi rem suam eum hominem soluto matrimonio repetere potest actione de dote, in qua fingit, eum hominem fuisse suum: actione de dote, inquam, non vt Accursius, actione Publiciana: quia actio Publiciana datur ei, qui casu aliquo sine facto suo possessionem amisit, non ei qui facto suo possessionem amisit, non ei, cuius facto possessio in alium translata est, vt si ego tibi rem, quam possidebam, tradidero, certe non agam Publ. aduersus te. Et ita, si mulier seruum, quem ei sponsus donauerat, eidem dederit in dotem, soluto matrimonio, eum non petit actione Publiciana, sed repetit actione de dote. Et ex his infert Paulus hoc loco, si post donationem a se factam maritus eiusdem hominis possessionem nactus sit sine facto mulieris, antequam

quam vsucapionem mulier impleſſe, tunc eum hominem, mulierem conſtante vel ſoluto matrimonio petere poſſe actione Publiciana inſtituta aduerſus maritum, eundemque donatorem, vt initio dixi. Idemque erit, ſi poſſeſſio eius hominis, quem ſponſus ſponſæ donauerat ad extraneum peruenerit ſine facto mulieris. Nam in extraneum mulieri competit actio Publiciana, quia eum hominem nacta eſt ex iuſta cauſa alienationis, id eſt, quia valet donatio facta inter ſponſos: vel ſi eius hominis poſſeſſionem mulier non amiſerit, ſi adhuc mulier eum hominem poſſideat, alio agente, quam vero domino; ſiue marito, ſiue extraneo, & eum hominem vindicante, poteſt ſe mulier tueri exceptione donati hominis, vel exceptione doli mali, vel in factum, quia in pari cauſa melior eſt conditio poſſeſſoris. Quod & ex hoc lib. Pauli eſt relatum in *l.* 128. *de regul. iur. in pari cauſa potiorem eſſe poſſeſſorem*: a poſſeſſore exceptione excludi actorem, cuius ius amplius non eſt ſiue pinguius: cuius cauſa omnino par eſt. Idque poteſt omnino accommodari ad hanc ſpeciem, & illum locum, quo ait, *mulieri dari poſſidenti exceptionem*, quia ſcilicet in pari cauſa potior eſt poſſeſſor: puta cum non agit dominus: nam dominus potior eſſet poſſeſſore, ſed quum extraneus agit, qui non plus iuris habet quam poſſeſſor, in pari cauſa, iudicatur pro poſſeſſore. Itaque regula illa commode poteſt accommodari ad hunc locum, & ad *l.* 9. *§. ſi duob. hoc tit.* Quod additur in *d. l.* 128. *de regul. iur. eos, qui in vniuerſum ius ſuccedunt heredis loco haberi*, accommodandum eſt ad id, quod ſequitur in §. 1. huius legis, fideicommiſſarium, cui ex Senatuſconſul. Trebell. reſtituta eſt hereditas, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem, (vt quia verbo reſtituta ſit hereditas, non re ipſa, herede dicente in iure, vel in iudicio, *reſtituo tibi hereditatem*,) eum, inquam, vti poſſe Publiciana aduerſus poſſeſſorem ex perſona defuncti, quaſi heredem ſcilicet, quia & actio hæc heredi competit, *l.* 7. *§. hæc actio, hoc tit.* Et fideicommiſſarius Trebellianus, qui in vniuerſum ius ſuccedit, loco heredis habetur, *l. poſtulante §. vlt. l. ſeruo inuito, ad Trebell.* Ponendum tamen eſt in §. 1. huius legis, hanc actionem defuncto competiiſſe, defunctum ſcilicet amiſiſſe poſſeſſionem, & a defuncto hanc actionem tranſire, non tantum ad heredem, ſed & ad fideicommiſſarium Trebellianum, quia heredis loco eſt. Et interea nota, reſtitutionem fideicommiſſi verbo tenus recte fieri, nec neceſſe eſſe, vt fiat reipſa, vt *l. reſtituta, l. poſtulante §. ſed & in huiuſmodi, l. facta, in prin. ad Trebell. l. tutores §. heres, de admin. tut.* Imo vero & reſtitutio omnis cuiuſcunque rei poteſt fieri verbo ſolo. Quidni? Sed non ſemper ſufficit eam verbo fieri, quamuis poſſit verbo fieri: quoniam & ſæpe rem tradi oportet, id eſt, non reſtitui tantum, quod & verbo fit, ſed & tradi, vt in *l.* 8. *& vlt. mand.*

Ad §. in vectigalib.

SEquitur in *§. in vectigalibus*, etiam in prædiis vectigalibus quæ vſucapi non poſſunt, Publicianam actionem locum habere, ſi quis ea ſibi tradita ex iuſta cauſa adquirendi dominij bona fide acceperit, & poſtea eorum poſſeſſionem amiſerit ſine facto ſuo. Vectigalia prædia, ſunt prædia ciuitatis data in ἐμφύτευσιν, *in inſitionem*, quod vel ſequens titulus demonſtrat, qui ita concipitur, *ſi ager vectigalis, id eſt, emphyteuticarius petatur.* Prædia igitur vectigalia ſunt, quæ ciuitates dant poſſidenda, & fruenda priuatis in perpetuum, vel in longum tempus, vt ea meliora faciant diligentia ſua, atque cultura, inſitionibus, implantationibus, & alio quocunque genere culturæ, conſtituto certo vectigali annuo, qui & canon dicitur, quod ciuitatibus dependatur. Hæc prædia vſucapi non poſſunt, quia prædia ſunt ciuitatum, ſed data in ἐμφύτευσιν, quæ datio non mutat dominium, quia prædia ſunt ciuitatum, ideo vſucapi non poſſunt, *l.* 9. *de vſurp. & vſuc.* Et tamen ad ea pertinet actio Publiciana. Sunt & alia prædia, vt ait, quæ vſucapi non poſſunt, ad quæ etiam pertinet actio Publiciana, prædia ſcilicet ſtipendiaria & tributaria, quæ ſunt in prouinciis. hæc non poſſunt vſucapi, vel alio quocunque legitimo modo, vel nexu & mancipio adquiri ex iure Quiritium. Prouincialibus, inquam, legitimo iure nullo prædia quæ poſſident, quæ omnia ſunt in prouinciis vel ſtipendiaria, vel tributaria, nullo inquam legitimo modo eis adquiri poſſunt. Ergo nec vſucapi, quia prædia ſtipendiaria ſunt populi Rom. tributaria autem ſunt principis. Quod optime Theop. tradit in *§. per traditionem, de rerum diuiſ.* Aggenus Vrbicus 2. de limitibus agrorum: *prouinciales prædiorum ſuorum poſſeſſores ſunt, ſub onere præſtandi ſtipendij populo Romano, vel ſub onere præſtandi tributi Imperatori. domini autem ſuorum prædiorum non ſunt, nec fieri poſſunt.* Sola Italia hoc priuilegium habuit ante Iuſtinianum, vt in ea qui poſſiderent prædia, ea libera & optimo iure poſſiderent, & vt eorum domini eſſent ex iure Quiritium. Hoc eſt certiſſimum. Eiuſdem vero generis prædia ſuperficiaria ſunt, quia & hæc vt ſuperficiaria vſucapi non poſſunt, quandoquidem qui ea poſſident vt ſuperficiaria, non ignorant dominium ſuperficij ad illum pertinere, cuius eſt ſolum, quoniam & naturæ, & iuris ciuilis regula eſt, ſuperficiem ſolo cedere, cui impoſita eſt, quo nomine etiam ſuperficiarij dependunt domino vectigal, quod dicitur ſolarium quod pro ſolo pendatur, cui impoſita eſt ſuperficies, *l. etiam, qui potior. in pign. hab.* Atque ita ſuperficies ſiue ius ſuperficij eſt velut ſeruitus quædam inædificatum habendi in alieno fundo, ſeu ſolo, *l. ſi tibi §. vlt. de leg.* 1. Seruitutes autem non poſſunt vſucapi, *l.* 4. *§. vlt. de vſurp. & vſucap.* & tamen ad ſuperficiaria prædia actio Public. pertinet, vt Paulus ait hoc loco, & ad omnes quoque ſeruitutes prædiorum, *l.* 11. *§.* 1. *hoc tit.* Hæc vero eſt ſentent. §. 1. Cui mirum in modum obſtare videtur edictum illud prætoris, quo actio Public. proponitur, & nominatim datur de ea re, quæ nondum vſucapta eſt, vſucapi tamen potuit, non de ea re, quæ vſucapi non potuit. Et in ea actione fingitur res nondum vſucapta, quod ſtulte fingeretur, ſi non poſſet vſucapi, neque fictio iuris debet abhorrere a natura, ita ſcilicet vt quæ res non potuit vſucapi, fingatur vſucapta. Et aperte quoque proditur in *l.* 9. *§. hæc actio, hoc tit.* in his rebus quæ vſucapi non poſſunt, Publicianam locum non habere. Quid dicemus? Nihil eſt, quod tam facile expediri poſſit. Dicemus Publicianam actionem habere locum in iis, quæ vſucapi quidem non poſſunt, ſed longo tamen tempore, puta 10. annis inter præſentes, & 20. inter abſentes adquiri poſſunt. Vſucapio anno comprehenditur in rebus mobilibus, & biennio in rebus immobilibus ſecundum ius, quod ſemper obtinuit ante transformatam vſucapionem, ante transformationem vſucapionis, vt ipſe Iuſtinian. loquitur, vſucapio non comprehendebatur longo tempore, ſed anno tantum, vel ad ſummum biennio. Et res quidem, quæ vſucapi non poſſunt, longo tamen tempore adquiri poſſunt, vt prædia vectigalia, *l. ſi finita §. ſi de vectig. de dam. infec.* & cætera prædia, quæ ante retuli, ſtipendiaria & tributaria, & ſuperficiaria: itemque ſeruitutes prædiorum, licet non poſſint vſucapi, adquiri tamen poſſunt longo tempore. Idque ſufficit, vt de iis actio Publ. competat, ſi longo tempore adquiri poſſunt. Præſcriptio longi temporis finitima eſt vſucapioni. Idcirco, & ad eam quoque hoc edictum porrigitur, licet de vſucapione tantum loquatur. Ad eas vero res, quæ neque vſucapi, neque longo tempore adquiri poſſunt, quales ſunt res, quæ exprimuntur diſerte in *l.* 9. *§. hæc actio, h. t.* nempe res furtiuæ & ſerui fugitiui, id eſt, qui ſui furtum feciſſe intelliguntur, neque vſucapi, neque longo tempore adquiri poſſunt, *l.* 1. *C. de ſeruis fugit.* Ad eas, inquam, res actio Publ. non pertinet. Et hanc rerum diſtinctionem confirmat, quod ſequitur in hac lege in *§. ſi res.*

Ad §. ſi res.

SI modo in eo vti oportet, vtque exigit *l.* 28. *de verb. ſignif.* alienationis verbo comprehendatur etiam vſuca-

pio & præscriptio longi temporis: *si res*, inquit, *talis sit, vt eam lex, aut constitutio alienari prohibeat, &c.* Quæso, cur his casibus neminem prætor tuetur? nempe quia defuit iusta causa alienationis, quæ omnino exigitur, vt actioni Publ. locus sit. Igitur (hoc enim exemplis demonstrandum est) si maritus fundum dotalem alienauerit, cuius alienatio prohibetur l. Iulia. & consequenter etiam vsucapio & præscriptio longi temporis, *l. si fundum, de fun. dot.* vel si quis post contractum crimen perduellionis fundum suum alienauerit, quæ alienatio prohibetur constitutione Seueri, *l. ex iudiciorum, de accus.* adde vel etiam, si is, cui prætor interdixit bonis, eique vetuit alienare, ea alienauerit, *l. 11. de vsurp.* quia tantum potest prohibitio prætoris, quantum legis, vel constitutionis. Iis, inquam, casibus non habet locum actio Publ. quia & vsucapio & longi temporis præscriptio prohibita intelligitur, & omnino deficit iusta causa adquirendi dominij. *Iis casibus*, inquit, vt sup. in *l. 11. §. 4. ex omnibus casibus Publicianam habebo*, id est, ex omnibus causis iustis, vt est expressum in edicto, non iniustis, aut iure prohibitis. Ad hæc subiungit Paulus, etiam de infante seruo, necdum anniculo Publician. actionem competere in §. pen. Nondum anniculo, id est, nondum vsucapto. Nam vsucapio rerum mobilium annua erat. Et est profecto euidentissimum istud vestigium iuris antiqui, ex constitutione Iustiniani res mobiles vsucapiuntur triennio. ex iure, quod ante Iustinianum semper obtinuit, anno. Et ita respiciens ad hoc ius ait, & de infante nondum anniculo, id est, nondum vsucapto Publicianam actionem competere. De vsucapto competere directam & ciuilem, quum maior est anniculo. Causam autem dubitandi hoc loco manare ex edicto ipso necesse est, quod videtur fecisse mentionem hominis traditi bonæ fidei emptori, necdum vsucapti. Vnde existebat dubitatio eadem, quæ incidit in legem *Corneliam de sicar. l. pen. C. ad leg. Corn. de sicar.* an hominis appellatione contineretur infans? Et contineri ait etiam nondum vsucaptum. Et postremo notat Paulus in hac lege, etiam partem rei Publiciana act. peti posse, vt de ciuili actione dictum est in *l. quæ de tota, sup. de rei vind.* Et in summa, quæ in rei vind. dicta sunt titulo superiore, recte ait lex 7. §. *in Publ. hoc tit.* omnia eadem esse seruanda in actione Publiciana. Item ait Paulus, Publicianam dari etiam ei, qui vel momento tantum possedit, non ei, qui nunquam possedit: datur ei, qui vel momento possedit, quod Græcis est ἐν στιγμῇ, vel ἐν ἀκαρεῖ, *qui puncto, vel puncticulo rem possedit* ipse vel is, cui in vniuersum ius succedit. Et inde momenti actio in libris nostris, quæ est de restit. possessionis, quia vel ei datur, qui vel momento possedit, vel quia momento, sine vlla cunctatione possessio actori restituenda est. Ita quoties dicitur, heredem teneri in id quod ad eum peruenit, satis est, si vel momento peruenerit, *l. videamus, quod met. cau. l. cum prætor, de reg. iur.*

Ad leg. 18. de pignor.

Si ab eo, qui Publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Seruianam prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

DE actione Publiciana ex hoc lib. est etiam lex 18. *de pignor.* quæ hoc tantum vult, prætorem non tantum tueri eum, qui ex iusta causa bona fide rem accepit, necdum vsucepit amissa possessione, data ei actione Publiciana, sed etiam creditorem eius, cui is eam rem pignori dedit, vt scilicet creditor amissam possessionem persequatur vtili Seruiana, id est, hypothecaria, quia & in hoc iudicio prætor fingit debitorem vsucepisse. Alioquin iure summo non consistit pignus eius rei, quæ non fuit in dominio debitoris, sed fingitur fuisse, & bona fides debitoris iustaque causa, ex qua rem nactus est, creditori eius prodest ad persequendam rem iure pignoris, quasi fuerit vsucapta a debitore, quæ tamen non fuit vsucapta. Eadem fictio tuetur debitorem & creditorem.

Ad leg. 4. de his qui deiecerunt, vel effuder.

Perceptione, non litis contestatione præstatur i partem damni societatis iudicio, vel vtili actione ei qui soluit.

HÆ leges omnes sunt de actione in factum proposita edicto de eiectis & effusis. Hæc actio datur in duplum quanti damnum datum est, aduersus eum, cuius ex cœnaculo siue habitatione quid deiectum, vel effusum est supra eum locum, qua vulgo iter fit, vel in quo consistitur, ita vt alteri damnum dederit, feceritve, tametsi habitator ipse non deiecerit, vel effuderit, sed hospes, vel quis alius, quem in cœnaculum suum receperat, quia aliquatenus culpæ reus est, qui tales receperit. Et omnino, vt ait Paulus noster in *l. 6. §. pen. hoc tit.* habitator suam suorumque culpam præstare debet, vel si seruus eius inscien te eo deiecerit, aut effuderit, & alij nocuerit, in eum ex hoc edicto serui nomine competit actio noxalis. Vnde quæritur, si plures in eodem cœnaculo non hospitentur, sed plane inhabitent, vel iure conductionis, vel iure commodati, vel iure dominij, vel superficiei, & ex eo cœnaculo deiectum aliquid, vel effusum sit, quod iter facienti nocuerit, nec sciatur quis eorum deiecerit, vel effuderit, quia si hoc certo sciatur, ipse solus tenetur, si nesciatur, quæritur, an singuli habitatores eiusdem membri ædium, eiusdem cœnaculi, hac actione teneantur? *Et lex 1. §. vlt. coniuncta, l. 2. & 3. hoc tit.* ostendit, singulos in solidum teneri. Sed si cum vno actum fuerit, cæteros liberari, electionem dari ei, cui damnum datum est, vt cum quo volet hoc edicto experiatur, cæterum electo vno alios liberari. Quod ita accipiendum esse Paulus ait in *l. 4. hoc tit.* non si simpliciter actum cum vno fuerit, sed si peractum, secuta illius condemnatione, & secuta præstatione dupli. Neque enim nuda electione vnius cæteri statim liberantur: sed exactione demum & perceptione ab vno facta. Et ideo si nihil aut minus ab eo seruatum est, quem elegit actor, ei in reliquos in id, quod deest, competit actio ex hoc edicto, vt & in specie legis 7. *§. vlt. & l. seq. quod fals. tut. & l. si cum exceptione §. vlt. & l. seq. quod met. caus.* Nec obstat, quod actio legis Aquil. quæ etiam est de damno dato, in singulos datur in solidum qui damnum dederunt, ita vt nec vnius solutio releuet alios, *l. item Mela §. sed etsi plures, & §. si plures, ad leg. Aquil.* quod & ibi, & in *l. ita vulneratus §. rursus, hoc tit.* veterum prudentium auctoritate confirmatur. Cur idem non dicimus in specie damni dati, de qua agitur in hoc tit. in actione huius edicti? cur idem non dicimus quod in actione legis Aquiliæ? Vtraque actio est mixta, id est, & rem & pœnã persequitur vtraque, & in duplo, in quod hæc actio datur, inest simplũ, id est, res duplatur, scilicet id quod damni datum est. Ergo mixta est actio. Denique & actio legis Aquiliæ, & actio huius edicti mixta est actio. Imo hæc grauior est, quam illa, quatenus in hac id, quod damni datum est, duplatur, siue reus confiteatur, siue inficietur, in illa non aliter, quam si reus neget, *l. 1. §. hæc actio in factum, hoc tit.* Sed hoc interest, & ita est respondendum ad illam obiectionem, quod in hac actione, de vnius hominis admisso quæratur, quum vnus tantum effudit, vel deiecit, & de vnius hominis admisso sæpius quæri non est æquum, *l. pen. §. vlt. naut. caup. stabul.* Imo præda est, ob vnius factum bis idem exigere ab eodem, vel ab alio, atque alio, *l. 25. de admin. tut. l. si rem §. vlt. de nouat.* Et ideo in specie huius edicti, perceptione facta ab vno ex habitatoribus, cæteri, qui in eodem cœnaculo habitabant, aut membro, vnde quid deiectum vel effusum est, liberantur. In actione autem legis Aquiliæ quæritur de facto plurium in *d. l. item Mela*, vt si plures seruum percusserint, vulnerauerint, si plures trabem deiecerint, quæ vix ab vno deiici potest, & hominem oppresserit; & ideo in solidum singuli tenentur, adeo vt non sufficiat vnum eorum pœnam luere, quia omnes deliquerunt. Et hæc est ratio differentiæ. Cæterum si ex hoc edicto cum vno

vno ex habitatoribus actum sit, illo soluente cæteri liberantur quidem ab actore, quia ab eo conueniri non possunt: at non liberantur ab eo, qui soluit, quia, vt Paulus ait in hac lege 4. præstare ei debent pro rata partem damni, τὸ ἀνάλογον αὐτοῖς, vt est in Basilicis, actione pro socio, si socij fuerunt, vel si non fuerunt socij, actione vtili, vt ait, id est, in factum, vt in *l.10.tit.seq.* quoniam is eos ab actore liberauit, & actione in factum generali, quæ dicitur sæpe admitti ex multis & variis, & innumeris iuris articulis, *l.sancimus, C. de sacrosanct. eccles.* Et ita in *l.5.§.cum autem. hoc tit.* dicitur habitatori, qui hac actione conuentus duplum præstitit, dari actionem in factum, generalem scilicet, non ex hoc edicto in eum, qui deiecit vel effudit, cuius factum ipse præstitit. Et recte ibi Accursius, in factum generalem, inquit. Ad hæc sciendum est in alia parte huius B edicti dari actionem in factum decem aureorum aduersus eum, qui supra eum locum, qua vulgo iter fit, vel in quo consistitur, aliquid in aliqua parte ædiũ, quas inhabitat, vel in quibus quid positum habet, vel suspensum, cuius casus alij nocere possit, tametsi nondum ceciderit, nondum nocuerit. Quæ actio est popularis, & in dominum serui noxalis, si seruus posuerit, aut suspenderit, positum, suspensumve habuerit, nesciente domino, *l.5.§. prætor ait ne quis, & seq. hoc tit.* Non possum mihi temperare, quin ostendam in §. *si id quod*, traiecta esse verba eius, & ita reponenda, *si id, quod positum erat, deciderit, & nocuerit, in eum competit actio qui habitauerit, non in eum qui posuit, quasi hæc actio non sufficiat*, &c. Et species hæc est: vnus inhabitabat ædes, ex quibus quid suspensum est, aut C in quibus quid positum est, quod transeunti forte nocere possit, vnus, inquam, eas ædes inhabitat, alter cum non inhabitaret eas ædes, id posuit siue suspendit, idque decidit & nocuit transeunti: in quem dabitur actio? in eum, qui inhabitat, an in eum, qui posuit? Et ait, in eum dandam esse actionem, qui inhabitat, ex priori parte edicti, quia quod decidit, pro deiecto habetur, vt *l.1.§.quod cum, hoc tit.* In eum autem, qui posuit, non esse actionem ex posteriori parte huius edicti, ex qua is tantum tenetur, qui positum habet, non qui posuit. Denique, qui posuit, non videtur positum habere, nisi sit dominus ædium vel inhabitator, id est, inquilinus siue conductor ædium, in quibus quidam alius quid posuit, quod alteri nocuerit. Sane tenetur ex posteriori parte, vt ante hunc §. dixi coërceri eum, qui positum habuit, siue nocuerit id, quod positum erat, siue non nocuerit. At qui non inhabitat ædes, D si modo eas conduxerit: finge conduxisse non habitandi causa, sed, vt ibi aliquid expositum haberet, vt ibi merces suas asseruaret, finge horreum conduxisse, non habitationem, siue id, quod ibi positum suspensumve est, nocuerit, siue non nocuerit, tenetur ex posteriori parte huius edicti, §. *ait prætor*, illo loco, *siue inhabitent domini, vel inquilini, siue non, habent tamen aliquid expositum iis locis.* Vnde recte, in hoc §. *si id quod, inhabitatorem*, Basilica exponunt οἰκήτωρ, id est, inquilinum, conductorem ædium, vt sæpe in titulo *locati*, dicitur habitator, id est, inquilinus, etiam si non habitet, sed conduxerit non habitandi causa, sed vt conducto vtatur in alium vsum, quam habitandi causa. Et E ita est explicandus ille §. *si id quod.*

Ad l. 6. eod.

Hoc edictum non tantum ad ciuitates & vicos, sed & ad vias, per quas vulgo iter fuit, pertinet. §. 1. Labeo ait, locum habere hoc edictum, si interdiu deiectum, sit, non nocte. sed quibusdam locis, & nocte iter fit. §. 2. Habitator suam, suorumque culpam præstare debet. §. 3. Si de naue deiectum sit, dabitur actio vtilis in eum, qui naui præpositus sit.

PRæterea notandum est ex eodem Paulo, in *l. 6. h. tit.* hoc edictum, id est, omnes partes huius edicti, non tantum ad ciuitates & vicos pertinere, sed etiam ad vias quascunque, quibus vulgo iter fit, quibus populus commeare solet, videlicet, si quid in eas vias forte ex villa, aut prætorio deiectum, vel effusum sit, quod iter facienti nocuerit, vel si supra eas vias quid positum, vel suspensum sit, quod iter facienti nocere possit. *Vicos* vocat non suburbia, vt Glossa ait: non villas, quæ sunt singularia ædificia, sed quos idiotismus noster vocat *Bourgs*, vt in *l.si heres missus 73.§. vlt. de leg.* 1. non tantum ciuitates, sed & vicos legata capere posse. Et *l.qui ex vico, ad municip.* eum, qui ex vico quodam ortus est, eam ciuitatem patriam habere videri, cui ille vicus respondet, vbi glossa exemplum ponit in Virgilio, qui Mantuanus dicitur, etsi ortus fuerit ex vico, Mantuæ respondente tamen, nempe Plectonæ, vt ait, cuius vici nulla extat memoria. Et verius Donatus ex vico Andes, qui Mantuæ respondet. Vnde Andinus vates a Silio Italico, id est, Virgilius. Sequitur in hac lege 6. ex Labeone, locum esse priori parti huius edicti, si quid interdiu deiectum sit, vel effusum, quod alij nocuerit, non si noctu. Quod maxime notandum est. quod scilicet noctu in ciuitatibus aut vicis homines commeare non solebant, hoc erat proprium, non honestorum hominum, sed furum, & expilatorum, vt ait *l.1. in pr. de furt.* Vnde noctem furibus amicam Homerus dixit, κλέπτῃ δέ τε νυκτὸς ἀμείνω, 3. Iliad. Inimicam esse noctem pastoribus, amicam furibus. Vnde *nocturni*, pro furibus, qui auertunt pallia, apud Petronium in Satyrico. Verum ad Labeonem Paulus addit, & quibusdam locis iter noctu fieri, puta extra ciuitatem, aut vicos, viis publicis, aut priuatis, quibus vulgo iter fit. Et consequenter in his, si quid noctu deiectum sit, id ad hoc edictum pertinere. Et postremo ait in hac lege 6. si de naui deiectum sit, vel effusum in aliam forte nauem, vel in locum littori proximum, quo nauis appulsa est, vnde damni quid alij datum factumve sit, ex hoc edicto dari non directam, sed vtilem actionem in eum, qui naui præpositus fuerat, dari vtilem non directam, quia edictum de ædibus siue habitatione loquitur, vnde quid deiectum, vel effusum est, quo ex genere non est nauis.

Ad legem 2. 4. 6. & 8. de seruo corrupto.

L. 2. Vel luxuriosum, vel contumacem fecit: quive vt stuprum pateretur, persuadet.

L. 4. Sed commodius est, vtili lege Aquilia eum teneri.

L. 6. Præteritæ enim vtilitatis æstimatio in hoc iudicium versatur.

L. 8. Sed & heres eius, cuius seruus corruptus est, habet hanc actionem non solum si manserit in hereditate seruus: sed & si exierit, forte legatus.

HÆc actio, quæ dicitur serui corrupti, vel recepti, datur in duplum, quanti ea res est aduersus eum, qui seruum alienum seruamve alienam dolo malo recepit abscondendi causa, quive quid ei dolo malo persuasit, vt animum eius, & mores corrumperet, ac proinde eum viliorem & deteriorem faceret, puta, qui bonæ frugis seruum perpulit ad fugiendum a domino, vel ad furtum faciendum, vel ad peculium intricandum, qui monuit & præmonstrauit rationem delinquendi, vel etiam, qui malum seruum deteriorem fecit, vel qui seruum comparantem se ad furtum faciendum collaudauit. Nam vt eleganter ait *l. 1. h. t.* non oportet laudando alterius augere malitiam; vel, vt ex Paulo additur in hac *l. 2.* qui seruum luxuriosum fecit, id est, helluonem, ganeonem, damnosum, Basilica recte ἄσωτον, vel qui contumacem fecit, id est, qui & persuasit, vt dominum contemneret, *l. 15. inf. h. t.* Contumax enim dicitur a contemnendo, vt Velius Longus ait, & confirmat *l. contumacia §. 1. de re iud.* Addit Paulus in hac *l. 2.* qui & persuasit, vt stuprum pateretur. persuasione animus corrumpitur: stupro corpus ipsum. Non debuit autem, neque hoc loco, neque in *l. 1. §. remouet, de postul.* Tribonianus, si Romanorum famæ consulere voluit, huiusce flagitij relinquere memoriam. Quod si quid horum alius seruus, alieno seruo suaserit dolo malo in-

ſciente domino, in dominum eſt hæc actio, quæ eſt noxalis *l.* 5. §. *ſi ſeruus, & l.* 14. §. *item ſi ſeruus, hoc tit.* Cæterum ſi quid quis alieno ſeruo ſuaſerit, quo non animum, ſed corpus tantum eius deterius faceret, vt in exemplo legis 3. ſi ei perſuaſerit, vt in tectum aut arborem prææltam aſcenderet, vel in puteum, aut in cloacam deſcenderet, vel vt in *l. pen. de act. emp.* quæ ſunt eius legis verba, vt per κατάδρομα deſcenderet vel decurreret, id eſt, per funem extentum a ſummo theatri ad imum, qua re nihil eſt periculoſius, & ille id fecerit, & crus ſibi fregerit, vel omnino perierit, hoc caſu melius & commodius eſt in eum, qui id perſuaſit, agere vtili actione legis Aquiliæ, quam ſerui corrupti ex hoc edicto, quia non animus, ſed corpus deterius factum eſt, corpus læſum, animus illæſus manſit, mores manſere incorrupti. Et ita ex eodem libro Pauli proponitur in *l.* 4. *eod tit.* Vbi *vtili lege Aquilia*, ponitur, pro vtili actione legis Aquiliæ. Vtili, inquam, nam directa non datur niſi in eum, qui corpore ſuo damnum dedit corpori ſeruili. hic corpore ſuo damnum ſeruo non dedit, ſed fallaci oratione, fallaci perſuaſione. Actio legis Aquiliæ eſt de corpore vitiato & corrupto, & non de dolo tantum, ſed & de culpa etiam leuiſſima. Actio ſerui corrupti eſt de animo vitiato, deprauatiſque moribus, & dolum tantum coërcet, non culpam. Ac præterea actio legis Aquiliæ datur in duplum aduerſus inficiantem tantum: actio ſerui corrupti datur in duplum, etiam aduerſus confitentem, *l.* 5. §. *hæc actio, h. t.* Vtraque actio mixta eſt, ſed diuerſa ratione. Actio legis Aquiliæ mixta eſt, quia in ea ex primo quidem capite verſatur æſtimatio retroacti anni, ſi quo tempore ſcilicet ſeruus, cui nocitum eſt, pluris fuerit intra eum annum: Vel ex 3. capite legis Aquiliæ verſatur æſtimatio retroacti menſis, ſiue retroactorum 30. dierum proximorum, ſi quo die intra eum menſem is ſeruus fuerit pluris, vel quæ res alia, quæ rupta, vſta, vel fracta ſit, quæ repetitio temporis pœnæ loco ſuccedit in actione legis Aquiliæ. In actione autem ſerui corrupti duplatur id, quod damni datum eſt, *l.* 14. §. *in hac actione, h. t.* id eſt, id in quo depretiatus, vt & noſtri auctores loquuntur, ſiue vilior factus eſt ſeruus, æſtimatione ſcilicet relata ad præteritum tempus, quo primum ſeruus dolo corruptus eſt, vt eius pretium duplum actori præſtetur, non ad præſens tempus, quo minoris eſt ſeruus, id eſt, non ad tempus, quo agitur hac actione. Et hoc eſt, quod Paulus ait in *l.* 6. *h. t.* præteritæ vtilitatis æſtimationem in hoc iudicio verſari. Vtilitas & id quod intereſt, ſemper idem eſt in iure; Hoc, inquam, eſt æſtimari, quanti interfuerit actoris in præteritum, quum ſeruus corruptus eſt non quanti nunc ſit, qui vtique vilioris eſt, ſed quanti fuerit, antequam corrumperetur, non etiam vt in *l. Aquilia*, retroacto anno vel menſe: alioqui duplex eſſet huius actionis pœna, vna ex duplo, altera ex repetitione temporis, quod eſſe non debet: vnius delicti non poſſunt eſſe duæ pœnæ, ἐν πρὸς ἕν, inquit Ariſtoteles, vnius delicti vna pœna. Et hac ratione in *l.* 8. idem Paulus oſtendit, heredem eius, vel quemcunque alium ſucceſſorem eius, cuius ſeruus corruptus eſt, habere hanc actionem, non tantum ſi ſeruus manſerit in hereditate, ſed etſi exierit hereditate, vt ſi legatus fuerit, legati enim genere dominium eius ſerui mutatur, *l.* 1. *in fi. de Pub. in rem act.* Et hæc actio igitur competit non nouo domino, puta legatario, ſed veteri, aut heredi eius, quia in hac actione æſtimatio eius quod intereſt refertur ad præteritum tempus: atque ideo ei non competit, cuius nunc intereſt, ſed ei cuius interfuit olim, vel heredi eius. Et ſimili ratione ſeruo (quod notandum) alieno vulnerato, viuo domino, eodemque teſtatore, heredi actio l. Aquiliæ competit, non legatario, *l. ob id quod*, in illo loco, *nam iſto modo, ad l. Aquiliam*, quia licet actio legis Aquil. ſoli domino detur, quod eſt certiſſimum, & heres tempore damni dati eius ſerui dominus non fuerit, tamen fingitur fuiſſe, nimirum quia fingitur eadem fuiſſe perſona cum defuncto. Et ideo actio legis Aquiliæ, quæ cœpit a teſtatore, ad heredem commeat, non ad legatarium, quia & in actione legis Aquiliæ æſtimatio refertur ad tempus præteritum, id eſt, ad tempus damni dati: alioqui ſi referretur ad præſens tempus, releuaretur reus, qui damnum dedit iniuria. Seruo quoque vulnerato, non viuo teſtatore, vt poſui ante, ſed poſt mortem teſtatoris ante aditam hereditatem, heredi poſtea facto aditione, actio l. Aquiliæ competit, ſed hoc caſu cedenda eſt legatario hæc actio, ſi agnouerit legatum, *l. huic ſcripturæ*, §. 1. *ad leg. Aquil.* quia agnitio legati retrotrahitur ad tempus mortis teſtatoris, vt aditio hereditatis, *l. heres quandoque, de adq. hered. l. ſi ex re* §. *vlt. de ſtip. ſeru.* Contra, ſeruo occiſo ſimiliter poſt mortem teſtatoris ante aditionem, quia extinctum eſt legatum morte ſerui, quæ contigit ſine culpa heredis, ſoli heredi competit actio l. Aquiliæ, *d. l. huic ſcripturæ.* At ſeruo vulnerato, vel occiſo poſt aditam hereditatem, qui eſt alius caſus, legatario actio competit, ſi non poſt mortem ſerui agnouit legatum, vt ait *l. liber, in fi. eod. tit.* id eſt, ſi viuo ſeruo agnouit legatum: nam ſi non agnouit, vel repudiauit, ſoli heredi competit actio legis Aquiliæ, *d. l. liber, in fi. l. nam ſicut, eod. tit.* Recte autem in hac l. 8. Accurſ. ait, *aliud ſeruari in actione furti.* Quomodo? nempe hoc modo, quia ſi poſt mortem teſtatoris & aditam hereditatem legata res ſit adhuc penes furem, quæ eſt ſubrepta viuo teſtatore, legatario ſoli competit actio furti, non heredi, *l. ſi dominium, l. ſi is, qui rem* §. *1. de furt.* Cur ita? Quia in actione furti contra, quam fiat in actione ſerui corrupti, vel legis Aquiliæ, in actione, inquam, furti, æſtimatio refertur non tantum ad tempus præteritum, quo ſcilicet furtum factum eſt, ſed etiam ad præſens tempus, quo ſcilicet furti agitur, & maxime, ſi hodie res furtiua pluris ſit, quia aſſidua contrectatione ſiue continuatione furti, etiam hodie furtum eius rei fieri intelligitur, *l. in furti actione, l. inficiando* §. *infans, de furt.*

Ad legem 10. eodem.

In hoc iudicium etiam rerum æſtimatio venit, quas ſecum ſeruus abſtulit: quia omne damnum duplatur. neque intererit, ad eum perlatæ fuerint res, an ad alium: ſiue etiam conſumpta ſunt: etenim iuſtius eſt, eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum quæri, ad quem res perlata ſunt.

Additur ex eodem Paulo in l. 10. in hanc actionem ſerui corrupti, vel recepti, vel cælati, non tantum æſtimari, quantum ſeruus ob id, quod corruptus eſt, vilior effectus ſit, ſed etiam, quanti ſint res, quas ſecum abſtulit, idque totum duplari etiam ſi res illæ non ſint perlatæ ad eum, qui ſeruum corrupit, ſed ad alium, vel ſi ab ipſo ſeruo conſumptæ ſint: quia corruptor, ſollicitator, impulſor, princeps eſt delicti, & æquius eſt, earum rerum nomine eum teneri, qui princeps eſt delicti, qui origo malorum, quam eum quæri, ad quem res perlatæ ſunt, qui nihil deliquerit. Quod & Neratium ſenſiſſe, l. 11. oſtendit, *in principio.* Concurrit etiam in hac ſpecie, cum actione ſerui corrupti, earum rerum nomine, quas ſeruus abſtulit, actio hæc, cuius hæc eſt formula, ope conſilio tuo furtum factum eſſe aio: de qua ſæpe in iure, *l. ſi ſeruus ſeruum, ad leg. Aquil.* & in *l. ſæpe, de verb. ſignif.* Et apud Ciceronem *de finib. bon. & mal.* Concurrit, inquam, cum actione ſerui corrupti earum rerum nomine, quas furatus eſt, ope, conſilio tuo furtum factum eſſe aio. quæ eſt ſpecies actionis furti etiam in duplum, *l. is qui, de furt. l. vlt. C. de nox. action.* Idque duplum totum pœna eſt, id eſt, non eſt mixta ea actio, ſed meram pœnam perſequitur extra rem furto ſubtractam, quæ propria actione petitur, id eſt, condictione furtiua. Concurrunt igitur tres actiones in hac ſpecie, ſerui corrupti, & furti, quod ope & conſilio tuo factum eſſe aio, & condictio furtiua, nec altera alteram conſumit, aut minuit, quia non eadem res in omnibus verſatur, non idem omnibus intenditur. Sed condictione furtiua rem perſequimur: Actione furti quod

quod ope, consilio tuo furtum factum sit, persequimur meram pœnam dupli. Et hoc amplius actione serui corrupti persequimur duplum quanti interest, *l. 11. §. vlt. h. t.* nempe quia diuersa sunt maleficia furis, qui scil. furem consilio adiuuit: & corruptoris, sollicitatorisve, & vtrumque maleficium vindicari iustum est. Et vt ex Paulo additur in *l. 12. h. t.* etiam rebus furtiuis redditis, condictione furtiua scilicet, reus obligatus manet duplici nomine, in pœnæ causam, quasi fur scilicet, & quasi consiliator, siue sollicitator. Inuenio etiam ex eodem libro Pauli in *l. 26. de iniur.* nonnunquam concurrere actionem serui corrupti cum actione iniuriarum, nec altera alteram minui, vt puta si quis seruum meum, aut filium ludibrio habuerit, licet consentientem, eo animo, vt mihi faceret iniuriam, vt si eum duxerit in popinam, si cum eo alea luserit. recte coniunxit aleæ popinam: namque in ea alea plerunque ludi solet. Martialis.

Arcana modo raptus e popina
Ædilem rogat vdus aleator.

Ex hoc autem facto ille, qui seruum, aut filium meum ludibrio habuerit, vt mihi faceret iniuriam: nam illi non facit iniuriam, si consensit, mihi tenetur duabus actionibus, iniuriarum, & serui corrupti. Hæc pertinet ad damnum, illa ad iniuriam mihi illatam. Sed hoc ita procedit, si ille animum habuerit mihi faciendi iniuriam, iniuria ex affectu fit, *l. qui seruum, de oblig. & act.* Nam si animus abfuerit mihi faciendæ iniuriæ, vt si ignorauerit me dominum, aut patrem eius quem ludibrio habebat, mihi tamen competit actio serui corrupti. Et hoc est, quod Paulus ait in *d. l. 26. Sed hoc, vtcumque tunc locum habere potest, quotiens ille, qui suadet animum faciendæ iniuriæ habet*, quæ verba Græci interpretantur, vel potius, ita legunt: *sed hoc non vtcumque, sed tunc locum habere potest, quotiens ille, qui suadet animum iniuriæ faciendæ habet*, quod perspicuum est. Et rectius *vtcumque*, pro quandocunque, quocunque tempore, vel quocunque loco, vt in *l. quum proponebatur, de leg. 2. Vtcumque*, id est, quandocunque & vbicunque. Et apud Horatium & Plautum sæpissime. Imo & apud Terentium, *sed nostrum est*, inquit, *vtcumque & vbicunque opus sit obsequi.* Et nihil est præterea. Restat ex hoc edicto l. 14.

Ad l. 14. de seruo corrupto.

Vt tantum veniat in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem.

1. §. *De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia serui corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset: & pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate & fama domus integra manente: sed vtilis competit, officio iudicis æstimanda: quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

2. §. *Si seruus communis, meus & tuus, proprium meum seruum corruperit: Sabinus, non posse agi cum socio, perinde atque si proprius meus seruus corrupisset conseruum. Item, si seruus communis extraneum corruperit: videndum est, vtrum cum duobus agi debeat, an & cum singulis exemplo cæterarum noxarum: & magis est, vt vnusquisque in solidum teneatur: altero autem soluente, alterum liberari.*

3. §. *Si is, in quo vsumfructum habeo, seruum meum corruperit, erit mihi actio cum domino proprietatis.*

4. §. *Pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem.*

5. §. *In hac actione non extra rem duplum est: id enim, quod damni datum est, duplatur.*

6. §. *His consequenter & illud probatur: vt, si seruo meo persuaseris, vt Titio furtum faciat: non solum in id teneris, quo deterior seruus effectus est, sed & in id quod Titio præstaturus sim.*

7. §. *Item non solum, si mihi damnum dederit consilio tuo, sed etiam si extraneo; eo quoque nomine mihi teneris, quod ego lege Aquilia obnoxius sim, aut si ex conducto teneor alicui, quod ei seruum locaui, & propter te deterior factus sit: teneberis & hoc nomine, & si qua talia sint.*

8. §. *Æstimatio autem habetur in hac actione, quanti seruus vilior factus sit, quod officio iudicis expedietur.*

9. §. *Interdum tamen & inutilis fit, vt non expediat talem seruum habere. Vtrum ergo & pretium cogitur dare sollicitator, & seruum dominus lucrifaciat? an vero cogi debet dominus restituere seruum, & pretium serui accipere? & verius est, electionem domino dari: siue seruum detinere cupit, & damnum, quanti deterior seruus factus est, in duplum accipere: vel seruo restituto, si copiam huius rei habeat, pretium consequi. Quod si non habeat, pretium quidem simili modo accipere debet: cedere autem sollicitatori periculo eius, de dominio serui actionibus. quod tamen de restitutione hominis dicitur, tunc locum habet, cum de homine viuo agitur. Quid autem si manumisso eo agatur? non facile apud iudicem audietur, dicendo, ideo se manumisisse, quoniam habere noluerat domi: vt & pretium habeat, & libertum.*

Repetendum est ex l. 13. quæ præcedit, non eum tantum hac actione teneri, qui seruum corrupit viuo domino, sed & qui mortuo ante aditam hereditatem, id est, qui seruum hereditarium corrupit. Hic enim semper in iure dicitur *seruus hereditarius*, qui relictus est in hereditate, quam nondum quisquam adiit, qui hereditatis iacentis, necdum aditæ portio est, seruus sine domino, nisi quatenus hereditas ipsa, quæ iacet & vacat, fingitur esse domina, *l. 1. §. 1. de rer. diuis. l. liber homo §. pen. ad leg. Aquil. l. denique §. quæsitum, quod vi aut clam.* Et ita proculdubio etiam seruus hereditarius accipiendus est in regula illa veteri, per seruum hereditarium heredi hereditatem adquiri non posse *l. 1. §. veteres, de adquir. poss.* Repetendum etiam est hoc ex l. sup. proxima, eundem, qui seruum hereditarium corrupit, cum ex hoc de icto debitor sit hereditatis, quia serui corrupti obnoxius est, quasi possessorem iuris hereditarij iniustum, id est, quasi prædonem, qui quod debet hereditati, possidet pro possessore, id est, tenet sine iusta causa, neque id persoluit hereditati, ab herede conueniri posse petitione hereditatis, vt *l. sed vtrum, de petit. hered.* Vel igitur ab herede postea facto per aditionem conueniri posse actione serui corrupti, vel petitione hereditatis. Sicut & is, qui seruum hereditarium occidit, aut vulnerauit, heredi postea facto aditione tenetur actione l. Aquiliæ, *l. liber §. pen. l. huic scripturæ, ad l. Aquil.* vel petitione hereditatis, *l. si a domino §. si possessor, de pet. heredit.* Sed (quod notandum) hoc interest hac in re inter eum, qui seruum hereditarium corrupit, & eum, qui occidit, aut vulnerauit, quod si ex causa serui corrupti conueniatur petitione hereditatis, vt ex Paulo proponitur initio huius legis, in eam actionem tantum venit, quantum in actione serui corrupti, id est, totius detrimenti, & damni duplum. At si ex causa serui occisi, aut vulnerati conueniatur petitione hereditatis, etiamsi inficietur, in eam actionem venit simplum duntaxat, id est, quod damni datum est simpliciter, & nihil amplius, *l. item veniunt §. cum prædiximus, de petit. hered.* Duplum non venit, quod actor omissa petitione hereditatis ab inficiatore pro tenore legis Aquiliæ consequi potest. Verum si velit actor omissa petitione hereditatis ex l. Aquilia in duplum agere, non prohibetur. Denique eligere debet, vtrum agat petitione hereditatis in simplum, præstita cautione, qua promittat, se non acturum lege Aquilia, an actione legis Aquil. in duplũ omissa petitione hereditatis, *d. l. si a domino §. si possessor, l. non solum, & l. seq. de rei vindic.* Et eodem modo, si is, qui habet actionem legis Aquiliæ, iurauerit delato iureiurando, ex ea causa sibi dari oportere, eligere debet, vtrum agat actione in factum ex iureiurando in simplum duntaxat etiam aduersus inficiatorem, an actione legis Aquiliæ in duplum, *l. eum qui, in princ. de iureiur.* Hæc sunt certissima. Cur tamen in petitione hereditatis, vt diximus, venit actio serui corrupti in duplum, non venit autem actio legis Aquiliæ, nisi in simplum? Ratio hæc est, quia ab initio actio serui corrupti est in duplum: hæc est, vt Accursius ait, hu-

ius actionis prima, originalisque natura, vt sit in duplum. A Actio autem legis Aquiliæ initio est in simplum tantum, non in duplum, nisi ex post facto, quum lite contestata reus in iudicio inficiatur. Neque enim inficiatio alia auget obligationem primam & originariam, quam quæ fit in iudicio, lite contestata. Actio ipsa legis Aquiliæ ab initio est in simplum, & postea secuta in iudicio, & conuicta inficiatione rei, in duplum crescit, nec ideo, quod in duplum crescere potest, ideo ab initio esse in duplum intelligitur, sed in simplum tantum, *l.1.de in lit.iur.* Nam vt sit in duplum, hoc aduentitium est, non ingenitum actioni. Quæcunque autem actio venit in petitionem hereditatis pro origine sua, id est, qualis est origine sua, non qualis ex casu fieri postea potest. Actio serui corrupti origine sua est B in duplum. Actio legis Aquiliæ in simplum duntaxat, quod crescit in duplum. Hoc fit ex euentu, ex casu. Et hoc de principio huius legis.

Ad §. primum.

Ex §. 1. intelligimus, cur de seruo corrupto sit proposita actio a prætore, non de filio filiauefamilias, corruptis. De iniuria seruo, vel filiofam. facta, domino vel patri parata est actio iniuriarum suo & filij nomine, vel suo nomine tantum, si volens filius ludibrio habitus sit, *l. 26. de iniur.* quam exposui nudiustertius. De filio filiauefam. corruptis, nulla est prodita actio. Quare? ratio est elegans, quia seruus est in patrimonio domini, vt quodlibet animal brutum, filiusfam. non est in patrimonio patris. Et corruptio igitur serui, quia vilior & deterior C efficitur, minuit patrimonium domini, non corruptio filiifam. patrimonium patris. At vice versa corruptio seruuli non minuit decus, & dignitatem familiæ domini, & ideo nec dominum pudet agere de seruo corrupto. Corruptio autem filiifam. liberaliter educati, qui quasi quodammodo viuo parte existimatur esse dominus, vt ait lex *in suis, de lib. & post.* summum & triste dedecus est familiæ, quod quia prætor existimauit neminem sanum patremfam. euulgaturum, palam in corruptorem dictata actione filij, filiæve corruptæ, ideo nec proposuit nominatim actionem de filio filiave corruptis. Sed si quis tamen suæ famæ securus, ea de re agere, & suam domum traducere velit, sane non denegabitur ei deficiente directa, vtilis siue in factum actio de filio corrupto, quia interest D nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi, & interest nostra, non affectus ratione, facessat hæc ratio, sed quia ob eam rem minus per liberos nostros adquisituri, vt si suasu alieno aleæ, vel luxui dediti esse cœperint, vel ex operis eorum, minus habituri sumus, vel etiam ob vitia eorum de nostro laturi maximam partem, hoc æstimabitur officio prætoris vel iudicis, vt in actione legis Aquiliæ, si liberorum nostrorum corpus læsum sit, *l. 7. in princ. ad leg. Aquil.* quam esse de filiofam. præcedentes leges ostendunt. Corpus autem filiif. non æstimandum, quia liberum corpus inæstimabile est, aut sane sine pretio pretiosum est, *l. vlt. de his qui deiecer. vel effud.*

Ad §. si seruus.

Sequitur in hoc §. si communis seruus meus & tuus proprium meum seruum te insciente aut vetante corruperit, non esse mihi in te actionem serui corrupti noxalem, quia qui eiusdem serui nomine tenetur aliis noxali actione, ipse noxali actione aduersus alium, & socium, agere non potest. Hæc est regula: ego vero serui communis nomine aliis teneor noxali actione in solidum, si forte seruum alienum corruperit, vel ex alia quacunque noxa, quia, vt subiicit Paulus, est in arbitrio actoris, vel mecum agere, vel cum socio in solidum. Ita tamen, vt vno soluente alter liberetur, quia obligamur ex persona serui, quæ cum sit vna, & vnam quoque duntaxat litis æstimationem admittit. Ego igitur, quia aliis teneor, serui communis nomine actione noxali in solidum, non possum eiusdem serui nomine agere noxali actione, neque cum alio, neque cum socio, iuxta regulam legis *pen. C. de furt.* & recte *l. 8. de noxal. action.* dominum pro parte factum non posse cum socio noxali actione experiri, & *l. sed si vnius 9. si seruus, de iniur.* Si seruus communis meus & tuus, mihi iniuriam fecerit, mihi in te non dari iniuriarum actionem noxalem, quia & ipse teneor noxali actione, si idem seruus extraneo iniuriam dederit. Ac præterea si proprius seruus meus in solidum conseruum corruperit, qui & meus proprius est, nulla mihi eo nomine actio competit: cum quo enim agerem? Cum seruo ipso, qui corrupit? non possum. Obstat alia regula: cum seruo nulla est actio. Ergo idem dicendum est, si seruus communis seruum meum corruperit: nec enim seruus communis, ideo minus est meus, quod etiam sit tuus: quin & mei serui appellatione continetur etiam communis, vt in l. 12. tab. Illis verbis, *vti quisque legassit super pecunia sua*, etiam communis pecunia continetur, *l. 1. C. de hered. inst.* Ergo & serui communis nomine, neque cum eo seruo vlla mihi est actio, neque cum socio actio noxalis serui corrupti, sed est actio communi diuidundo, vel pro socio, id est, quum inter nos agitur de seruo diuidundo, aliisque rebus communibus, si quas alias præter seruum communes habeamus, ratio habebitur damni, quod vni ex dominis seruus communis dedit, *l. cum seruus, de noxal. act.* Et hæc de seruo communi. Nunc tractat de seruo fructuario. Si seruus, in quo vsumfructum habeo, seruum meum corruperit, cum proprietario mihi est actio serui corrupti noxalis: neque enim hic locus est regulæ superiori, quæ vetat eum agere noxali, qui ipse potest noxali conueniri, quia fructuarius non potest conueniri noxali iudicio ex noxa serui fructuarij, *l. is qui vsumfruct. de nox. act.* Additur in §. pignori.

Ad §. pignori.

Seruo corrupto, qui creditori pignori datus erat, debitori dari actionem serui corrupti, non creditori: nam hæc actio domino competit, creditor autem non est dominus pignoris, sed debitor, *l. 8. C. de pign. act.* Eademque ratione actio legis Aquiliæ datur debitori, non creditori pignoratitio, *l. qui occidit §. 1. ad leg. Aquil.* Et in §. *in hac actione*, etiam hoc additur, actionem serui corrupti esse mixtam, hoc est in duplum, vel duplum in ea actione, vt ait, non esse extra rem, vt in Florentinis legitur recte, & in Basilicis etiam, ἐν διπλῷ εἶναι τὸ πρᾶγμα τὸ διπλοῦν, rem inesse duplo. Quod dicit ad discretionem actionis furti, in qua duplum est extra rem, & res extra duplum. Rem autem dicit esse detrimentum omne, omne damnum, vt *l. 10. & 11. in prin. sup.* Ergo non id tantum dicit, qui rem dicit, quo seruus vilior factus est, sed etiam id, quod seruus subripuit domino & secum abstulit. Imo & id quod aliis dominus ob vitium serui præ- E stare coactus est. Exempli gratia, si seruo meo persuaseris, vt Titio furtum faciat, vel quod aliud damnum iniuria det, & conuentus actione furti, vel actione legis Aquil. noxali Titio præstitero pœnam, & rem: actione serui corrupti id consequar, quod Titio præstiti actione furti, vel actione legis Aquiliæ noxali, vel quod ei præstiti actione ex conducto, vt ait in §. *seq.* videlicet, quum sciens seruum esse furacem, aut contumeliosum, ei seruum locaui, & is seruus apud conductorem, cum iampridem ante corruptus esset, furtum fecerit, vel damnum dederit. Si locaui ignorans, teneor tantum actione noxali furti, vel actione legis Aquiliæ, atque adeo non teneor in solidum, si paratus sim seruum dedere in noxam. At si sciens locaui, teneor in solidum actione ex conducto, sicut & actione depositi, vel commodati, vel pigneratitia, *l. si seruus*

seruus pignori datus, de pign. act. l. pen. commod. quæ coniungenda est cum *l. si tibi hominem §. 1. loc.* quæ de ignorante accipienda est, non de sciente. Denique actione serui corrupti, id omne consequar, quod mihi seruus abstulit, vel quod ob vitium eius alij præstiti, & hoc amplius alterum tantum vice pœnæ. Itaque mixta est actio, quia & rem & pœnam persequitur. Vno verbo ait *l. 11. in fi.* quia id quod interest persequitur, vbi recte Agio Theodoretus Græcus interpres notat, *Eius quod interest appellatione non nudam rem significari, sed & pœnam quæ cum ea confusa est, quæve rei accedit*, id est, duplum in quod ab initio actio serui corrupticompetit.

Ad §. vltimum.

HIc §. sane est difficilis. In hac actione serui corrupti, vel recepti, officio iudicis æstimatur, quanto seruus ob id, quod corruptus est, vilior existit, id est, quanto deminutum sit eius serui pretium. At quæritur in hoc §. vltimo, quid sit dicendum, si seruus inutilis factus sit, ita vt domino non expediat eum habere. Si inutilis igitur factus sit domino, non aliis, sed soli domino: alioquin si prorsus factus esset nauci, nihili, si prorsus inutilis omnibus, constaret, integrum eius serui pretium, qui plane factus nequam, quanti fuit antequam corrumperetur, & alterum tantum, id est, duplum domino præstari oportere pro tenore actionis serui corrupti. Quid igitur, si domino soli factus sit inutilis, aliis forte perutilis & gratus, puta, quia ludio & histrio factus est, quo genere hominum dominus eius honestissimus paterfam. non vtitur. Quæritur vtrum hoc casu cogitur sollicitator siue corruptor serui, integrum pretium domino præstare, quanti fuit antequam corrumperetur, & domino prorsus fieret inutilis, ita vt dominus & pretium serui habeat in assem, in solidum, & seruum ipsum retineat, & lucrifaciat, vt Paulus ait, quia luctum est & rem habere & pretium, *l. venditor ex hereditate, de heredit. vend.* an vero cogitur dominus, qui de eo seruo corrupto agit eum seruum reo restituere, cuius opera ei inutilis est, accepto iusto & integro serui pretio, quanti fuit antequam corrumperetur? Hæc est quæstio, & vt in consimili quæstione *l. sed etsi rem, de petit. heredit.* ait, in prædonem, qui alienam rem possidet electionem esse debere actoris: Ita recte Paulus hoc loco, & in corruptorem, qui prædoni comparatur *l. 13. hoc tit.* ait, electionem domino dandam esse, vt vel seruum retineat, atque etiam damnum, quanti seruus pretio vilior factus est, in duplum accipiat pro tenore actionis serui corrupti, non etiam, vt in quæstionem deducat integrum serui pretium, quod longe maius est, sed damni duplum tantum, vt dixi, vel vt sollicitatori seruum ipsum restituat, cuius etiam nullus apud se vsus est, vt seruum, inquam, sollicitatori restituat, si restituendi, & præstandi eius facultatem habeat, & accipiat non duplum damni, id est, duplum eius, quo seruus vilior factus est, sed quod multo pluris est, integrum serui pretium, quanti fuit antequam corrumperetur: aut si restituendi eius serui facultatem non habeat (puta quod alius serui eius possessionem apprehenderit) vt sollicitatori sumptibus & periculo eius cedat actionibus in rem, quas habet aduersus serui possessorem, atque ita solidum serui pretium consequatur, quia cessio actionum pro iusta præstatione siue restitutione est, *l. quod debetur, de pecul.* Et fit plerumque semper cessio sumptibus & periculo cessionarij, cui in rem suam ceduntur actiones: quam in rem hic locus est valde singularis. Et id quoque Doctores admittunt, sed nullam adducunt legem, cum hic §. vlt. id comprobet aperte in illo loco, *cedere autem sollicitatori periculo eius, &c.* Est autem hoc valde singulare in hac specie, vt ei cedantur actiones in rem, qui pœnæ loco pretium rei dare cogitur, cum tamen in *l. is qui dolo, de rei vindic.* ei qui dolo malo desiit rem possidere alienam, & pretium rei præstare coactus est, dicatur actorem non debere cedere actiones, quas eius rei nomine habet: cur non idem dicimus in hac specie? puto quia abunde sufficit actori solidum pretium serui consequi, qui sibi prorsus inutilis foret, si eum retineret & ageret tantum de damno dato in duplum, cuius dupli summa perexigua est, si conferatur cum integro serui pretio. Et hic nota actiones in rem, quas dominus cedere debet sollicitatori, appellari actiones de dominio serui. Cedere, inquit, sollicitatori debet periculo eius de dominio serui actiones. Recte, quia per eas actiones lis dominij inducitur. Et ita Iustin. in Nouella 91. *Actio in rem, ἢ περὶ δεσποτείας, vel de dominio*, inquit. Nota etiam ita demum licere domino hac actione eius serui petere integrum pretium, si viuat, & si eum non manumiserit, quia mortuum aut manumissum restituere cedereue de dominio eius actiones non potest: & vtique consequi non debet integrum pretium, nisi seruum præstet, vel de dominio eius actiones, quasi venditione contracta: nec contra auditur actor, qui fuit dominus, si dicat, se eum seruum manumisisse, quia hominem domi suæ inutilem habere noluerit, quia etsi nunc eum non habeat vt seruum post manumissionem, habet tamen vt libertum. Vnde prodeunt iura, & commoda multa & varia. & non est æquum, vt & integrum hominis pretium habeat, ac præterea iura patronatus. Qua de causa si manumisso seruo agat serui corrupti, vt potest, quia manumissio semel natam actionem non extinguit, *l. 5. §. vlt. h. t.* & eligat petere integrum serui pretium, debet reo cedere iura patronatus. Et ita hoc loco Græci recte concludunt, ὀφείλω πάντως ἐκχωρεῖν τὰ δίκαια τῷ ὑποθήσαντι αὐτόν, id est, *debeo omnimodo cedere iura patronatus sollicitatori*, a quo desidero mihi dari integrum serui pretium quanti fuit antequam corrumperetur. Neque vero hinc colligas, eum, qui habet, quive quæsiuit libertum, esse locupletiorem, contra quam definiatur in *l. nemo prædo §. 1. de reg. iuris, l. 2. quibus ad libert.* non videri locupletiorem eum, qui libertum adquisiuit. Ex qua definitione efficitur, inter coniuges valere donationem serui factam manumissionis causa, quia ex hoc nemo fit locupletior, vt ait Paulus *2. sentent. tit. 23.* Cuius definitionis ratio hæc est, quia ius patronatus est inæstimabile, *l. naturalis §. vlt de præscript. verb.* Cum qua definitione, vt cœpi dicere, neque hic locus pugnat vllo modo. Nam qui dicit te ius patronatus, quod habes in libertum, aliis cedere debere, non ideo te dicit liberti adquisitione factum esse locupletiorem. Cedimus sæpe aliis quæ onerant potius, quam augent patrimonium nostrum. Verum hac in re separanda semper sunt ea, quæ iure patronatus obueniunt, veluti operæ, aut bona libertorum, ab ipso iure patronatus. illa æstimari possunt, *l. in summa §. pen. de cond. indeb. l. si vero, sol. matrim.* Ius patronatus est inæstimabile, sicut patria potestas est inæstimabilis, quæ a Calphurnio, sancta res esse dicitur: quæ tamen iure patriæ potestatis adsequimur æstimabilia sunt. Et postremo nota, quod obseruaui semper in interpretatione huius §. etiam apertissime in hoc §. pretium serui corrupti & domino inutilis facti, non aliis, separari a duplo damni. Et pretium igitur serui, esse integrum pretium serui quanti fuit antequam corrumperetur. Et ita hic §. explicandus.

Ad leg. 2. & vlt. de aleatoribus.

Solent enim quidam & cogere ad lusum, vel ab initio, vel victi, dum retinent.

1. §. *Senatusconsultum vetuit, in pecuniam ludere: præterquam si quis certet hasta, vel pilo iaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando: quod virtutis causa fiat.*

L. vlt. Quod in conuiuio vescendi causa ponitur, in eam rem familiæ ludere permittitur.

1. §. *Si seruus vel filiusfamilias victus fuerit: patri, vel*

domino competit repetitio. Item si seruus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis: quia ex negotio gesto agitur. Sed non amplius cogendus est praestare, quam id, quod ex ea re in peculio sit.

2. §. *Aduersus parentes, & patronos repetitio eius, quod in alea lusum est, vtilis ex hoc edicto danda est.*

DVae leges de aleatoribus sunt: quales, qui faciunt seruos alienos, sane corrumpunt, & serui corrupti praetoria actione tenentur. Et inter vitia quoque seruorum alea notatur, *l.25. §. hoc autem, de aedil. edic. l.26. de iniur. l. fugitiuus, de verb. signific.* At is quoque, qui alij cuicunque vim intulit aleae ludendae causa, qui alium coegit alea ludere, vel ab initio, vt Paulus ait in *l. 2.* vel victus, dum retinet collusorem volentem, quod vulgo dicitur ἀναπαλαίειν, idque prouerbium hoc loco notant Graeci his verbis, ἐκ δευτέρου τὸ λεγόμενον ἀνακόπτειν, quo & nos vtimur passim, *abscindere caudam*. Is, inquam, qui alium coegit alea ludere, praetoris arbitratu coercetur, quod & in hoc edicto de aleatoribus his verbis significatur a praetore, *vti quaeque res erit, animaduertam*: vt & similiter in edicto de iniuriis his verbis, *prout quaeque res erit, animaduertam*: dum rei coercitionem omnem in arbitrium suum confert, *l. 15. §. ait praetor, & §. quod ait, de iniur.* His additur in *d. l. 2.* Senatusconsulto prohibitum esse in pecuniam ludere. Egregium Senatusconsultum, praeterquam, si quis virtutis & gloriae causa ludat, & certet legitimo certamine virtutis causa, vt etiam ait *l. athletas, de his qui not. infam. & l. 7. §. si in colluctatione, ad leg. Falcid.* vt puta, si quis certet hasta iacienda, vel pilo iaciendo, aut si certet currendo, saliendo, luctando, pugilando, pugnando, quae certamina virtutis ergo instituuntur, vt palam Romae exerceri solebant in campo Martio. In Graecia erant frequentissima. Vnde & πένταθλον, nomen, quo significantur quinque legitima certamina, puta iaculum, cursus, saltus, lucta, pugilatus, aut quae ex iis commixta sunt, vt παγκράτιον in *d. §. si in colluctatione*, quod & παμμάχιον appellari Higinus scribit in fabulis. Et mixtum est ex lucta & pugilatu. In his quinque certaminibus etiam ex l. Titia, vt ait *l. 3.* & Publicia & Cornelia, & pluribus legibus etiam sponsionem facere licet, συνθηκεύειν, vt Graeci interpretantur hoc loco, sponsionem facere licet pecunia, aut pignore certo, *faire vn jeu de prix*. Idem Paulus in *l. vlt.* in princip. ait, *quod in conuiuio vescendi causa ponitur in eam rem familia ludere permittitur*: vbi *familia* verbum sane importunum est. Videtur Paulus non familia, scripsisse, sed alia vel alea: nam promiscue dicebant, *alia, & alea*, vt alium & aleum, quod vulgo alium. Vescendi igitur in conuiuiis causa alea ludere licet, non etiam, in pecuniam. Haec est sententia verissima. Imo si quis alea victus fuerit, & pecuniam suam perdiderit, eius pecuniae quasi indebitae ex hoc edicto aduersus victorem repetitionem habet. Olim habuit repetitionem in quadruplum, vt Ascon. scribit in diuinatione, quia vt Ouidius ait:

Hoc erat ad nostros non leue crimen auos.

Hodie in simplum; & multo magis, si a victo pecunia petatur, quam amisit, habet hanc exceptionem, *si in alea gestum erit, l. in exceptionibus, de probat. l. 1. §. 1. quar. rer. actio non det. l. periculi, de naut. foen. l. 2. C. de alea lusu.* Cui damus repetitionem, siue actionem ad pecuniam amissam repetendam, & multo magis exceptionem, si pecunia amissa ab eo petatur. Quidam enim alea ludunt non posita pecunia, sed vice pecuniae positis lupinis, vt in Italia fieri solet. Quod argentum siue aurum comicum Plautus vocat. Vnde & apud Plautum in Phormione, in illo loco, *meum argentum attuli: comicum argentum praesto est*. nos vocamus hodie *monnoye de bas or*. Quidam, inquam, ludunt non posita pecunia, sed positis lupinis vice pecuniae, qui & nummulorum speciem habent, ea lege, vt quot lupini amittuntur, tot pro eis nummi reddantur. Quod nominatim vetat *l. 2. C. de alea lusu*, παίζειν θέρμοις, ludere lupinis. Quod si seruus, aut filiusfam. alea victus sit, vt idem Paulus ait in *hac l. vltima*, domino vel patri proculdubio pecuniae amissae repetitio competit, quasi ei quaesita per filium, aut seruum, vel si vicerit seruus, & pecuniam abstulerit victo, in dominum est actio de peculio, quatenus pecunia, quam seruus vicit alea, versa est in peculium, non noxalis actio, quia noxalis actio datur tantum ex delictis seruorum. Et haec actio, qua pecunia in alea deperdita repetitur, non est ex delicto, sed ex negotio gesto. Et similiter si filiusfam. alea vicerit, proculdubio pater tenetur de peculio quasi ex contractu. Postremo notandum est ex *hac l. vltima*, hanc actionem, quae de pecunia in alea amissa victo redditur, ei non dari aduersus patronos & parentes, videlicet si cum eis luserit alea & victus fuerit, non dari scilic. hanc formulam, *quod in alea lusum sit*, quia famosa est haec formula, & arguit infamiae parentes, aut patronos, arguit eos esse aleatores, sed repetitur tantum pecunia a parentibus & patronis, non quidem hac actione famosa de alea, sed actione vtili, id est, in factum, verbis temperatis, verbis lenioribus, ita vt non fiat mentio aleae, sicut & aduersus parentes, aut patronos non agitur palam de dolo malo, sed in factum, *l. non debet, sup. de dolo.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad libr vigesimum Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. si quis negotia 23. de negot. gest.

Si quis negotia aliena gerens indebitam exegerit: restituere cogitur. de eo autem quod indebitum soluit, magis est, vt sibi imputare debeat.

TOtus hic liber est de actionibus in rem, quas de vniuersitate in edicto proposuit praetor, puta de ciuili hereditatis petitione, per quam petitur vniuersitas bonorum demortui, vel de possessoria, itemque de fideicommissaria hereditatis petitione, quae etiam sunt de vniuersis bonis, de vniuerso iure defuncti. Et quae prima se offert ex hoc libro 20. *l. 23. de neg. gest.* sane omnino referenda est ad petitionem hereditatis, in qua non venit indebitum, quod possessor hereditatis exegit nomine hereditario, quasi hereditarium debitum, cum non esset tale debitum, aut cum omnino non esset debitum, vt id scilicet debitori restituat. non venit in petitionem hereditatis indebitum, quod possessor exegit quasi debitum hereditarium: non venit, vt id petitori restituat, quia petit hereditatem; & id non est ex hereditate: non etiam venit indebitum quod possessor hereditatis soluit nomine hereditario, vt id reputet, petitori scilicet, & ab eo consequatur, quia id sibi potius imputare debet, qui inconsulto & temere non debitum soluit vltro sine iudice, *l. item veniunt §. sed etsi Senatus, de petit. hered.* Quod seruatur etiam in venditore hereditatis, quia nec actione ex empto, vel ex stipulatu restituere emptori debet, quod forte indebitum exegit nomine hereditario, nec vicissim reputare emptori potest, quod indebitum soluit, *l. 29. §. solet, de hered. vend.* Non tamen idem per omnia seruatur in negotiorum gestore: nam si quidem negotiorum gestor indebitum soluit nomine domini, quod vtique dominus ratum habiturus non est, id sibi imputare potius debet suaeque stultitiae, quam domino, vt seruatur in superioribus casibus. Sed si negotiorum gestor indebitum exegerit nomine

& cont.

& contemplatione domini, quasi domino debitum, idque dominus ratum habuerit, hoc enim necesse est, *l.6.§.item quæritur, hoc tit.* id domino restituere debet, vt Paulus ait in hac l.23. nimirum, quia id accepit nomine domini, & dominus ratum habet, & negotiorum gestor abstinentem omni lucro præstare fidem debet: & quæcunque gessit nomine domini bona fide domino restituere, siue debitum, siue indebitum exegerit, vt de procuratoribus est proditum in *l. qui proprio §. procurator, de procur.*

Ad leg. 14. de petit. hered.

Sed vtrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui seruo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit.

SEquitur in hac l. 14. peti hereditatem posse a quocumque debitore hereditario, siue ex contractu, siue ex delicto debitor sit: & in petitionem hereditatis venire, quod ab initio inest sui natura actioni ex contractu, vel actioni ex delicto: exempli gratia venire in petitionem hereditatis, quod peti potest actione serui corrupti, *l. 13. & 14. in princip. de seruo corrup.* vel actione legis Aquiliæ, *l.20. §. cum prædiximus, hoc titul.* Item siue debitor ille defuncti fuerit, siue hereditarius, qui obligarit se post mortem eius, de cuius hereditate agitur, iacente, nec dum adita hereditate, vt si post mortem eius ante aditam hereditatem negotium hereditarium gesserit, *l. 16. §. non solum, h. tit.* vel si rem aliquam hereditariam subripuerit, vt *l. seq.* vel si quid seruo hereditario promiserit, vel si ei damnum dederit, vt proponit Paulus in hac l. 14. Denique hereditas peti potest a quocunque debitore hereditario, siue viuo eo, de cuius successione agitur, debitor esse cœpit, siue post mortem eius, peti, inquam, ab eo hereditas potest, quasi a possessore iuris hereditarij, non possessore proprie, quia iura cum sint incorporalia non proprie possidentur, sed quasi, vt in *l. prox. §. vlt. sup. quasi a iuris possessore.* Neque enim tantum a possessore rei, siue corporis hereditarij, sed etiam a quasi possessore iuris hereditarij, hereditas peti potest, *l. 9. sup. h. tit. l. 18. §. vlt. inf. hoc tit.* Et rursus quod maxime notandum est, possessor iuris dicitur non tantum qui habet actionem aliquam, qua res hereditarias persequatur, vt *l.16. §. Iulianus, & § pen. hoc tit.* sed etiam, qui actione aliqua tenetur obstrictus, puta debitor hereditarius: vterque dicitur possessor iuris, & conueniri potest eo nomine petitione hereditatis veluti possessor iuris: sed ita demum potest conueniri petitione hereditatis vt possessor iuris, si vel faciat controuersiam hereditatis, dicendo se esse heredem, non petitorem, id est, si ius pro herede possideat, vt *l. 42. inf. hoc tit. l. vlt. in fi. tit. seq.* vel etiam si non contendat se heredem esse, si nec ex alia iusta causa contendat se possidere, sed dicat se possidere quod possideat, nulla allata causa possessionis, id est, si sciens mala fide ius hereditarium possideat, vt si ex delicto debitor hereditarius sit, nec soluere velit, quod ex ea causa debet, hoc est, si ius pro possessore possideat quasi prædo. denique vt rei siue corporis, ita iuris possessor is tantum tenetur petitione hereditatis, qui possidet pro herede bona fide, aut pro possessore, quod est mala fide, non qui possidet bona fide pro emptore, vel pro donato, vel pro dote, vel pro legato, non etiam qui tantum negat petitorem esse heredem, nec contra affirmat se heredem esse. hæc est regula iuris, *l. 9. hoc tit.* Cuius regulæ ratio hæc est maxime notanda, quia actiones comparatæ sunt, vt eis cum aduersariis nostris experiamur. Et aduersarij nostri sunt, qui ex aduerso nobis faciunt controuersiam eius rei, qua de agimus, vt in actionibus in personam aduersarius nobis est is, qui nobis dicentibus, *illum nobis dare oportere,* contradicit, & affirmat, *se dare non oportere.* Et in actionibus in rem specialibus, qui nobis dicentibus, *nos eius rei esse dominos, quam ille possidet.* contradicit, *imo se eius esse dominum, non actorem, §. 1. Institut. de action.* quia de dominio, quod intendimus nostrum esse, nobis facit controuersiam, dum id sibi asserit, & contra vindicat. At qui negat tantum actorem esse dominum, non etiam contendit *se esse dominum,* non tenetur actione in rem, quæ est actio, de dominio, quia de dominio controuersiam non facit, nec enim dicit, *se esse dominum,* sicut & qui negat eum qui agit petitione hereditatis, esse heredem, non etiam contendit se esse heredem, non tenetur petitione hereditatis, *l. 42. hoc tit.* quia hereditatis controuersiam non facit. Qua ratione etiam non tenetur petitione hereditatis qui dicit se rem, quam possidet bona fide emisse, se eius rei esse dominum ex causa emptionis, vel donationis, nihil refert, vel dotis, vel legati, quia non idem sibi asserit, quod actor, quia se heredem non dicit, non reluctatur petitori hereditatis, non reluctatur intentioni petitoris, non dicit se esse dominum iure hereditario, sed iure emptionis, vel donationis, vel quo alio. Denique is tantum tenetur petitione hereditatis, qua actor intendit se heredem esse, qui ex aduerso contendit, imo se, non actorem heredem esse, puta qui pro herede possidet: quod etiam contendere intelligitur siue præsumitur, qui nullam allegat causam possessionis suæ, id est, qui pro possessore possidet, & iudicium tamen, quod intenditur de hereditate suscipere paratus est. Et hanc rationem, quæ sane est optima, attigit etiam Accursius in *l. pen. C. in quib. causis præsc. lon. temp. c.* Quod ad hanc leg. 14. adnotasse satis est.

Ad legem & non tantum 19. eodem.

Et non tantum hereditaria corpora, sed & quæ non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: vt res pignori data defuncto, vel commodata, depositave. Et quidem rei pignori datæ etiam specialis petitio est, vt & hereditatis petitione contineatur: sicut illæ, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quæ commodatæ, vel depositæ sunt, nulla sit facile actio: quia tamen periculum earum ad nos pertinet, æquum est, eas restitui.

1. §. *Quod si pro emptore vsucapio ab herede impleta sit: non veniet in hereditatis petitionem: quia heres, id est petitor, eam vindicare potest: nec vlla exceptio datur possessori.*

2. §. *Veniunt & hæ res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si iurauerat defunctus, petitoris rem non esse, & decesserit: debent hæ quoque restitui. Imo & si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Idemque erit & in prædone, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere.*

3. §. *Seruitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui: sicut est in corporibus & fructibus: sed si non patiatur ire, & agere: propria actione conuenietur.*

ADdamus etiam legem 19. quæ lex primum ostendit, in petitionem hereditatis venire non tantum res hereditarias, quarum tamen periculum ad heredem pertinet, vt res defuncto commodatas, vel depositas ea lege, vt periculum ad eum pertineret, heredemve eius, vel res defuncto pignori datas, vel res a defuncto bona fide possessas ex iusta causa adquirendi dominij. Quæ omnes res, etsi non in bonis, tamen ex bonis esse dicuntur propter periculum earum rerum, quod heredem sequitur *l. 2. §. in hac actione, vi bon. rapt.* Ex his vero rebus aliæ non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione peti possunt: aliæ non nisi petitione hereditatis, non etiam speciali in rem actione, quod Paulus ostendit hoc loco. Et res quidem defuncto commodatæ vel depositæ non possunt ab herede peti actione in rem speciali, quæ est de dominio, id est, quia dominium earum non habet depositarius, vel commodatarius. commodato vel deposito non

mutatur dominium: at peti ab eo possunt, siue deduci in petitionem hereditatis. Contra, res defuncto pignoratæ non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione ab herede peti possunt, id est, Seruiana, siue hypothecaria, iure pignoris scilicet: nam & actio de pignore, est in rem actio specialis non iure dominij, quia etiam pignus dominium non mutat: eiusdem generis sunt res a defuncto bona fide possessæ ex iusta causa, necdum ab herede vsucaptæ, quia & hæ ab herede peti possunt, non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione, id est, Publiciana. At ex diuerso vsucaptæ ab herede peti possunt ciuili & directa actione in rem, non petitione hereditatis. Possunt inquam peti, quia heres impleuit vsucapionem, quia vsucapione factus est dominus ciuili actione in rem, cui nec possessor, vt ait Paulus in §. 1. potest opponere vllam exceptionem, præiudicialem scilicet, vt Græci recte interpretantur, veluti hanc exceptionem, *quod præiudicium petitioni hereditatis, centumuiralis iudicij magnitudini præiudicium non fiat*: non potest, inquam, opponere eam exceptionem, quia ea res est heredis, non hereditaria, vel ex hereditate. Et ideo in petitionem hereditatis non venit, vt nullum sit formidandum præiudicium, si ea res ab herede, qui vsucapionem impleuit, vindicetur ciuili, & directa in rem actione: nec enim res, quæ est heredis, non hereditaria, in petitionem hereditatis venit, *l. si a domino §. si possessor, in fi. inf. hoc tit.* Et tamen res aliena tradita defuncto bona fide accipienti ex iusta causa, & vsucapta ab herede eius, venit in iudicium familiæ erciscundæ, non venit in petitionem hereditatis, quia non est hereditaria, venit tamen in iudicium famil. erciscundæ, *l. 9. fam. ercisc.* Rationem breuiter perstringam: quia in actione fami ercisc. non est inter heredes controuersia de hereditate: vnusquisque agnoscit suum coheredem, & fatentur omnes hereditatem esse communem, sed inter eos de eo tantum agitur, quodcunque a defuncto ad eos transiit, licet non hereditate, sed vsucapione quæsitum eis fuerit, vt id separetur, & fiat inter eos æqua diuisio omnium rerum, quæ a defuncto ad eos peruenerunt.

Ad §. pen.

ADditur in hoc §. etiam in hereditatis petitionem venire res, quarum defunctus retentionem tantum habuit, non petitionem, persecutionem, actionem vllam: veluti ex iureiurando, si viuus cum rem aliquam possideret, deferente actore hoc tantum iurauerit, eam rem actoris non esse, non etiam iurauerit, eam rem suam esse, vt *l. 11. de iureiur.* quia ex hac causa retentionem possessionis & rei habet aduersus eum, qui detulit iusiurandum, non etiam petitionem aut vindicationem amissa possessione, licet res ad eum peruenerit, qui detulit iusiurandum: quia non iurauit *suam esse*: & ideo suam esse petere non potest. Denique eius rei retentionem tantum habere, non petitionem, quod & in plerisque aliis casibus euenire ostendit obseruatio 18. cap. 10. Porro si eius rei, cuius defunctus retentionem habuit, non petitionem, postea possessio ad extraneum peruenit, qui eam possideat pro herede, vel culpa desierit possidere, eius rei nomine vero heredi tenetur petitione hereditatis, quia & hæ res, quarum defunctus retentionem non petitionem habuit, retentionem scilicet per exceptionem, non petitionem per actionem vllam, in hereditate connumerantur, & ideo tantum veniunt in petitionem hereditatis. Et hoc, vt dixi, si nouus possessor, eas res possideat pro herede bona fide, vel dolo, aut culpa sua desierit possidere. Et subiicit Paulus, idem esse dicendum in eo, qui pro possessore eas res possidebat, quasi prædo, si dolo aut culpa sua eas desierit possidere, eum scilicet hac actione teneri quasi possessorem, licet desierit possidere, sed non, vt ait, propter culpam simpliciter, quia & citra culpam tenetur propter malam fidem, qua initio rem possedit, inuasit. Et ita sunt accipienda verba §. *pen. Idemque erit, & in prædone*, licet hic propter culpam non teneatur, id est, simpliciter propter culpam, sed principaliter propter malam fidem, in qua fuit semper.

Ad §. vlt.

POstremo Paulus ait, seruitutes prædiorum, quæ prædiis hereditariis debentur a vicino, in petitionem hereditatis non venire. Iura quidem venire, id est, nomina & actiones, quas possessor habet ad res hereditarias persequendas, vt ante dictum est, quia ab eo petitori eæ actiones cedi possunt, & vero debent. Item iura venire, id est, actiones, quibus debitor hereditarius obstrictus est, quia solui ab eo, quod debet, petitori potest & debet. Cur etiam iura prædiorum non veniunt in petitionem hereditatis? nam & seruitutes sunt iura prædiorum? Ceterum hac in re facimus differentiam inter iura & iura prædiorum, quæ seruitutes dicuntur. Et seruitutes dicemus non venire in petit. hereditatis. Quare? quia nihil eo nomine cedi, aut restitui soluiue petitori potest: sunt enim seruitutes res incorporales, nec vllam actionem is, quo cum agitur, habet quam actori cedere possit. Nulla igitur actione tenetur, qua se exsoluere possit numerando pecuniam actori: vbi cessioni, solutioni vel restitutioni locus non est, nec id, quod ea non recipit, venire potest in petitionem hereditatis. Sed si petitor iis seruitutibus vti prohibeatur, nihil propterea damni faciet, quoniam ei pronum est & promptum suo iure actione confessoria agere, & vindicare seruitutem sine cessione alterius; propterea, quod restitutis prædiis hereditariis seruitutes ea tacite consequuntur, quasi perpetuo prædiis adhærentes ea comitantur, quasi prædiis adhærentes, siue συνεπόμενα ϗ συμπεπλεγμένα, quia simul consequuntur prædia, cohærent prædiis, quæ simul cum prædiis restituuntur. si heres proprio iure habet actiones quibus vindicet seruitutes prædiorum hereditariorum: cedendæ igitur ei non sunt, imo nec ei cedi possunt a possessore prædiorum vel aduersus alium, vel aduersus seipsum: οὐδεὶς ἐγχωρεῖν ἀγωγὴν δύναται καθ' ἑαυτόν. *Nemo potest cedere alij actionem in se*, quia & in se nemo habet actionem. Igitur, quia cum agitur de seruitutibus nihil eo nomine potest restitui, vel cedi, vel solui: ideo hæ non veniunt in petitionem hereditatis: sed a vero herede petuntur propria & speciali actione, id est, confessoria actione.

Ad l. 22. de petit. hered.

Si & rem & pretium habeat bonæ fidei possessor, puta quod eandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In prædone dicimus, electionem esse debere actoris. an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inuerecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior fit, & id quod amplius habet ex pretio, restituere debeat, videndum: Nam & in oratione Diui Hadriani ita est: Dispicite patres conscripti, nunquid sit æquius, possessorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia potest existimari in locum hereditariæ rei venditæ, pretium eius successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum. Oportet igitur possessorem, & rem restituere petitori, & quod ex venditione eius rei lucratus est.

CErtum est ex Senatusconsulto, quod factum est de petit. hereditatis, bonæ fidei possessorem, qui cum se existimaret heredem, rem hereditariam distraxit, vero heredi teneri petit. hereditatis, vt quam ex eius rei pretio pecuniam redegit, ei restituat. sed quid si postea idem eam ipsam rem redemerit longe minori pretio, atque ita nunc habeat & rem & pretium: si, inquam, redemerit eam minore pretio, fac distraxisse 100. & redemisse 50. quod vilior ea res apud emptorem esset. Quæritur an liberetur possessor rem restituendo heredi agenti petitione hereditatis, nec cogatur ei restituere pretium, quod pridem tulit ex

ex venditione eius rei? Hæc est quæstio, quæ a Paulo proponitur in hac lege. Non quæritur, an debeat restituere & rem & pretium. Hoc enim esset iniquissimum. Sed quæritur, an possessor se liberare possit restituendo rem, licet viliorem & deteriorem factam. Et hoc quæritur, vt posui, de bonæ fidei possessore, non de prædone: nam in prædone certum est electionem actori dari, vt vel pretium ab eo petat, vel rem. *In prædone*, inquit, *dicimus electionem esse debere actoris*, vbi videtur legendum, *didicimus*, vt in *l.19.§. vlt.* Idem ait, *ego didici*. At hic, id est, in hac specie de bonæ fidei possessore quæritur, an possessori potius, quam petitori danda sit electio, ita vt si rem hereditariam quam redemit, paratus sit restituere, licet deteriorem factam, liberetur, nec audiatur actor, si desideret sibi restitui pretium, quod possessor ante redegit ex venditione eius rei, puta 100. vt posui: quia inuerecundum sit tale desiderium, inuerecundum scil. est, petitorem totum pretium desiderare a bonæ fidei possessore, qui non ex toto, sed ex parte tantum eius dimidia, id est, ex 50. locupletior factus est. An vero bonæ fidei possessor restituere ei debet quod ex ea re hereditaria locupletior factus est, puta rem hereditariam quam redemit dimidio vilioris, dimidio viliorem factam, & præterea id quod amplius habet ex pretio, puta 50. quæ residua apud eum sunt? Et hoc Paulus ait esse æquius: & comprobat ex verbis orationis Diui Adriani recitatæ in senatu, quam & Senatusconsultum sequutum est, quod proponitur *l.20. §. 6. sup. hoc tit.* Quod & auctore Diuo Adriano factum dicitur in *l. 1. C. eod.* & Senatusconsultum Adrianum appellatur a Græcis in *l. quod si possessor, hoc tit.* Pars orationis hæc est, quam proponit hoc loco Paulus: *Dispicite patres conscripti, nunquid sit æquius possessorem non facere lucrum, &c.* Ex quibus verbis intelligimus bonæ fidei possessorem non posse facere lucrum ex venditione rei hereditariæ, sed id quod fecit reddere omne petitori debere. Præter rem igitur, quam redemit, & id debet restituere actori, quod ex pretio lucratus est, nempe 50. non 100. quia non integra 100. lucratus est, sed partem eorum expendit in redemptionem eius rei, quam petitori restituit, partem lucratus est. Et potest existimari (inquit eadem oratio) in locum rei hereditariæ venditæ pretium eius successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum, quatenus scilicet possessor ex eo factus est locupletior. potest existimari, inquit, in hac actione, scil. quæ est de vniuersitate. Idque constitutione Diui Antonini definitum est, *l. si ipsa res, quod met. caus.* & confirmatur *l. quia qui pretio, de vsufr. & l. pater, de adimend. leg.* In hac, inquam, actione, quæ est de vniuersitate, quæ est de petitione hereditatis, potest existimari pretium succedere in locum rei hereditariæ venditę, & quodammodo hereditarium fieri. Nec tamen idem potest existimari in actione in rem speciali: Neque enim tenetur in rem actione, qui bona fide ex venditione rei alienæ redactum pretium penes se habet, sed tenetur negotiorum gestorum tantum, *l. vlt. sup. de neg. gest. l. 3. C. de rei vindic.* Speciale rei nomen non continet etiam pretium, quod ex ea redigitur. Vniuersitatis autem nomen, puta hereditatis etiam pretia rerum facile complectitur. Summa huius *l. 22.* hæc est. bonæ fidei possessorem, qui rem hereditariam vendidit, ac deinde viliorem factam viliore pretio redemit, debere rem restituere petitori hereditatis, & hoc amplius, quod apud eum residet ex pretio, quia scilicet eatenus locupletior est.

Ad leg. 24. eod.

At vbi vi deiectus fuit, non debet restituere pœnam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sic nec pœna restitui debet, quam aduersarius ei promisit, si ad iudicium non venerit.

SI bonæ fidei possessor vi deiectus fuerit de possessione fundi hereditarij, & priusquam ageret interdicto vnde vi aduersus eum qui deiecit, petita ab eo hereditas fuerit quasi a iuris possessore, id est, qui habet interdictum vnde vi, hoc interdictum petitori cedere debet. Hoc est certissimum, *l. 16. § Iulianus*, & *l. 40. §. pen. hoc tit.* Sed si priusquam ab eo peteretur hereditas, egerit interdicto vnde vi, & possessionem fundi hereditarij reciperauit, & hoc amplius pœnam ex eo commissam, id est, quanti ea res est. (Nam & in hoc interdictum venit quidquid damni actor sensit ob id, quod vi deiectus est, siue id omne, quod habiturus erat, si non fuisset vi deiectus, etsi nihil inde prædo lucri fecerit, *l. 1. §. qui vi deiectus, & §. non solum, inf. de vi & vi arm. l. 4. C. vnde vi.*) si inquam, interdicto fundi possessionem reciperauerit, & pœnam, postea conuentus petitione hereditatis possessionem quidem quam reciperauit restituere debet: non etiam pœnam: quia, vt Paulus ait in hac l. 24. petitor eam pœnam suo nomine habere non potest, quia ipse vi deiectus non est, neque ex ea re quidquam sensit damni: ideoque nec si possessor ei cesserit interdictum vnde vi, eam pœnam habere aut petere, sed possessionem duntaxat reciperare potest. Et recte in *§. sed ex constitutionibus, Instit. de interd.* hodie ex constit. vim passo præstari duplum, id est, præter restitutionem rei, quæ vi erepta est, quæ vi inuasa est, etiam æstimationem eius rei, vim passo esse præstandam, tametsi rei dominus non fuerit. Vim passo, inquit. Non ergo petitori hereditatis, qui nullam vim passus est. Simili autem modo, vt & hoc loco Paulus declarat, si bonæ fidei possessor egerit cum debitore hereditario, & præter pecuniam debitam ab eo exegerit pœnam, sub qua debitor promiserat ad diem certam iudicio sisti, quod ea die non adfuerit ad iudicium, quæ pœna desertionis dicitur, *l. si domino §. 1. si quis caution.* pœna deserti vadimonij, pecunia quidem exacta a debitore hereditario venit in petitionem hereditatis, *l. 25. §. petitio, hoc tit.* sed non & desertionis pœna, quia nec eam petitor habere potest, neque enim ei facta est promissio iudicio sistendi causa, sed possessori, atque ideo deserta promissione, non ipse, sed possessor læsus, aut contemptus est. Et ita explicanda est lex 24. Sed videamus, cur bonæ fidei possessor non tantum reddat petitori pretium rei hereditariæ venditæ, ex quo factus est locupletior, sed etiam pœnam, quam exegit ab emptore ob tardius solutum pretium, ex stipulatione eo nomine interposita? Quoniam scilicet vendita re hereditaria certo pretio ab emptore, stipulatus est hoc modo, *si pretium Cal. proximis non solueris pœnæ nomine tot dari*, non tantum debet restituere pretium, sed etiam pœnam tardius soluti pretij, *l. prox. §. vlt. sup.* nimirum, quia, vt ait Vlpianus in illo §. in totum, id est, in id omne possessor locupletior factus est per causam rei hereditariæ venditæ, & illa pœna appendix est pretij, quod habere petitor potest, & debet. Eademque ratio est pœnæ commissi, vt ostenditur in princ. *leg. seq.* Puta si bonæ fidei possessor rem hereditariam sub lege commissoria vendiderit, hoc est, ita vt pretio tardius soluto ad diem condictam inempta res fieret. Hæc est lex commissoria, quæ adiicitur emptioni venditioni. Et hac lege commissa possessor non tantum rem petitori restituere debet, quæ inempta facta est, & ad eum rediit, sed etiam id, quod arræ, vel portionis modicæ cuiusdam, pretij, vel alio nomine ei datum, siue prorogatum est, quia & id lucratur lege venditionis commissa, *l. de lege, inf. de lege commissoria.* Id, inquam, omne restituit petenti hereditatem, quia ex eo omni factus est locupletior, & habere id petitor potest. Et hoc est, quod est in *l. seq.* lucrum quod sensit lege commissoria præstari oportere.

Ad legem 26. eodem.

Quod si oues natæ sunt, deinde ex his aliæ: hæ quoque quasi augmentum, restitui debent.

HIs addamus, quod ex eod. lib. Pauli est relatum in *l. 26. h. tit.* in hereditatis petitionem etiam venire gregum hereditariorum, aut pecorum partus. Imo &

partuum partus: fœtuum fœtus, quia formula actionis huius hæc est: *si paret hereditatem meam esse*, & hereditatis nomen, quasi vniuersitatis, & iuris nomen, & augmentum, & diminutionem recipit *l. 20. §. item non solum, hoc tit.* Idcirco hæc augmenta in petitionem hereditatis veniunt. Et hoc etiam distat petitio hereditatis a speciali in rem actione: nam fructus & partus, aut fœtus in petit. hered. veniunt ipsius iudicij natura & potestate, quocunque tempore percepti fuerint, ante vel post litem contestatam, non etiam in iudicio in rem speciali, *si paret rem illam meam esse*: quia rei appellatione corpus tantum significatur certum, non ius, non causa omnis. Et ideo in actionem in rem specialem fructus aut partus non veniunt, nisi qui percepti sunt post litem contestatam: & hi quoque veniunt officio iudicis, non iudicij potestate, quia petiti non sunt nominatim, *l. 2. C. de pet. hered.* Percepti autem ante litem contestatam nullo modo veniunt in actionem in rem specialem, sed separatim vindicandi sunt, si existent, vel condicendi, si consumpti sint.

Ad leg. 28. eod.

Post S C. enim omne lucrum auferendum esse, tam bonæ fidei possessori, quam prædoni dicendum est.

ADdamus, quod proponitur in *l.* 28. ex S C. siue oratione D. Adriani, omne lucrum auferendum esse possessori alienæ hereditatis, siue bonæ fidei, siue malæ fidei possessor fuerit, etiam inhonestum lucrum, vt *l. 52. inf.* vt si quid redegerit ex locatione cellarum aut lupanaris, *l. prox. sup.* ne, inquit, *d. lex 52. honesta interpretatio non honesto quæstui, lucrum possessori faciat*, quasi scilicet non sit æquum inhonestum lucrum petitori restitui, aut non sit honestum, id a petitore desiderari: ne, inquam, hæc speciosa, vel specie tenus honesta interpretatio lucrum possessori faciat, siue adferat: ne possessor turpe lucrum retineat, quod fecit, quod potius ei auferendum est, qui turpiter locauit prostibula, & dandum innocenti, puta petitori. Verba orationis ad quæ respicit Paulus in hac l. 28. hæc sunt: *æquius esse possessorem lucrum non facere, l. 22.* quæ latissime accipiuntur de quocunque lucro, etiam inhonesto. Neque huic sententiæ obstat lex *5. de vsur.* quæ ait, in bonæ fidei iudiciis, quale est petitio hereditatis, generaliter obseruari, vt non recipiant præstationem, quæ contra bonos mores desideretur, id est, præstationem inhonestam, quia etiam in petitione hereditatis non veniunt fructus, aut quæstus, quos malæ fidei possessor inhoneste percipere potuit, nec percepit sed ij tantum quos honeste percipere potuit, nec percepit, *l. fructus, inf. de rei vind.* Bonæ fidei iudicium, non recipit præstationem accessionum, quæ inhoneste percipi potuerunt, nec perceptæ sunt. At fructus vel partus etiam inhoneste percepti veniunt in petitionem hereditatis, quia æquius est eos innocentem, quam nocentem habere.

Ad leg. 30. eod.

Iulianus scribit, actorem eligere debere, vtrum sortem tantum, an & vsuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non obseruabimus quod senatus voluit, bonæ fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quæ seruari non potest? Dicendum itaque est in bonæ fidei possessore hæc tantummodo eum præstare debere, id est, vel sortem, & vsuras eius, si eas perceperit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris.

POssessor hereditatis, quæ ad alium pertinebat, pecuniam hereditariam alij credidit, eamque certa die sibi solui, & quo tardius sibi solueretur, eius sibi vsuras dari stipulatus est. Quæritur, an electionem habeat verus heres, instituta aduersus eum petitione hereditatis, vtrum sortem duntaxat, id est, pecuniam creditam accipere velit, si eam possessor perceperit: aut si non perceperit, vtrum sibi cedi velit sortis tantum repetitionem periculo possessoris, qui eam credidit, id est, ea lege, vt si nihil a debitore propter inopiam eius consequi possit, integra ei sit aduersus possessorem petitio sortis, an vero & sortis & vsurarum sibi actiones cedi velit suo periculo, id est, possessoris? Et vt refert Paulus, Iulianus quidem scribit electionem esse debere actoris: quæ tamen Iuliani scriptura, si generaliter accipiatur, falsa est: si specialiter, vera. Pleraque generaliter & indistincte scripta, falsa sunt, quæ distincte & specialiter scripta, sunt vera, argumento legis *moris §. sunt autem, de pœn.* In prædone quidem si cum eo agatur, iustum est electionem illam actori dari *l. 22. sup.* cum qua hæc coniungenda videtur, & in specie legis 20. *§. petitam, sup. hoc tit.* In prædone, inquam, æquum est electionem illam actori dari, qui cum prædone agit petitione hereditatis, non si agat cum bonæ fidei possessore, qui vtique debet esse melioris conditionis quam prædo, siue malæ fidei possessor, & certe ex S C. Adriano bonæ fidei possessor eo vsque duntaxat tenetur, quo locupletior est factus: & ideo debere, (*hæc sunt verba Senatusconsulti*) hæc tantummodo præstare. Eo igitur, cui bonæ fidei possessor pecuniam hereditariam credidit, redacto ad inopiam, ipse actori eius pecuniæ nomine non tenetur, quia ex ea non est factus locupletior. Denique sortem tantum, & vsuras præstare actori debet, quas ab eo debitore accepit, vel si minus, aut nihil percepit, actori satis est, si ei cedat actiones, siue nomina periculo eius, periculo actoris in id, quod adhuc ex sorte, & vsuris debetur: vt plerumque nomina cedi solent periculo & sumptibus cessionarij, *l. 14. in fi. de ser. corr. l. 17. in fi. hoc tit.* Ipse bonæ fidei possessor periculum nominum, quæ fecit bona fide, agnoscere non debet. Ceterum, vt dixi, cedere debet petitori nomina siue actiones, quia verus heres, idemque petitor aduersus debitorem, qui non hereditarius, sed possessoris debitor est; nullam actionem habet, ne vtilem quidem. Idcirco cedenda ei, siue mandanda est, aliter, quam si quis actionem, siue nomen emerit, aut pignori acceperit, cui aduersus debitorem constat competere vtilem actionem fine cessione, *l. 20. de pign. l. postquam, C. de hered. vend. l. 2. C. de obligat. & act.* Nomina vocat, hoc loco cautiones fœneratitias, vsurarias cautiones, vt *l. vlt. in princ. C. de pact. conuent. sup. dot.* D. Hieronymus in Esaiam cap. quinquagesimo octauo; *Nomina*, inquit, *quæ vulgo appellant cautiones.* Qui hæc nomina alij cedit, certe & actiones cedit.

Ad leg. 32. eod.

Per seruum adquisitæ res heredi restituendæ sunt: quod procedit in hereditate liberti, & cum de inofficioso agitur, cum interim in bonis esset heredis.

PEtitione hereditatis tenetur, qui pro herede ius, aut rem hereditariam possidet, tametsi heres non sit: sed putet se esse, vel etiam sciens se heredem non esse, contendat tamen, se heredem esse, & petitori faciat controuersiam hereditatis, *l. 11. & 12. h. tit.* Imo vero & nonnumquam, qui cum reuera esset heres, puta iusto testamento scriptus pro herede possidet, hac actione tenetur, vidilicet, si rescisso testamento, quod ab initio iustum fuit, ab intestato hereditas vindicetur, quod euenit duobus casibus, qui in hac lege proponuntur. Vnus hic est, si patronus fuerit præteritus testamento liberti, & in eo extraneus heres scriptus, qui nunc possidet hereditatem, & patronus ex causa præteritionis petierit bonorum possess. cont. tabul. liberti. & per eam resciderit testamentum liberti. Nam bon. possessio cont. tabul. testamentum rescindit, *l. 1. de leg. præst. l. vt liberis, C. de collat.* Hoc casu heres scriptus, idemque possessor hereditatis iustus, patrono, qui rescidit testamentum, tenetur veluti ab intestato possessoria hereditatis petitione, vt ei restituat hereditatem

tem; quamuis ab initio eam nactus fuerit optimo iure ex iusto testamento, eodemque iure eam possederit. Alter casus hic est, si filius exheredatus testamento patris, quod nihilominus testamentum omnino iustum est, aduersus extraneum heredem scriptum eundemque possessorem, agat querela inofficiosi testamenti, siue petitione hereditatis de inofficioso testamento (sic appellatur *in l. si quis filiumfam. C. de inoffic. test.*) & obtineat atque ita rescindat testamentum patris in totum, quia testamento rescisso heredem scriptum, eundemque possessorem excludit, & veluti ab intestato patri succedit, quia per querelam patrem intestatum facit. Et his duobus casibus, quibus petitione hereditatis recte agitur aduersus heredem, aduersus extraneum, iusto testamento heredem scriptum: si vincatur heres scriptus, debet restituere petitori, non tantum res hereditarias, sed & res sibi non ex re sua adquisitas per seruum hereditarium, quum, inquit, interim in bonis esset heredis. *Cum* pro *quia*, id est, quia is seruus interim nondum testamento rescisso in bonis fuit heredis scripti, eiusdemque possessoris: & ideo quidquid interim adquisiuit, id ei adquirit. Heredis igitur, id est, heredis scripti eiusdemque possessoris, vt in *l. seq.* & paulo supra: similiter heredi, id est, heredi scripto, eidemque possessori. Dixi quidem eum heredem scriptum debere restituere, quod interim non ex re sua quæsiuit per seruum hereditarium. Dixi non ex re sua, vt *l. præterea, inf. de rei vindic.* quia quod ex re heredis scripti seruus hereditarius interim ei adquisiuit, sane in restitutionem siue in petitionem hereditatis non venit, *l. seq. in princ. hoc tit.* Si modo bonæ fidei possessor fuerit, *l. qui bona, de adquir. rer. dom. l. 19. de donat. inter vir. & vxor.* Quid autem sit, ex re, declarat Theophilus *in §. de iis, per quas person. nobis adq. & l. ex re fructuarij, de vsufr.* Quod ergo heres scriptus quæsiuit per seruum hereditarium ex re sua, id non restituit petitori. At quæritur, an etiam ea, quæ adquisiuit ex operis serui, non veniant in restitutionem? Et sane hæc videntur esse restituenda actori, quia lex sequens excipit tantum eá, quæ ex re possessoris heredis scripti seruus adquisiuit, non etiam ea, quæ adquisiuit ex suis operis. Et Accursius in ea sententia est, vt quod adquisiuit ex operis restitui debeat petitori hereditatis. In eadem sententia est Græcus interpres subtili ratione motus, quia heres scriptus hereditatis proprie, non serui hereditarij possessor fuerit, adeo, vt nec eum vsucapere potuerit: nemo enim aliud possidendo aliud vsucapere potest, vel potius non potest id vsucapere, quia interim in bonis eius est, vt hoc loco Paulus ait.

Ad l. 34. eod.

Filiifamilias militis puto peti posse hereditatem ex testamento nobis obuenientem.

1. §. Si seruus vel filiusfamilias res hereditarias teneat: a patre, dominoue peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. Certe si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio serui habeat, & Iulianus existimat posse a domino, quasi a iuris possessore, hereditatem peti.

QVod est initio huius legis, est apertissimum, hereditatem peti posse ex testamento filiifam. militis, quo testatus est de castrensi peculio, ab herede scripto; scilicet instituta hac actione aduersus patrem, vel alium, quemcumque qui castrensia bona possidet pro herede, vel pro possessore: nam ex priuilegio militiæ, quod dedere constitutiones principum, castrense peculium hereditas intelligitur esse filiifam. si de eo testamentum fecit quod & scripti heredis aditione confirmatum est *l. 2. in fi. hoc tit. l. 2. §. item si filiusfamil. famil. ercisc. l. 18. de stip. seru. l. si filiusfam. ad leg. Aquil.* Posthæc additur in h. l. si filiusfamilias, aut seruus res hereditarias teneat pro herede, vel pro possessore, dominum vel patrem, si earum restituendarum facultatem & copiam habeat, suo nomine recte conueniri petitione hereditatis, non de peculio, vt in *l. 36. inf.* Quia eas res ipse dominus, vel pater tenere, vel possidere intelligitur. Idemque est, si pretium rerum hereditariarum venditarum seruus habeat in peculio, quia scilicet, quidquid seruus habet in peculio, id dominus intelligitur habere in suo patrimonio. Denique possidere intelligitur pretium quod seruus habet in peculio. Et tenetur ergo petitione hereditatis quasi rei possessor, siue pecuniæ hereditariæ, non quasi possessor iuris. Quod tamen hoc loco perperam adscriptum est, his verbis, *quasi a iuris possessore*, quæ verba irrepsisse videntur ex *l. seq.* quæ recte quidem ait, *si nondum pretia rerum hereditariarum seruus consequutus sit, a domino peti hereditatem posse, quasi a iuris possessore*, quia habet actionem ex vendito sibi per seruum adquisitam etiam inuito & ignoranti, *l. seruus vetante, de verb. oblig. l. quemadmodum, de iure dot.* quam actionem vbique victus cedere petitori debet. At in proposita specie legis trigesimæ quartæ, quum pretium redactum ex venditione rerum hereditariarum seruus in peculio habet, hereditas petitur a domino, quasi a rei siue pecuniæ possessore, non quasi a iuris possessore, quia rem, non ius possidere intelligitur. Et hoc tantum notandum est ad hanc legem

Ad legem 36. eodem.

Si a domino, vel a patre, qui pretia possidet, hereditas petatur, an filio, vel seruo mortuo, vel seruo manumisso, vel emancipato filio, intra annum agi debeat? & an debitum sibi dominus, vel pater deducere potest? Iulian. verius esse ait, id quod Proculus quoque respondit, perpetuo actionem dandam: nec deduci oportere id, quod ipsi debetur: quia non de peculio agatur sed hereditas petatur. hæc recte, si pretia habeat seruus, vel filiusfamilias. Quod si propterea hereditas petatur a domino quod seruus debitor fiat: perinde haberi debebit, atque si de peculio ageretur. Idem dicendum Mauricianus ait, etiam si pecuniam ex pretio preceptam seruus, vel filius consumpserit, sed alias ex peculio eius solui potest.

1. §. Sed & a filiofamil. peti hereditatem posse non est dubium: quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum. multo magis dicimus posse peti hereditatem a filiofamil. qui, cum paterfamilias esset, & possideret hereditatem, adrogandum se præstauit.

2. §. Si possessor hereditarium seruum occiderit, id quoque hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere vtrum velit sibi eum condemnari: vt caueat se non acturum leg. Aquil. an malit, integram sibi esse actionem legis Aquiliæ, omissa eius rei æstimatione a iudice. Quæ electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit seruus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem.

3. §. Si prædo dolo desisset possidere: res autem eo modo interierit, quo esset interitura, & si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba Senatusconsulti, melior est causa prædonis, quam bonæfidei possessoris: quia prædo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis, quam bonæ fidei possessor. Itaque & si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, vt pretium consequatur: alioquin lucraretur aliquid prædo.

4. §. Quo tempore locupletior esse debeat bonæfidei possessor, dubitatur. Sed magis est, rei iudicatæ tempus spectandum esse.

5. §. Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conseruandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonæfidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus, sicut Sabino quoque placuit.

CÆterum ad eandem quæstionem pertinet magna pars l. 36. quæ est ex eodem libro. Vt initium intelligamus, sciendum est, actionem de peculio qua dominus te-

netur ex negotiis a seruo cum aliis gestis, vel qua pater tenetur mortuo seruo, vel filio, aut manumisso seruo, vel emancipato filio: non perpetuam sed annuam actionem esse de peculio post mortem filij, aut serui, vel post manumissionem, aut emancipationem, in patrem vel dominum esse annuam ex edicto, *quando de peculio actio ann. sit.* Et in ea actione de peculio quidem, quod est notissimum, ante omnia patrem, vel dominum deducere, quod sibi filius vel seruus naturaliter debuit, idque sibi soluere prius, ex residuo pro modo debiti satisfacere actori. longe alio iure est petitio hereditatis: nam petitio hereditatis est actio perpetua, *l. 7. C. eod. l. 8. C. de iure delib. l. 4. C. in quibus caus. long. temp.* Nec in petitione hereditatis quidquam detrahitur, deducitur, vel excipitur ab eo, cum quo agitur. Vnde quæritur initio legis 36. an mortuo aut manumisso seruo, vel mortuo, aut emancipato filiofamilias, si dominus vel pater possideat pretia rerum hereditariarum, quæ seruus vel filius in peculio habuit, an intra annum duntaxat agi cum eo debeat: & an deducere possit, quod sibi seruus, aut filius debuit? Et ex Iuliano Paulus scribit, recte cum patre, vel domino eo nomine perpetuo agi posse nulla facta deductione: quia petitione hereditatis conuenitur, non actione de peculio. Et ab hac sententia excipitur tantum vnus casus, si ipsa actio de peculio deducatur in petitionem hereditatis, quia in eam deducitur cum sua causa, suaue natura, vt & alia quælibet actio si qua veniet in petitionem hereditatis, vt *l. 14. in princ. de seru. corrupt. l. 20. §. cum prædiximus, sup. hoc tit.* Hoc igitur casu, quum actio de peculio deducitur in petitionem hereditatis, petitio hereditatis assumit naturam actionis de peculio, petitio hereditatis finitur anno post mortem, aut manumissionem serui, & in ea deducitur, quod patri vel domino debetur: exempli gratia, si cum patre, vel domino agatur petitione hereditatis quasi cum iuris possessore, id est, quasi cum debitore hereditario, de peculio duntaxat, propterea quod seruus eius, vel filius debitor fuit hereditarius ex contractu, vel ex negotio gesto, forte ob consumptam pecuniam, quam redegerat ex pretio rei hereditariæ, quem postremum casum adiecit Mauritianus ad Iulianum. Tres sunt loci in iure, in quibus citantur Mauritiani Notæ ad Iulianum. Vnus hic est. Alter in *l. 7. de pact.* Tertius *in l. adhuc, D. de vsufr.*

Ad §. 1.

His additur, & hic est finis in §. 1. *h. l. 36.* non tantum a patre peti hereditatem posse, si filiusfam. rem hereditariam teneat, sed etiam a filio, si restituendæ eius filius facultatem habeat: a seruo non potest, quia cum seruo nullum est iudicium, sed a domino tantum. Filio autem possidente, vel a patre, vel a filio, si filius restituendæ eius facultatem habeat. Nam vt actione in rem speciali, *l. officium, in fi. de rei vindic.* ita petitione hereditatis omnes tenentur, qui tenent rem hereditariam, & restituendi facultatem habent. Et multo magis, vt ait, petitione hereditatis tenetur filiusfamil. qui cum esset paterfamil. ea teneri cœpit possessis rebus hereditariis, vt puta, si postea, se adrogandum dedit, atque ita ex patrefamil. filiusfam. factus sit, quia & si adrogatione capite minutus sit mutata familia, tamen ex edicto de capite minutis perinde tenetur ex antegesto, atque si capite minutus non fuisset, iisdem scilicet actionibus, quibus tenebatur ante capitis deminutionem, id est, antequam ex patrefam. fieret filiusfam.

Ad §. si possessor.

Exposui initium *l. 36.* quæ aptanda erat legi 34. & quæstionem etiam § *sed & a filiof.* eiusdem leg. Nunc venio ad §. *si possess.* Sicut ante docuit Paulus actionem de peculio venire & deduci posse in petitionem hereditatis, puta si seruus debitor hereditarius fuerit ex aliquo contractu, quia ex ea causa dominus heredi iure prætorio tenetur actione de peculio, atque etiam petitione hereditatis quasi possessor iuris: Ita nunc docet in hoc §. actionem legis Aquiliæ venire posse in petitionem hereditatis, vt puta si sit possessor malæ fidei: Nam hoc tantum poni potest in possessore malæ fidei, quia possessor bonæ fidei, quem possidet hominem iniuria non occidit, sed suo iure, quum existimat se suo iure vti. Sed si malæ fidei possessor seruum hereditarium occiderit, quia iniuria damnum dedit, actio legis Aquil. potest deduci in petitionem hereditatis, non quidem in duplum, etiamsi possessor inficietur se occidisse, sed in simplum tantum, prout actio legis Aquil. origine sua est in simplum tantum, non prout ex accidenti crescit in duplum reo in litis contestatione inficiante se occidisse l. 20. §. *quum prædiximus, sup. h. tit.* Quod memini me latius exponere lib. superiori ad leg. 14. *de seru. corr.* Cæterum vt hic ostenditur, eligere petitor potest, si hoc malit, actionem legis Aquiliæ in simplum, & duplum ab inficiatore exigere omissa petitione hereditatis, vt *l. non solum, & l. seq. de rei vind.* Verum eligentem petitionem hereditatis consequi posse simplum duntaxat: nam cur non egit lege Aquilia in duplum? Ac præterea cauere debere, si eligat petitionem hereditatis, vt diximus, se non acturum lege Aquilia. De possessore loquitur Paulus, qui seruum hereditarium occidit. Seruus hereditarius dicitur ante aditam hereditatem, qui nondum habet dominum. Post aditam autem hereditatem non dicitur seruus hereditarius, quia is habet dominum, sed seruus heredis. Et hic si occisus fuerit a possessore, actio quidem legis Aquiliæ heredi competit, sed non etiam petitio hereditatis, quia ille eo nomine debitor est hereditatis non debitor hereditarius. Actio est heredis propria, non actio hereditaria: actio cœpit ab herede, non a defuncto, non ab hereditate iacente. Ideoque in petitionem hereditatis venire non potest, *l. 16. §. non solum, l. 19. §. quod si pro empt. hoc tit.* Et competit igitur heredi tantum actio legis Aquiliæ. Tenetur quidem possessor malæ fidei petitione hereditatis ad seruum restituendum, vel eius æstimationem, quem iniuria occidit, vt & Ioannes adnotauit hoc loco: non tamen tenetur etiam petitione hereditatis ad sarciendum damnum iniuria datum post aditam hereditatem, in quantum potest conueniri, actione legis Aquiliæ, quia hoc casu non potest actio legis Aquiliæ deduci in petitionem hereditatis. Præterea dicit Paulus occiso seruo hereditario, heredem, qui postea hereditatem adiuit, eligentem petitionem hereditatis, cauere debere, se non acturum lege Aquilia, quia scil. in locum actionis ex lege Aquilia petitio hereditatis succedit, aliter quam si ex vno eodemque facto commodati sit actio & legis Aquiliæ, vt si qui ruperit vestimenta sibi commodata, qui eo nomine si conueniatur actione commodati, actor cauere ei non debet, se non acturum lege Aquil. Imo & cum eo adhuc actione legis Aquil. experiri potest in id, quod amplius in ea est *l. qui seruum, de obl. & act.* Quare? quia actio commodati non succedit in locum legis Aquiliæ: siue quia actio legis Aquil. non inest actioni commodati. actio autem legis Aquil. inest petitioni hereditatis: quandoquidem ideo agitur petitione hereditatis cum eo, qui seruum hereditarium occidit, quod ex causa legis Aquil. debitor sit hereditarius, siue iuris hereditarij possessor.

Ad §. Si prædo.

Prædo, id est, malæ fidei possessor est, qui inuasit bona quæ sciebat ad se non pertinere. Finge, seruum hereditarium dolo malo desiit possidere, priusquam conueniretur petitione hereditatis, nempe eum alij vendidit, & cum esset tantum dignus 20. eum pluris vendidit, puta 30. Seruus autem interiit apud emptorem suo fato, sua morte, & eo modo, quo interiisset apud prædonem, si eum non distraxisset, interiit, vt Græci aiuut, κατ' ουσίαν φθορὰν, κατ' οἰκείαν μοῖραν. Quæritur an electio sit actoris, vt

vt vel ab eo prædone petat verum pretium serui petitione A hereditatis, id est, 20. an id quod ab emptore accepit, quod triplo superat verum pretium, id est, 30. Et ex verbis SCti Adriani videtur non esse electio actoris, sed audiendum esse prædonem, si velit præstare verum pretium: quia senatus voluit prædonem, qui dolo malo desiit possidere, perinde damnari quasi possideret indistincte, eo non distincto quid fieri oporteat, si seruus interierit, vel alia res hereditaria, quam dolo malo desiit possidere. atqui si seruum possideret, isque interiret apud eum sine dolo malo eius, verum pretium duntaxat præstare teneretur, *l.* 20. *§. vlt. h. t.* Ergo audiendus videtur etiam apud emptorem mortuo, si verum eius pretium præstare velit, id autem, quod accepit ab emptore, quod est longe maius, præstare B recuset. Contra vero, vt eleganter disputat Paulus in hoc §. sed egebat interpretatione, contra inquam, facta comparatione bonæ fidei possessoris cum prædone concludit, electionem esse actoris, vt aut verum serui pretium petat, si eo contentus sit, aut id, quod prædo ex eius venditione redegit: quia eadem electio ei datur aduersus bonæ fidei possessorem, seruo hereditario vendito, & mortuo sua morte apud emptorem, si ex pretio sit locupletior, quod ex venditione redegit, vt plane significatur his verbis SC. quæ sunt de bonæ fidei possessore, *& si res ante petitam hereditatem deperissent.* Non debet autem prædo esse melioris conditionis quam bonæ fidei possessor, *l. non solum, de nox. act.* Si igitur hæc electio datur actori aduersus bonæ fidei possessorem, & danda est multo magis aduersus prædonem. Denique ex mente SCti, & ducto argu- C mento ex comparatione, ἐκ συγκρίσεως bonæ fidei possessoris cum prædone, re a prædone vendita maiore pretio & perempta apud emptorem, eadem electio actori danda est, ne prædo quidquam lucretur, id est, ne lucretur decem, quanto pluris rem hereditariam vendidit: si omne lucrum bonæ fidei possessori auferendum est, quod propter hereditatem accepit, & multo magis prædoni, *l.* 28. *h. t.* Ex diuerso igitur re vendita minore pretio & perempta apud emptorem, actor verum pretium eligere, & in petitionem hereditatis deducere potest, quoquo cum possessore agat. Et hæc est sententia *§. si prædo.*

Ad §. pen. D

IN hoc §. quæritur, quia ex SCto bonæ fidei possessor in id duntaxat tenetur, in quo locupletior factus est: Quæritur, inquam, quo tempore spectandum sit, quatenus locupletior factus sit, vtrum tempore litis contestatæ, an tempore rei iudicatæ? Et ait, rei iudicatæ tempus spectandum esse: ergo plane negat quod adserit glossa, nescio quo ore, litis contestatæ tempus spectandum esse. Magis est, inquit, rei iudicatæ tempus spectandum esse. Non ergo litis contestatæ tempus. Verumtamen si quid dolo malo post litem contestatam desierit possidere, fateor perinde eum damnari, atque si id possideret rei iudicatæ tempore, licet ex eo non factus sit locupletior, *l.* 25. *§. si ante, h. tit.* Ratio autem eius responsi pendet ex formula iudicio- E rum bonæ fidei, quorum ex numero etiam est petitio hereditatis. Qua quidem formula intentio actoris, aut litis æstimatio omnis confertur in id, quod ex bona fide, siue ex bono & æquo iudex arbitrabitur. Ergo confertur ad tempus rei iudicatæ, ac proinde tempus rei iudicatæ spectandum est. Contra in strictis iudiciis formula refertur ad præsens tempus, quo sc. agitur, quo lis contestatur, non ad futurum rei iudicatæ tempus. Ideo recte dicitur in *l.* 3. *§. in hac, commod.* in bonæ fidei iudiciis quanti res sit, rei iudicatæ tempus spectari, quod & confirmat *l. rei iudicatæ, sol. matrim.* quæ est etiam de actione bonæ fidei, nempe rei vxoriæ: In strictis vero iudiciis spectari tempus litis contestatæ.

Ad l. 4. De except.

In pupillo, cui soluta est debita pecunia sine tutoris auctoritate, si quæratur an doli exceptione summoueri debeat, illud tempus inspicitur, an pecuniam vel ex ea aliquid habeat, quo petit.

AT quod notandum maxime est, huic §. pen. videtur Paulus adiecisse, quod ex hoc ipso libro relatum est in *l.* 4. *de except.* vt intelligeremus aliam rationem esse pecuniæ a debitore pupillo solutæ sine tutoris auctoritate, quam si postea pupillus petat, quasi non liberato debitore, nec recte facta solutione sine tutoris auctoritate, ita demum repellitur exceptione doli mali, si ex ea pecunia locupletior sit eo ipso tempore quo petit, id est, tempore litis contestatæ, licet tempore rei iudicatæ eam perdiderit, dissipauerit, quia agendi causa ab initio defecit, propterea quod ab initio litis ex ea pecunia locupletior fuit. Alioquin si non esset locupletior, petenti non obstaret exceptio doli mali, *l. in pupillo, de solut.* Eademque ratio est negotiorum pupilli gestorum sine tutoris auctoritate: Nam si cum eo agatur negotiorum gestorum, spectamus eo tempore quo agitur, id est, quo lis contestatur, an ex ea re factus sit locupletior. Nam si eo tempore locupletior factus sit, condemnatur vt reddat gestori impensas, & cætera, quæ venire possunt in contrariam actionem negotiorum gestorum: sin minus, absoluitur, *l. litis, de negot. gest.* Eadem quoque ratio est pecuniæ creditæ filiofam. contra SCtum Macedonianum, cuius petitio nulla est nisi tempore petitionis, siue litis contestatæ ex ea pecunia locupletior factus inueniatur, *l.* 34. *de minorib. & d. l. in pupillo, in fi.* Hoc enim casu pecunia peti ab eo potest, quia tempore litis contestatæ ex ea locupletior est, etiam si rei iudicatæ tempore eam absumpserit male, quia satis est ab initio fuisse iustam agendi causam. Nunc reuertor ad §. vlt. l. 36.

Ad §. vlt. legis 36.

IN §. vlt agitur de fructib. rerum hereditariarum, quos etiam constat venire in petitionem hereditatis. Si cum bonæ fidei possessore agatur, primum venire fructus omnes, qui percepti sunt ante motam controuersiam, si ex eis locupletior factus fuerit, puta si extent, non si consumpti sint bona fide. Non venire autem fructus, quos ante motam controuersiam bonæ fidei possessor percipere potuit, nec percepit, id est, non venire fructus percipiendos sed tantum perceptos extantes. Post motam autem controuersiam venire perceptos & etiamsi bonæ fidei possessor ex eis locupletior factus non fuerit, atque etiam eos, quos honeste percipere potuit post motam controuersiam, nec percepit, quia post motam controuersiam, omnes possessores pares sunt. Et post motam controuersiam, qui ante bonæ fidei possessor erat, prædoni comparatur. Et si agatur cum prædone petitione hereditatis, omnes fructus rerum hereditariarum veniunt quocunque tempore percepti, etiamsi ex eis locupletior factus non fuerit, etiam percepti ante motam controuersiam, & ij quoque fructus, qui quoquo tempore honeste percipi potuerunt, quod ipsum fuit de fructibus Senatusconsulto etiam expressum, *l* 25. *§. quod autem, l.* 40. *§. prædo, inf. hoc tit. l.* 1. *C. eod. l. fiscus,* 2. *de iure fisci. l. heredem, & l. seq. de iis quibus vt indig. l.* 4. *§. post litem, fin. regund.* Et ita in habenda ratione fructuum, aut in facienda restitutione fructuum, differentia est inter prædonem & bonæ fide possessorem. Hoc tamen est commune vt ostendit in hoc §. inter prædonem & bonæ fidei possessorem, quod quos fructus restituere tenentur, ex eis prius debent deducere impensas factas eorum quærendorum, colligendorum, aut conseruandorum causa. Idque naturalis ratio postulat, vt fructus ij tantum esse intelligantur, qui supersunt deductis

ſumptibus fructuum redigendorum cauſa factis, vt *l. 4. de oper. ſeru. l. fructus, ſol. matrim. l. 1. C. de fruct. & lit. exp.* Impenſas fructuum redigendorum deminuere fructus, *l. quod in fructus, de vſur.* nullum caſum interuenire poſſe, qui hoc genus deductionis impediat, *l. fundus qui dotis, fam. ercisc.* quod ibi ὑπερβολικῶς dictum eſt, *nullum caſum*, quia extat vnus caſus in *l. vlt. C. de fundis rei priuatæ, lib. 11.* quo is, qui emit fundum rei priuatæ principis, fundum reſtituit, & fructus omnes non deductis impenſis. Et verum eſt etiam, quod hic notat Accurſus, decimas fructuum deberi, non deductis impenſis, non tantum ex *cap. paſtoralis*, quod adducit, ſed & ex *cap. quod a nobis, extra de decimis.* Quo argumento poteſt dici colonum partiarium, *meſtayer*, domino præſtare debere partem fructuum, de qua conuenit, non deductis impenſis, quæ eſt hoc loco Alberici ſententia. Et hoc iure vtimur. Sed repugnat lex *ſi merces, §. vis maior, loc.* quæ ait, colonum partiarium, qui partibus, non nummis colit, quaſi iure ſocietatis lucrum & damnum cum domino partiri. Et vtique hac in re id potius ſequendum eſt, quod agitur inter contrahentes, vel quod agi intelligitur. Nam quod agi intelligitur pro cauto habetur, *l. 5. de rebus cred.* vel ſi non appareat quid actum ſit, ſequimur id, quod in ea regione, in qua contractum eſt, frequentatur, *l. 34. de reg. iur.* At regulariter fructus ſemper deduci intelliguntur deductis impenſis fructuum gratia factis. Et retro, quod addi velim, etiam impenſæ intelliguntur, quum de eis reſtituendis agitur, quas quis fecit in rem alienam. Impenſæ, inquam, intelliguntur deductis fructibus perceptis. Deductis fructibus, quos ex re aliena, in quam impenſas fecit, percepit, niſi ſcilicet aliud ſuadeat voluntas teſtatoris, vt in *l. quibus §. 1. de cond. & demonſtrat.* Reſtat tantum hæc inſpectio, an in aliis impenſis, quæ non fiunt fructuum cauſa, ſit differentia inter prædonem & bonæ fidei poſſeſſorem. In his, quæ fiunt fructuum cauſa, nulla eſt differentia, ſi bene fructus prouenerint: nam fructus compenſantur cum impenſis, pro eorum modo & quantitate. At ſi nulli fructus prouenerint, parua quidem differentia eſt inter prædonem & bonæ fidei poſſeſſorem, quia bonæ fidei poſſeſſor impenſas factas fructuum cauſa, ſi nihil fructuum perceperit, petitori reputare poteſt, non etiam prædo *l. ſeq.* In aliis impenſis, quæ non fiunt fructuum cauſa, magna eſt differentia inter prædonem & bonæ fidei poſſeſſorem.

Ad l. 38. De petit hered.

Plane in cæteris neceſſariis, & vtilibus impenſis poſſe ſeparari: vt bonæ fidei quidem poſſeſſores has quoque imputent: prædo autem de ſe queri debeat, qui ſciens in rem alienam impendit. Sed benignius eſt in huius quoque perſona haberi rationem impenſarum: non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere, & id ipſum officio iudicis continebitur: Nam nec exceptio doli mali deſideratur. Plane poteſt in eo differentia eſſe: vt bonæ fidei quidem poſſeſſor omnimodo impenſas deducat, licet res non extet, in quam fecit: ſicut tutor, vel curator conſequuntur: prædo autem non aliter, quam ſi res melior ſit.

Diximus de impenſis factis fructuum ſerendorum aut percipiendorum, aut condendorum gratia, eas naturalem rationem exigere: vel, vt ait Paul. ſatis noue, expoſtulare, vt deducere liceat tam malæ fidei quam bonæ fidei poſſeſſorib. qui eas fecerunt ex fructib. quos cum poſſiderent hereditatem ad ſe non pertinentem, perceperunt, & conuenti petitione hereditatis, actorib. veris heredib. reſtituere coguntur: in deductione earum impenſarum ex fructibus ſiue compenſatione, pares eſſe omnes poſſeſſores, ſiue ſint bonæ fidei ſiue malæ fidei. At impenſis factis fructuum cauſa, nec vllis fructibus perceptis ob calamitatem illatam terris vi diuina, tum non eſſe pares. Bonæ enim fidei poſſeſſorem impenſas imputare, quas fecit fructuum cauſa, ei qui hereditatem vindicat, ſi nulli fructus peruenerint: Malæ fidei poſſeſſorem, ſiue prædonem, non item: quia donaſſe eas impenſas videtur, qui ſciens ſe poſſidere fundum alienum, eas fecit in eum fundum. Sicut & is, qui cum non poſſideret fundum alienum ſciens, vltro, forte laſciuia quadam, ſegetem maturam deſecuit ſuis ſumptibus, neque eam aſportauit ſecum, donaſſe videtur eos ſumptus domino fundi, *l. 27. §. ſi oliuam, ad leg. Aquil.* Et his duob. caſibus malæ fidei poſſeſſor, qui eos ſumptus fecit, neque petitionem eorum habet neque retentionem, quia fructus non tenet, per quorum retentionem eos ſibi ſeruare poſſit. dicamus modo de impenſis factis non fructuum redigendorum cauſa, ſed ipſarum rerum hereditariarum gratia. Ex his impenſis aliæ ſunt neceſſariæ, aliæ vtiles, aliæ voluptariæ, ſiue voluptuoſæ; quæ quales ſint definitionibus aut exemplis declaratur in *l. ſeq.* & in *l. 1. l. 5. §. vlt. l. 6. & 7. & l. propen. de imp. in reb. dot. l. impenſæ, de verb. ſign. & ab Vlp. lib. ſing. regul. tit. de dotib.* Et in neceſſariis quidem, aut vtilibus impenſis videtur magna eſſe differentia inter prædonem & bonæ fidei poſſeſſorem: nam bonæ fidei poſſeſſor eas petitori imputare poteſt & deducere, antequam ei bona hereditaria reſtituat. Prædo eas ſibi potius imputare debet, non petitori, quia ei culpæ verti poteſt, quod temere impenſam fecerit in eas res, quas ſciebat ad ſe non petinere. Et ita eſt proditum in ſpeciali in rem actione, *§. certe illud, Inſtit. de rer. diuiſ.* Quod trahi poteſt ad petitionem hereditatis: namque hac in re nullum inuenio eſſe diſcrimen inter actionem in rem ſpecialem, & petitionem hereditatis. Verum hæc ſententia quæ differentiam conſtituit hac in re inter prædonem, & bonæ fidei poſſeſſorem, & ſpeciem iuris ſummi habet, quaſi nimis dura temperanda eſt eo modo addito, qui eſt in *l. 38.* Benignius ſcilicet & humanius eſſe, non minus prædonem, quam bonæ fidei poſſeſſorem impenſas neceſſarias & vtiles petitori imputare, quatenus petitor ex eis factus eſt locupletior, vt & *l. 37. de rei vind.* indicat illo loco: *Niſi forte quis dicat malæ fidei poſſeſſori prodeſſe exceptionem doli ad ſeruandas illas impenſas.* Malæ fidei poſſeſſori, inquit, de damno ſollicito, quia non debet petitor ex aliena iactura lucrum facere. Hæc eſt naturalis & benigna ratio, quæ efficit, vt prædo petitori reputare poſſit neceſſarias vel vtiles impenſas, ne petitor ex eius damno locupletetur. Hæc ratio minus iniquitatis habet, quam illa, quæ dicit (eſt enim hic conflictus duarum rationum) prædonem de ſe queri debere, qui temere ſciens in rem alienam impendit. Hæc, inquam, poſterior ratio minus iniquitatis habet, minus iniqua eſt, ac proinde amplectenda eſt iuxta regulam *l. 220. de reg. iur.* Concludamus igitur, adhibita benigna interpretatione, has impenſas quemlibet poſſeſſorem ſiue bonæ fidei, ſiue malæ fidei, petitori imputare & deducere poſſe. Quib. remediis duob. vel per retentionem rerum hereditariarum, in quas impenſæ factæ ſunt, oppoſita exceptione doli mali, vel etiam omiſſa ea exceptione, quia in iudiciis bonæf. quale eſt iudicium petitionis hereditatis, tacite ineſt exceptio doli mali, *l. ſed & ſi ideo, ſol. matrim. l. huiuſmodi, §. qui ſeruum, de leg. 1.* Omiſſa, inquam, ea exceptione, quæ omitti poteſt facile, cum inſit tacite iudicij bonæ fidei poteſtate, id vel bonæfid. vel malæ fidei poſſeſ. obtinere poteſt officio iudicis, vt *l. vlt. inf.* Sane perperam DD. omnes, quos ſaltem legi, hoc loco exceptionem doli dant bonæf. poſſeſ. tantum, non prædoni. Prædoni dicunt conſuli officio iudicis, non per exceptionem doli. Nam aut verba Pauli non intelligunt, quod ſæpe illis euenit aut certe vtrique poſſeſſori apertiſſime Paul. dat illa duo remedia, quibus ſeruat ſibi vtiles & neceſſarias impenſas. Et plane hac in re labor vanus & futilis eſt. Neque vero huic benigniori interpretationi Pauli obſtat *l. 37. in fi. de rei vind.* aut *l. domum, C. eod. t.* Quæ leges prædoni denegant exceptionem doli, qua ſibi vtiles impenſas ſeruet, & hoc tantum ei permittunt, vt tollat, quod impendit, ſi ea tollere poſſit ſine diſpendio heredis, & rei ſpecie priſtina

stina integra manente atque incorrupta. Nihil, inquam, obstat, quoniam hoc ita procedit, vt ostenditur in *l. 27. §. pen. & vlt. & l. 38. eod. t. de rei vind.* si heres, si dominus aliunde eas impensas soluere non possit. Hoc casu prædo non potest sibi seruare impensas vtiles per retentionem rei, in quam eas fecit opposita exceptione doli, vel officio iudicis, ne sic eueniat, vt dominus, cuius rem retinet possessor, re sua careat ob id, quod eas impensas soluere non possit: sed satis habere debet prædo hoc casu, si tollat ea, quibus eam rem fructuosiorem fecit, quæ modo tolli possint sine detrimento ipsius rei, aut domini. At si dominus aliunde eas impensas prædoni reddere possit, tunc sane etiam prædoni sibi seruare poterit per retentionem rei siue exceptionem doli mali, aut per officium iudicis. Biuium hoc ei patet, non minus, quam bonef. possessori, vt in hac lege proponitur, ne petitor ex aliena iactura lucrum faciat, vel quia, vt apparet causa par est, vt erubescat petitor ex aliena iactura affectare lucrum. At sciendum est, in hoc tantum differentiam esse inter prædonem & bonæf. possess. & quod ad rationem harum impensarum attinet, quæ vtiles sunt, vel necessariæ, quod bonæ fidei possessor impensas factas in rem hereditariam vtiles vel necessarias omnimodo reputat siue compensat actori, licet postea ea res perierit, vt si fulserit insulam ruentem, eaq; deusta sit: si seruum ægrum curauerit, isq; mortem obierit: si frumentum, aut vinum familiæ. hereditariæ parauerit, idq; frumentum, aut, vinum incendio, aut ruina perierit, *l. 4. de imp. in res dot. l. 10. §. 1. & l. 22. de neg. gest.* quod seruatur etiam in tutore & curatore: Nam quod vtiliter impendit tutor in rem pupilli, vel adolescentis, id conuentus actione tutelæ directa pupillo reputat, etiamsi ea res non extet, etiamsi ea res perierit, vel etiam id petit contraria actione tutelæ. Et in hanc rē hæc lex est valde singularis. Prædo autem non aliter eas impensas petitori reputat, quam si res, in quam factæ sunt, salua & incolumis sit, non aliter quam domino locupletiore facto. Non aliter, inquit, Paul. *quàm si res melior sit facta*, id est, non aliter, quam si res extet melior facta. Duo requiruntur, vt extet, nec perierit, & vt melior facta sit, id est, vt impensa fuerit necessaria, vel vtilis. Et hæc de impensis necessariis, vel vtilib. De voluptariis breuiter agamus. In his procul dubio differentia est, vt ostenditur in *l. seq.* inter prædonem & bonæ fidei possess. quia voluptarias quoque atque adeo superuacuas impensas bonæf. possessor reputat petitori, prædo non etiam, sed datur tantum ei potestas tollendorum eorum, quæ intulit in prædium hereditarium voluptatis causa, quæ sine detrimento prædij tolli possunt, veluti tollet statuas marmoreas, aut picturas. In voluptariis impensis nullus est fauor. Non omittam quod Accursius quærit in hac lege, an possessore hoc agente, vt sibi seruet impensas vtiles aut necessarias per retentionem rei hereditariæ, in quam eas impensas fecit, si dominus eam rem derelinquere paratus sit, vt potest *leg. & si forte, & §. Labeo, si seru. vind.* an tum possit possessor sibi eas impensas seruare per retentionē aliarum rerum hereditariarum quas possidet? Respondet autem Acc. non posse. Quod confirmari potest argumento legis *si absente, & l. cum fructuarius. de vsuf.* quæ dicunt fructuarium, qui paratus est derelinquere vsumf. non cogi dominum vsufructuariam reficere aut proprietario restituere sumptus, quos fecit domus reficiendæ causa; & *argumento l. 7. de aq. & aq. pluu.* quæ dicit bonæ fidei possessorem non teneri actione aquæ pluuiæ arcendæ ex 12. tab. de eo opere quod factum habet, quo aqua pluuia vicino nocet aut nocere possit, si locum derelinquere paratus sit. Et ita dominus, qui paratus est seruum derelinquere pro noxa, non tenetur eum defendere, aut pro eo sufferre æstimationem damni. Et dicemus etiam probata tota Acc. glossa, etiam bonæf. possessorem qui alienam hereditatem bona fide possidet, posse quidem ex alienis rebus retinere, deducere, compensare impensas, quas in vnam rem hereditariam fecit, si ea res interierit, vt hæc l. Paul. ostendit, non etiam si ea res extet, quamuis heres ea rē cedere, eamve derelinquere paratus sit.

Ad l. 40. De petit. hered.

Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani est vt post acceptum iudicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas: interdum durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut iumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialib. petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat. in bonæ fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. 1. §. Prædo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: ideoque eorum quoque fructus præstabit. In bona fidei autem possessore hi tantū veniunt in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est. 2. §. Actiones, si quas possessor nactus est, euicta hereditate restituere debet: veluti si interdictum vnde vi, aut quod precario concessit 3. §. Contra quoque si possessor cauerit damni infecti, cauendum est possessori. 4. §. Ad officium iudicis pertinebunt & noxales actiones: vt si paratus sit possessor noxæ dedere seruum, qui damnum dederit in (re) hereditaria, vel furtum fecerit, *absoluatur: sicut fit in interdicto* Quod vi aut clam.

Quæstio, quæ proponitur initio huius legis, est huiusmodi. Instituta petitione hereditatis, si post litem contest. mancipia hereditaria, quæ reus possidebat, vel iumenta, aut pecora, demortua sint sine dolo & culpa possessoris an eorum periculum pertineat ad possessorem. Et Paul. ex verbis orationis D. Adriani, quæ huius materiæ arx est, refert, periculum eorum animalium ad possessorem pertinere, atq; adeo possessorem eorum animalium nomine, quæ post litem contestatam deperierunt, actori esse damnandum, quia oratio vult, id omne actori præstari, quod habiturus esset, si litis contestatæ tempore restituta ei fuisset hereditas. Vnde si tum restituta hereditate, ea animalia non erant apud actorem interitura, vt puta qui ea si statim accepisset, distracturus erat & lucraturus pretium, fac fuisse venalitiarium siue mangonem, aut pecuarium negotiatorem, *l. 20. in fin. sup. hoc. t. l. 15. §. vlt. de rei vind.* Tunc eo nomine possessor damnandus est: nempe vt petitori verum pretium animalium demortuorum præstet: sed si eo quoque modo animalia erant actori peritura, etsi statim ei restituta fuissent, tum sane possessor nihil eo nomine præstare debet. Et hanc quoque distinctionem Proculiani censent seruandam esse in actione in rem speciali, vel in actione ad exhibendum, quæ præparatio est actionis in rem specialis. Et eorum sententia verior esse dicitur, eorumque distinctio, vtrum æque res fuerit peritura apud actorem, vt tum periculum non pertineat ad possessorem: an non fuerit peritura, vt tum periculum pertineat ad possessorem, *l. 15. §. vlt. de rei vind. l. de eo §. si post, ad exh.* Aliud tamē iudiciū fuit Sabinianis, siue Cassianis, quoniam hi verba orationis D. Adriani accipiebant de iis, quæ post litem contestatam reb. hereditariis accreuissent neque interiissent, veluti de adquisitionibus seruorū aut de partubus ancillarum, aut de fœtibus gregū, quia & hæc in restitutionem venire certum est: nō etiam verba orationis accipiebant de animalibus hereditariis, quæ post litē contestatā suo fato interiissent, quorum nomine sine vlla distinctione possessorem damnari durū & iniquū esse arbitrabantur. His vero duabus familiis siue sectis ICtorū, vt eas, quantum potest in concordiam adducat mediū se ponit Paulus, medium se interponit in h. l. & Proculianorum sententiam in prædone comprobat, Cassianorum autem in bonæ fidei possessore: Neque enim, vt ait, debet bonæ fidei possessor fatum, id est, naturalem interitū siue

mortalitatem præstare, aut propter metum fati, propter metum huius periculi, profecto non debet, inquit, temere ius suum indefensum relinquere. Quæ verba Pauli Accursius vsurpauit in *l. 4. de except.* sed non notauit hunc locum, vnde ea sumit, quo factum est, vt fœde eo loco Accursij verba deprauarentur. Sic enim vulgo glossa legitur etiam in manuscriptis, quod miror, *Cum nec metu*, inquit, *facilitatis debeat ius suum inconcussum relinquere*, nullo sensu. De bonæ fidei possessore loquitur Accurs. Corrige igitur & emenda ex hac l. *Cum nec metu fatalitatis debeat ius suum indiscussum relinquere*, non *inconcussum*. Nam & hoc loco, id est, hac l. idem Acc. notat, *prædonem de fatalitate teneri, & neminem debere ius suum indiscussum relinquere*. Itaque ex hac sent. Pauli hoc distat hac in re prædo a bonæ fidei possessore, quod si res natura sua intercideritt, interierit post litem contestatam, omnimodo bonæ fidei possessor absolui debeat, siue agatur petitione hereditatis, siue actione in rem speciali, & siue res fuerit apud actorem interitura, siue non: prædo autem non aliter absoluatur, quam si æque res interitura erat, etiamsi statim restituta fuisset actori. Quod etiam quandoq; seruatur in actione in personam, maxime si ea non agatur cum fure, aut cum raptore, aut cum eo, qui metum intulit. Qui tres indistincte ex his causis damnatur, siue res apud actorem interitura fuerit, siue non, *l. si eum exceptione. §. quatenus, quod met. cau.* alius autem malæ fidei possessor absoluitur, veluti depositarius, cum quo agitur depositi, qui rem depositam domino restituere recusat, cunctatur, ac proinde mala fide eam tenet. Absoluitur, inquam, si res naturaliter interiit post litem contestatam sua natura, eo modo, quo interitura erat apud actorem, etiamsi statim ei restituta fuisset, *l. si plures, §. vlt. depos.* In qua explicandum est, quod ait, *Naturalem interitum ad actorem, non ad reum pertinere, reum absolui debere.* Est quidem ex Sabini & Cassij sententia, quorum etiam auctoritate vtitur, qui distinctione illa non vtebatur. Quod tamen subnectit statim, vtique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori, proculdubio hoc est ex disciplina Proculianorum quæ obtinuit in malæ fidei possessore, contraria Cassij sent. coarctata ad bonæf. possess. tantum Et hac in re igitur post litem contestatã omnes possess. pares non sunt. Et quod ait lex. 25. §. *si ante. sup. h. t.* post litem contestatã omnes possessores pares esse, & quasi prædones teneri etiam eos, qui ab initio bona fide possederunt, id ad hanc rem non pertinet, quæ est in manibus, id est non pertinet ad fati & necessitatis casum, qui apud possessorem contigit post litem contestatam, sed ad ea tantum quæ post litem contestatam possessores ex ea re, qua de agitur perceperunt, aut percipere debuerunt, vel quæ dolo malo desierunt possidere, puta quæ dolo malo vendiderunt, etiamsi ea apud emptores deperierint eo modo, quo apud actorem peritura non erant. Quid vero sit dicendum, si ante litem contestatam ea dolo malo desierint possidere, diximus *sup. in l. 36. §. si prædo*. Ita vero demum bonæ fidei possessores indistincte dicimus post litem contestatam fatum præstare non debere, si non improbe litem contestati sint, litigarint, sed bona fide, existimãtes se bonã causam habere: alioquin nullus possessor alio agente & petente rem suam esse, si post eam petitionem fati periculum eum respiceret, non petitorem, nullus, inquam, possessor auderet cum petitore iuste contendere metu istius periculi. Et vt Paul. ait hoc loco, non est æquum propter metum huius periculi temere ius suum indefensum relinquere. distincto igitur tradita in *l. 15. §. vlt.* ex Proculianorum sententia & probata in *d. l. 40.* habet tantum locum, in malæf. possessore, aut in bonæ fidei possessore qui sc. ab initio fuit bonæ fidei, nunc vero conuentus a domino sciens rem ad se non pertinere, de ea obstinato animo litigat, quod & in *d. l. 15. §. vl.* hęc verba demonstrant, *Moram passo restitui oportere*, quia possessor qui bona fide ad iudicium prouocat, idq; suscipit, non videtur moram facere. ergo nec actor moram pati *l. si quis solutioni, de vsur. l. si quis inficiatus, depos. l. 63. de reg. iur.* Et ita sincere hæc quæstio est explicanda.

Ad §. Prædo.

Sequitur in hoc §. alia differentia inter prædonẽ & bonæf. possessorem. Prædo fructus perceptos ante litem contestatam suos non facit, & quasi augmenta hereditatis eos petitori restituere debet, & consumptos, etiamsi ex eis locupletior factus non fuerit, quia & ipsi fructus petiti hoc iudicio, id est, petitione hereditatis intelliguntur, ideoq; vt ait, & fructuum quoq; fructus restituere debet, & partuum partus, quia omnes auxisse hereditatem, & partes hereditatis esse intelliguntur, non etiam intelliguntur esse accessiones, aut accessionum accessiones, quæ etiam in nullo iudicio veniunt, *l. 51. § vlt. l. neq; de vsur.* Nunquam accessionum accessiones desiderantur, vsurarum vsuræ, fructuum fructus, commodorum commoda: alioquin accessionum nullus esset finis, fructus autem prędo restituere debet, aut fructuum fructus non vt fructus, idẽ est, nõ vt accessiones, sed vt res hereditarias, vel quod idẽ est, vt augmenta hereditatis: bonæ autem fidei possess. fructus ante litẽ contestatã perceptos suos facit statim, sed nõ ideo minus eos restituere debet. *Il faut qu'il les rẽbourse.* Cæterũ eos tantũ fructus aut fructuũ fructus bonæ fidei possessor restituere debet, quamuis suos fecerit, ex quib. locupletior factus sit, vt extantes, non bona fide consumptos, *d. l. 51. inf. l. 1. C. eod.* Quod & notaui iam *sup.* breuiter ad *l. 36. §. vlt.* De fructib. loquitur Paul. in h. §. *prædo* & sequente, qui hereditatem auxerunt nominatim. Ergo de fructib. perceptis ante litem contestatam: nam percepti post litem contestatam, hereditatem non augent, nec iudicij potestate siue actionis iure, sed officio tantum iudicis restitutioni rerum hereditariarum accedunt, veniunt plane vt accessiones post litem contestatem, non vt pars hereditatis. Ac præterea in fructibus perceptis post litem contestatam omnes possessores pares sunt: nec quicquam distat. bonæf. possessor a prædone, *d. l. 25. §. si ante.*

Ad. §. pen.

Sequitur §. pen. in quo Paulus ostendit, hoc iudicio euicta hereditate, etiam actori possessorem debere cedere actiones, quas propter hereditatem adquisiuit, veluti interdictum vnde vi, quo nondum expertus est, si de fundi hereditarij possessione vi deiectus ab alio quodam fuerit, *vt l. 16. §. Iulian. sup. h. t.* vel interdictum de precario, si quam rem hereditariam alij precario concesserit, & omne omnino lucrum quod propter hereditatem accepit, siue in iure, siue in corpore consistat, & vice versa ipsi quoq; possessori, si forte prædij hereditarij nomine bona fide cauerit vicino damni infecti, petitorem cauere debere de indemnitate, *vt l. 19. de rei vind.* Et similiter si possessor vendiderit rem hereditariam, & cauerit emptori de euictione, deinde ex pretio redactam pecuniam restituere cogatur petitori, ipse quoque petitor vicissim ei cauere debet de indemnitate, *l. 20. §. pen. sup. hoc. tit.*

Ad §. vlt.

In §. vlt. h. l. ostenditur, in hoc iudicio ad officium iudicis pertinere noxales actiones, puta, vt si seruus possessoris proprius insciente domino, in sciente possessore ex hereditate rem aliquam subripuerit, vel si in ea damnum aliquod dederit, officio iudicis incumbere, vt eum liberet, si paratus sit seruum suum petitori noxæ dedere: petitioni hereditatis inesse noxalem actionem furti, vel legis. Aquil. inesse etiam, vt ait, in extremo, interdictum quod vi aut clam. Quod ita explicandum

explicandum est, puta vt si quid operis noui possessor in fundo hereditario fecerit vi aut clam, cum a domino prohiberetur, aut seruus eius sciente aut iubente eo, vt liberetur, si paratus sit opus nouum, quod fecit, restituere, siue demoliri suis sumptibus, ne damnetur in id, quod interest. In extremo huius l. non loquitur de noxali interdicto quod vi aut clã, quod tamen glossa arbitratur, sed de eo, quo possessor suo nomine tenetur, quia vel ipse nouum opus fecit vi aut clã, vel seruus eius iubente aut sciente eo.

Ad l. 2. De fideicommiss. hered. petit.

Quæ actio eadem recipit, quæ hereditatis petitio ciuilis.

SCiendum est, petitionem hereditatis aliam esse directam & ciuilem, quæ legitimis heredib. competit: aliam vtilem, quæ datur cæteris successorib. vniuersi iuris, quod defunctus habuit, cum moreretur, veluti bonorum possessoribus, quæ possessoria hereditatis petitio dicitur. Et eadem recipit, quę petitio hereditaria ciuilis, eadéque per eam bonorum possessores consequuntur, quę heredes per actionem ciuilem, *l. 2. de poss. hered. petit.* Nam & bonorum possessores vice heredum habentur, *l. 2. de bon. poss.* Datur vtilis hereditatis petitio fideicommissariis, quibus ex SCto Trebell. verbo tenus restituta est hereditas, successoribusve eorum, *l. 54. de petit. hered. l. 3. de fideic. hered. petit.* quæ & fideicōmissaria hereditatis petitio dicitur, eademque recipit, vt Paulus ait ex hoc lib. in *l. 2. de fideic. hered. pet.* Eadem, inquam, recipit, quæ petitio hereditatis ciuilis, siue directa: nam & fideicommissarij Trebelliani loco heredum habentur, *l. si necem §. vlt. de bonis libert. l. filiusfam. in fi. ad l. Falc. l. postulante, §. pen. & l. seruo inuito, ad SCtum Trebell. l. 5. §. vlt. quod cum eo qui in al. potest.*

Ad l. 38. ad SCtum. Trebellian.

Non enim solutio est hereditatis restitutio, sed & successio, cum obligetur.

VT idem Paul. ait hoc ipso libro in *l. 38. ad Treb.* restitutio hereditatis non tantum est solutio restitutio, inquã, hereditatis quæ fit fideicōmissario ex SCto Treb. non solutio tantum est fideicommissi debiti ex testamento vel codicillis, sed & successio, inquit, id est, successio vniuersi iuris: cum obligetur, inquit, quia is, cui hereditas restituitur ex SCto Treb. accepta hereditate ærialieno obligatur. i. creditoribus hereditariis. Et vicissim debitores hereditarij ei obligantur. Deniq; iuris successio est non rerum. Ergo quasi heres, & illa successio quasi hereditas, quia & definitio hereditatis a nostris auctoribus vsurpata complectitur simul & bonorum possessionem, cum hereditas definitur, successio in vniuersum ius quod defunctus habuit. Hæc definitio non tantum complectitur hereditatē legitimam, sed & bonorum possessionem, & hereditatem fideicommissariam.

Ad l. 40. eod.

Quamuis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quæ iure ciuili & in heredem competunt: tamen honorariæ actiones transeunt: nulla enim separatio est, imo & causa naturalium obligationum transit. 1. §. Persona autem heredis instituti Trebelliano continetur. Verum hoc iure vtimur, vt & successor heredis recte ex Trebelliano restituat: veluti heres, bonorumue possessor, vel pater dominusue, quibus adquisita est hereditas: omnes enim quod iuris habent ex Trebelliano SCto restituere debent. Nec interest, is, qui institutus est, an pater dominusve rogatus est restituere. 2. §. Nihil interest cui nostro nomine restituitur, paterfam. sit, an is, qui in aliena potestate est.

ET hoc confirmat magis quod sequitur ex eodem libro Pauli in *l. 40. eod. tit. ad Treb.* Fideicommissario ex SCto. Trebell. & in fideicommissarium non tantum dari ciuiles actiones, quæ heredibus & in heredes dari solent, sed etiam prætorias siue honorarias, quæ heredib. aut bonorum possessorib. vel in eos competunt, vt *l. facta §. si in danda sup. hoc tit.* Nulla enim, inquit, Paulus, separatio est, id est, nulla differentia inter illas actiones in hac re, vt in *l. peregre, in fi. de adq. her.* separatio, id est, differentia. Actiones igitur omnes hereditarię, quæ cœperunt a defuncto, vel ab herede, non proprio, sed hereditario nomine. Itemque exceptiones omnes in fideicommissarium transire, vt *l. heres a debitore, de fideiuss. l. si post. de constit. pec. l. sicut §. 1. quib. mod. pign.* Imo & naturales obligationes transire, vt si hereditas pupilli, cui credita erat pecunia sine tutoris auctoritate, qua ex re pupillus obligatur naturaliter tantũ, si ex ea pecunia locupletior factus fuerit. Si, inquam, eius pupilli hereditas ex testamento patris restituta fuerit fideicommissario, & fideicommissarius Trebell. eam pecuniam soluerit creditori, non potest eam repetere siue condicere quasi indebitam, quia natura debebatur, & naturalis obligatio in fideicommissarium Trebel. translata intelligitur, *l. si eius pupilli, inf. hoc tit.* Omnes igitur obligationes ciuiles, honorariæ, naturales ab herede in fideicommissarium Treb. transeunt. Est igitur plane heredis loco, nec abs re ei accommodatur fideicommissaria hereditatis petitio, cum sit vniuersi iuris successor, & vt subiicitur in hac l. 40. quod ad hanc causam attinet transferendarum obligationum & actionum omnium, transfundendive, transferendive vniuersi iuris in fideicommissarium, cui ex SCto Treb. restituta est hereditas. Quemadmodum nihil interest quis hereditatem restituat, heres ipse, qui institutus & rogatus est, tametsi de eo solo SCtũ Trebellianũ loquatur: an vero heres heredis rogati, an bonorum possessor rogati heredis aut pater, aut dominus, qui per filiumf. vel seruum heredem institutum heres effectus est, siue pater ipse aut dominus, siue filiusfa. aut seruus rogatus sit heredi tatem restituere, vt *l. 1. §. si filio, sup. hoc. t.* Aut quod addi potest ex *d. l. 1. §. de illo, & l. si patronus, §. qui fideicom. inf. hoc tit. & l. pen. C. eod. tit.* primus fideicommissarius, qui restituat secundo. Ita vero nihil interest cui restituatur hereditas, sicut nihil interest quis restituat fideicommissario, an alij nomine eius, vel filiofam. vel patrifam. Nam & filiusfam. procurator esse potest. Nihil, inquam, interest, fideicommissario restituatur, an alij cuicunque eius nomine, quia vt idem Paulus ait eod. lib. in *l. 42. h. t.*

Ad l. 42. eod.

Quia perinde est, atque si mihi restituta esset hereditas. 1. §. Restituta hereditate, iura sepulchrorum apud heredem remanent.

PErinde est, quum alij restituitur nomine fideicommissarij, atque si fideicōmissario restituta esset hereditas, vt in eum transeant omnes obligationes & actiones. Cæterum addit, quod maxime notandum, restituta hereditate ex SCto Treb. nihil iuris apud heredem remanere, qui rogatus est, qui oneratus fideicommisso est, præterquam ius sepulchri hereditarii, vt scil. in id sepulchrum & ipse, & eius posteri inferri possint. Ius supulchri hereditarij apud eum heredem etiam extraneum post restitutam hereditatem remanet, quamuis coactus hereditatem adierit & restituerit, *l. si patronus, §. qui fideicommiss. circa fin. hoc tit.* nec mirum, cum & exheredatis liberis seruentur iura sepulchrorum, *l. 6. §. 1. de relig. & sumpt. fun.* filio quoque herede instituto

Paul.

& rogato restituere hereditatem cuidam extraneo, excipienda est actio futurarum operarum, quæ extraneo fideicommissario competeret, atque adeo restitui non potest, & omnino remanere debet apud filium patroni, etiam post restitutã hereditatem, *l. si patroni, inf. hoc. tit.* non tanquam apud heredem, sed tanquam apud patronum. Nam & patroni filius patronus est, maxime mortuo patre, si exheredatus non sit, *l. 10. de iure patron.* vbi eum patronum, id est, patroni filium.

Ad l. 127. De reg. iur.

Cum prætor in heredem dat actionem, quatenus ad eum peruenit, sufficit si vel momento ad eum peruenit ex dolo defuncti.

CONsequens est vt his addamus *l. 127. de reg. iur.* quæ etiam pertinet ad petitionem hereditatis: nempe ad id quod est in *l. vtrum, de petit. heredit.* ex SCto. Adriano, quo cauetur, bonæ fidei possessores restituere debere pretia rerum ex hereditate venditarum quæ ad eos peruenissent. Verbum *peruenissent*, sic esse accipiendum, non si prima ratione peruenissent, sed & si permansissent, & perdurassent apud eos, atque adeo ex eis locupletiores essent. Igitur si pretia perdiderint, vel bona fide consumpserint, aut donauerint. ad eorum restitutionem eos non teneri. Et tamen his subiicit Paulus quod est in *d. l. 127.* in prætorum edictis, quotiens ex scelere, ex dolo defuncti in heredes actio datur, veluti in edicto de dolo, vel in edicto, quod met. causa. quotiens ex dolo defuncti in heredes datur actio, quatenus ad eos peruenit, satis est, si vel momento peruenerit, si vel momento ex ea re locupletior hereditas peruenerit. nec necesse est, vt & locupletiores ex ea re perseuerauerint esse. Et ita proditum est in *l. videamus, quod met. causa.* Et verum est, si id ipsi heredes consumpserint, aut perdiderint, aut donauerint, non si id naturaliter interierit, *l. si ipsa res, eod. tit.* Et hanc quoque differentiam inter petitionem hereditatis & actionem in personam, quæ datur in heredē ex dolo defuncti, Bulgarus notauit in hanc. l. 127.

Ad. l. 2. Quorum bonorum.

Interdicto quorum bonorum debitores hereditarij non tenentur: sed tantum corporum possessores.

IN hac l. Paulus cum multa constaret esse communia inter petitionem hereditatis, & interdictum quorum bonorum, puta quod vtrumque iudicium sit de vniuersitate, quodque aduersus eum duntaxat intendatur, qui pro herede vel pro possessore possidet, *l. 1. quor. bonor.*, & aduersus eum, qui vel rem vnam ex hereditate bonisve possidet, 9. & 10. *de petit. heredit. l. hoc l. amplius, de furt.* Tamen hoc inter ea iudicia esse discriminis docet, quod petitione hereditatis etiam debitores hereditarij teneantur qui controuersiam hereditatis faciunt, quasi iuris possessores, *l. 9. l. 13. §. vlt. l. 18. §. 1. de petit. hered.* Interdicto autem quorum bonorum ij tantũ teneãtur, qui res corporales siue corpora hereditatis, non qui iura possident. Et ratio discriminis hæc est, quia interdictũ quorũ bonorũ persequitur bonorũ corporalē possessionem tantum, qualis nulla est possessio eorum, quæ in iure consistunt, id est, quoniam eorum nullum subest corpus. Et eorum igitur est quasi possessio non corporalis possessio. petitio autem hereditatis persequitur ius vniuersum, quod defunctus habuit his verbis: *Si paret hereditatem meam esse*: nam hereditatis nomen, iuris nomen est, non corporis, *l. hereditas, de petit. hered.* Ergo persequitur & actiones & nomina, quæ tamen bonorum appellatione in interdicto quorum bonorum non continentur, *l. 1. vi bon. rapt.* quæ in quibusdam libris huic lib. adscribitur, sed referenda est ad lib. 22. ad quem eam reseruabimus.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 2. De rei vind.

Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed nec partem dimidiam totius eius vindicabit. Sed si maiorem numerum alter habeat, vt detracto alieno, nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.

LIber 20. fuit de actione in rem, quæ ad vniuersitatem hereditatis aut bonorum possessionem pertinet. Hic liber 21. est de actionibus in rem, quæ pertinent ad res singulas, per quas tamen vt initio huius libri Paulus ostendit in *l. 2. de rei vind.* non tantum res singulæ vindicantur: sed & grex ouium, quia & hic licet constet ex diuersis capitibus existimari potest res singularis esse, vt Varro, 16. rerum diuinarum scripsit, *posse fieri, vt eadem res vna sit, & in ea quædam res sint plures*, vt de armento boum, aut de polia dicendum est. Poliam dicunt nostri, *in l. 38. §. vlt. de ædil. edic.* pro equitio. Inde polij & polarij, equi siue equulei. Qui etsi non sint mea singula capita gregis, gregem meum esse vindicare possum, si modo in eo saltem decem capita sint mea, quia tot sufficiunt gregi ouium conficiundo, *l. vlt. de abig.* vel si 12. aut. 15. sint mea, reliqua autem tua sint, si forte quasdam oues cum meis pascendas immiseris in meum gregem, vel si decem oues sint meæ, aries autem tuus, *l. 1. §. vlt. h. tit. & l. 2. & l. in rem. §. at in his, inf. hoc t.* Et iis quidem casibus vindicato grege, 10. aut 12. aut 15. aut plura capita, quæ sunt mea, sola veniunt in restitutionē, non etiam aries, qui tuus est, aut non reliqua quædam capita, quæ tua sunt, sed tu ea separatim vindicare poteris. At, qui alius est casus, si duorum dominorum in grege par sit numerus, vt si quinque oues sint meæ, quinque tuæ, Paulus docet in hac l. 2. neque mihi, neque tibi competere vindicationem gregis: quia verum est, neque tuum, neque meũ gregem esse, ac ne mediæ quidem partis totius gregis cuiquam nostrum vindicationem competere, quia hoc genere si vindicaretur pars media singulorum capitum, pars media vindicaretur, quod fieri non potest, quia singula capita non sunt communia, sed quinque in solidum tua sunt, quinque in solidum mea. Denique grex non est communis inter me & te pro indiuiso. Id proprie est commune, quod est commune pro indiuiso. Itaque aliud est in grege parem esse numerum duorum, aliud gregem esse communem. Si grex fuerit communis, pars dimidia vindicari potest quamuis incerta sit *l. 3. §. vlt. l. 76. §. 1. hoc. tit.* si par numerus in grege fuerit duorũ, pars dimidia vindicari nō potest. Nam etsi in grege 10. capitũ 5. capita sint mea, nō ideo tamen pars dimidia gregis est mea: nam si pars gregis esset mea, haberem partem in singulis capitibus 10. quam non habeo, imo in tuis 5. nihil prorsus habeo. Itaque singula capita cuique sua vindicanda sunt, non grex aut pars dimidia gregis. Et eodem modo si meũ & tuum frumentum confusum sit sine voluntate nostra, ex meo & tuo frumento confectus aceruus non est communis, quia singula grana in sua substantia durant,

durant, sicut in grege singula capita, & neuter solidum aceruum vindicare potest, sed nec partem dimidiam acerui, quia si pars dimidia esset mea, pars tua, singula grana essent communia pro indiuiso, quæ tamen certe non sunt communia. Igitur vindicare quisque debet, vt proponitur in *l. 5. h. tit.* Hæc est formula vindicationis: *Quantum paret in illo aceruo suum cuiusque esse.* Neuter aceruum, aut partem mediam acerui vindicare potest.

Ad l. 4. eod.

Quo quidem casu, etiam communi diuidundo agi poterit. Sed & furti, & ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curauit, ita vt in ad exhibendum actione pretij ratio haberi debeat: in vindicatione, vel communi diuidundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.

SEquitur lex 4. ex qua intelligitur, rei communis partem vindicari posse pro indiuiso, quamuis ea pars incerta sit, quandoquidem nec cerni, nec tangi, nec digito demonstrari potest. Denique pars tantum pro diuiso, pars certa est, pars pro indiuiso, pars incerta est, quæ intellectu non sensibus percipitur & abstrahitur. Si ergo meum & tuum argentum in massam redactum sit, si id factum sit sine tua & mea voluntate, vel a te me inuito, aut contra a me te inuito, vel si id factum sit vi quadam incendij, tota massa communis fit pro indiuiso, *l. 7. §. voluntas, de adquir. rer. dom.* Et vnusquisque pro rata ponderis, quod in ea massa habet, partem pro indiuiso vindicare potest, vel etiam potest agere communi diuidundo: & vel hoc, vel illo iudicio; cuius argentum pretiosius fuerit, is feret amplius officio iudicis, aut huius vel illius iudicij potestate. Quo autem ponderosius est argentum, eo & (vt norunt artifices) pretiosius est. Additur & in hac l. eum qui dolo malo massam conflauit ex meo & suo argento, vel ex meo & suo, me inuito, mihi teneri furti actione in duplum, quasi meo argento interuerso, atque subrepto. Eundem etiam mihi teneri actione ad exhibendum: in qua, vt ait, pretij ratio haberi debet, si nimirum actione ad exhibendum petam mihi restitui pretium argenti mei, quanti reuera fuit, si hoc malim, vt *l. quod si possessor, & l. 71. inf. hoc tit.* vel quanti ego in litem iurauero, id est, quanti iuratus argentum meum æstimauero: Nam & in actione ad exhibendum iuratur in litem, *l. 2. & 5. & pen. de in lit. iur. l. 3. § praeterea, l. 5. § idem Iulianus, ad exhib.* quia dolo malo desiisti posse exhibere argentum meum mihi, qui id cum tuo ita confudisti, atque commiscuisti, vt deduci & separari non possit. Quod si non dolo malo id feceris, sed forte cum existimares, vtrumque argentum vel vtrumque vas argenteum tuum esse, cessat actio ad exhibendum, & competit tantum actio in rem in id quantum paret in ea massa argenti meum esse, vel actio communi diuidundo, vt massa diuidatur, ita vt maiorem partem ferat, cuius argentum pretiosius fuit. In actionem furti venit pœna dupli extra argentum, aut pretium argenti: In actione ad exhibendum venit pretium. In actione in rem vel communi diuidundo venit res ipsa, id est, argentum. Ac præterea ad exhibendum agitur in eum, qui dolo malo massam conflauit, quanti actor iuratus litem æstimauerit. Actio in rem, vel communi diuidundo datur etiam in eum qui sine dolo malo massam conflauit. Et ita distinguendæ sunt hæ tres actiones in hac l. 4.

Ad l. 10. & 12. eod.

L. 10. Si res mobilis petita sit vbi restitui debeat, scilicet si præsens non sit? & non malum est, (si) bonæ fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, vbi res sit, aut vbi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel nauigationem faciendi sunt.

L. 12. Si vero malæ fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, vbi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit: illic restituere debet, vnde subtraxit, sumptibus suis.

IN l. 10. & 12. ostenditur, quum hoc iudicio agitur de re mobili siue animata, siue inanimata, quæ præsens non est, quo loco officio iudicis eam rem restitui oporteat, & cuius sumptibus. de re immobili non quæritur, quæ solo continetur, & loco moueri non potest: non quæritur etiam de re mobili, quæ præsens est, quæ est vbi agitur, sed de ea quæ absens est, id est, quæ alibi est quam quo loco de ea re agitur. Iis contestatur, iudicatur, locus vbi agitur, vbi lis contestatur, vbi iudicatur, locus idem est. Vbi agitur dicit in *l. 10.* vbi iudicatur in *l. 11.* non vt vulgo, *vbi vindicatur*, Florentiæ, *vbi iudicatur*, Basilic. ἐν ᾧ δικάζεται, vbi lis contestatur, dicitur in *l. 12.* Et his omnibus modis vnus idemque locus significatur. Rem vero præsentem constat ibi esse restituendam vbi agitur, vel quod idem est, vbi est. nam ibi est vbi agitur, hoc est, præsens est. De ea, quæ non est præsens, quæ non est ibi vbi agitur, quæstio est, vbi sit restituenda, an vbi sita est, an vbi agitur? Ex qua quæstione liquet hodie non esse necesse actione in rem experiri in rem præsentem, vt olim ex 12. tab. sed & in rem absentem agi posse, quod etiam ostendit *lex. vlt. C. vbi in rem act.* quæ definiuit, siue res sit mobilis, siue immobilis, in rem actionem exerceri, vel in foro rei, id est, vbi reus domicilium habet, vel vbi res est, vel vbi res quam possidet, constituta est. In hac autem lege 10. & 12. de re mobili, definitur indistincte, siue reus eam possideat mala fide, siue bona fide, ibi restitutionem esse faciendam petitori, qui hoc iudicio vicerit, vbi res est sine dolo possessoris, vel vbi fuit inchoati iudicij tempore, siue litis contestatæ tempore: vel si actor desideret eam sibi restitui, vbi actum est, vbi petita est, in eum locum a reo eam rem perducendam esse, aut perferendam, non suis sumptibus, aut periculo, sed sumptibus, aut periculo actoris, qui hoc desiderat, quod & ex Vlpiano repetitur in *l. 11.* vbi ille articulus *nisi*, coaptari debet iis verbis Pauli in *l. 10. ibi restitui, vbi res sit, nisi & cæt.* non sequentibus verbis. Et addit Vlpianus in *l. 11.* etiam de ea re, quam actor desiderat sibi restitui vbi agit, perferenda intra certum temporis spatium, quod reo tribuendum erit, aut si intra illud spatium eam non pertulerit, aut perduxerit, de litis æstimatione præstanda reum actori satisdare debere. Quod confirmatur *l. 5. de eden. & §. 1. Institut. de offic. iudic.* Ergo actor, qui non satis habet rem sibi restitui vbi est, sed desiderat eam sibi restitui vbi egit in rem, & vicit, debet sufferre sumptus perferendæ eius rei aut perducendæ, & agnoscere quoque periculum, si forte perierit in itinere. Denique sumptibus actoris ea res perferenda, aut perducenda est, sumptibus scilicet itineris aut nauigationis, si naui res peruehatur Sumptibus, inquam, itineris aut nauigationis; nam cibaria, aut pabula, non actor, sed reus de suo præstare debet, si res sit animalis quoad eam restituerit. Et hoc est quod ait *l. 10. extra cibaria.* Cibariorum sumptus non agnoscit actor. Cæteros sumptus, qui in itinere vel nauigatione faciendi sunt, & periculum rei actor agnoscit, quod plenius declaratur in *l. 11. §. 1. & seq. ad exhib.* Quod seruatur etiam in actione depositi, nisi quod in ea naturali ratione cibaria aut pabula, quæ & capita dicuntur, actori imputari debent, *l. 1. §. si quis seruum, & l. si in Asia §. 1. depos.* Dixi paulo supra, ibi rem esse restituendam, vbi est sine dolo malo possessoris, vel vbi fuit litis contestatæ tempore, nisi actor malit eam suis sumptibus & periculo in eum locum perduci vbi egit, & vicit. Id vero ita dixi, quia vt Paulus ostendit in l. 12. si ab eo loco, vbi res est litis contestatæ tempore dolo malo rem possessor subtractam in alium locum abditum, aut longinquum transtulerit, illic debet eam reponere & restituere suis sumptibus & periculo, vnde subtraxit, vnde mouit loco, ne ei calliditas sua prosit, & noceat actori, vt d. *l. 11. §. pen.*

Et ob id *d.l. si in Asia* §.1. ait eo loci rem esse restituendam vbi est sine dolo malo depositarij, quod etiam de herede est proditum, qui rem legatam, cum esset vbi agitur ex testamento legati nomine, dolo malo in alium locum contulit, *l. cum res*, §. *sed si alibi*, *de leg.* 1. *Dolo malo*, inquit: nam si sine dolo malo heres rem legatam in alium locum transtulerit, ibi eam legatario præstabit quo transtulit bona fide. Et ille §. *sed si alibi*, qui hoc dicit, aperte peruincit in hac l. 12. male glossam verbo *subtraxit* addere *dolo*, *vel sine dolo*, circumscribe illa verba, *vel sine dolo*: Nam & hoc lex 12. ostendit, quæ parem facit malæ fidei possessorem hac in re bonæ fidei possessori, nisi quatenus malæ fidei possessor, id est, qui dolo malo rem subtraxit, subduxit, & in alium locum transtulit, vt incommodior esset actori eius rei reciperatio.

Ad leg. 14. eod.

Quod si malit actor potius legis Aquiliæ actione vti, absoluendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non vt triplum, sed duplum consequatur.

QVod diximus in *l. vt tantum*, *de seru. corr. & l. si a domino*, §. *si possessor*, *de petit heredit.* in petitionem hereditatis, si possessor dolo malo seruum hereditarium occiderit, aut vulnerauerit, venire aut deduci posse actionem legis Aquiliæ, non quidem cum suo incremento, quod accipit ex accidenti, si reus inficietur tempore litis contestandæ, non in duplum, quia actio l. Aquil. contra inficiatorem est in duplum, sed in simplum tantum venire eam actionem. Et ita vt actor, qui eligit petitionem hereditatis, caueat, se eo nomine, quo seruus hereditarius occisus sit aut vulneratus, non acturum l. Aquil. qui tamen omissa petitione hereditatis, si malit agere l. Aquil. in duplum, non prohibetur. Idem omnino statui debet in actione in rem speciali. Nam & in ea, si possessor seruum alienum, quem possidebat dolo malo, deteriorem fecerit, puta debilitauerit, aut vulnerauerit, in eam, inquam, actionem in rem specialem venire potest actio legis Aquil. ita tamen, vt officio iudicis facta simpli duntaxat æstimatione caueat actori, se non acturum l. Aquilia, vt *l. 13. hoc tit.* Vel si actor malit, electio enim ei datur, omissa actione in rem, agere, l. Aquilia, vt ex Paulo additur in *l. 14.* audiendus est, possessor absoluendus est a iudicio in rem, ita vt non agat vtroque iudicio, vt non actione in rem consequatur damni æstimationem, ac præterea duplum ex l. Aquilia: sed si elegerit legem Aquiliam, vt duplum tantum consequatur, in quo certum est inesse etiam æstimationem damni. Et hoc si ab initio litis reus inficiatus sit, ac petitori dominij controuersiam fecerit. Et hoc est, quod ait Paulus in hac leg. 14. non triplum actorem, sed duplum tantum consequi debere. Triplum damni consequeretur, quanti deterior seruus factus est, si vtraque actione, in rem scilicet & lege Aquilia ei liceret experiri, quia primum actione in rem consequeretur æstimationem damni, deinde actione legis Aquil. eandem æstimationem damni, & alterum tantum, ergo triplum, quod esset iniquissimum. Et hæc ita se habent, si homo, qui deterior factus est, viuat tempore rei iudicatæ: nam si posteaquam deterior factus est, ante rem iudicatam mortuus fuerit, quia desiit actoris interesse, damni dati ratio non veniet in actionem in rem, quæ desiit competere morte serui. Itaque hoc casu damni dati nomine erit tantum actio legis Aquiliæ, vt in *l. 27. §. si homo*, *inf. hoc tit.*

Ad leg. 16. eod.

Vtique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus, & partus, & stipulationem de euictione, non enim post litem contestatam vtique & fatum possessor præstare debet. §. 1. Culpa non intelligitur, si nauem petitam tempore nauigationis trans mare misit: licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit.

PErtinet hæc lex ad id, quod exposui satis aperte in *l. illud*, *sup. de petit. hered.* Post litem contestatam homine petito speciali in rem actione, vel petitione hereditatis, mortuo suo fato sine dolo & culpa possessoris, nec malæ fidei possessorem, nec bonæ fidei, qui improbe litigat, sciens hominem de quo litigat non ad se pertinere, sed ad actorem: nullum, inquam, possessorem, fatum præstare debere, puta hominis mortui pretium, videlicet si æque homo interiturus erat apud actorem, etsi statim initio litis restitutus esset. Verum etsi hoc casu fatum possessor non præstet, & mortuus sit suo fato homo, qui petebatur sine dolo, & culpa possessoris, tamen nondum tota lis est mortua, nec dum sunt liberati in totum, qui fideiusserant iudicatum solui. Sed animaduertendum est iudici, & pronuntiandum est de proprietate mortui hominis: puta, cuius is homo fuerit, petitoris, an possessoris. Idque vt hæc ostendit, propter fructus, vt *l. si homo*, *de re indic.* videlicet vt sciatur ad quem pertineant fructus hominis defuncti, veluti propter mercedes operarum, quæ scil. sunt in fructu hominis, *l. 3. de oper. seru.* Et propter partus, si ancilla petita fuerit, & pendente iudicio, suspensa cognitione enixa, ac deinde suo fato demortua fuerit, vt sciatur ad quem partus pertineat, ad petitorem, an ad possess. Quod sciri non potest, nisi iudex discutiat quęstionē de proprietate, quæ in iudicium principaliter deducta est. Item propter stipulationem de euictione, vt *l. si seruus, indic. solui, l. vlt. C. de adsert. toll.* vt si forte petitor, aut possessor, qui eum seruum emit, cui & venditor cauerit de euictione, si, inquam, forte petitor eum seruum emerit, & ei venditor cauerit de euictione, vt appareat ex sententia iudicis, quam feret de proprietate hominis mortui cui sit commissa stipulatio de euictione, petitori, an possessori: nam si pronuntietur seruum fuisse possessoris, petitori committitur stipulatio de euictione: si pronuntietur fuisse petitoris, committitur possessori. pono vtrumque emisse, & vtrique venditorem cauisse de euictione. Ergo & propter hanc stipulationem de euictione, necessaria est sententia iudicis, qua declaret, quis dominus fuerit serui defuncti, vt ex ea appareat, cuius sit fructus, & cuius partus, cui sit commissa cautio de euictione. Et ex eo quidem intelligimus stipulationem de euictione committi etiam homine iure iudicio que non euicto, sed fato perempto. Quod omnino pugnare videtur cum *l. si seruus, inf. de euict. & l. si quis tibi, C. eod.* Sed ne diu morer in re certissima, vera est distinctio Accursij: Aut homo, de quo agitur mortuus est, antequam emptori fieret dominij controuersia: Aut post motam de dominio controuersiam. Si ante motam controuersiam, stipulatio de euictione non committitur, quia nemo seruum euicit, sed fatum, & naturalis series rerum: si post motam controuersiam mortuus fuerit, stipulatio de euictione committitur, si modo pronuntiatum sit, actorem eius rei dominum non fuisse: quia pro eo est, atque si iudicio euicta fuisset, & iudicium cœptum plane hac in re habetur pro peracto, vt committatur stipulatio de euictione. His vero trib. causis, propter quas Paulus ait in hac l. 16. mortuo homine petito pendente cognitione, & lite dominij, necessariam esse sententiam, addi potest quarta, propter peculium, vt appareat, cuius sit peculium serui mortui, petitoris an possessoris ex *l. pen. C. si pend. appell. mors interuen.* Sequitur alia quæstio in l. 21.

Ad leg. 21. eod.

Si a bonæ fidei possessore fugerit seruus: requiremus, an talis fuerit, vt & custodiri debuerit: nam si integræ opinionis videbatur, vt non debuerit custodiri, absoluendus est possessor: vt tamen si interea eum vsuceperat, actionibus suis cedat petitori, & fructus eius temporis, quo posse di...

præstet. quod si nondum eum vsucepit, absoluendum eum sine cautionibus, vt nihil caueat petitori de persequenda ea re. quo minus enim petitor eam rem persequi potest: quamuis interim, dum in fuga sit, vsucapiat, nec iniquum id esse, Pomponius libro trigesimonono ad edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit: vt tamen si vsu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Iulianus autem, in his casibus, vbi propter fugam serui possessor absoluitur, etsi non cogitur cauere de persequenda re, tamen cauere debere possessorem, si rem nactus fuerit, vt eam restituat. Idque Pomponius libro trigesimoquarto variarum lectionum probat. Quod verius est.

QVæstio hæc est, an si seruus petitus a bonæ fidei possessore, sine dolo eius fugerit post litem contestatam, B an fuga possessori imputari possit, ita vt cogatur præstare æstimationem serui, æstimationem litis. Et distinguit Paul. aut interuenit culpa possess. aut non. fuga serui non semper imputatur culpæ possess. sed casui, cui resisti vix potest: vt si seruus fueri integræ opinionis, vt custodiri, aut vinciri non soleret, aut deberet, fuga casui imputari solet, nō culpæ *l. contractus, de reg. iur.* sed si seruus fuerit fugitiuus qui sæpicule se dedit in fugam, si fuerit stigmaticus, compunctus notis, vt custodiri debuerit, imo vinciri, fuga eius culpæ possess. imputatur. Vnde sic definit Paulus, vt si culpa nulla possess. interuenerit, nihil possess. imputari possit: si interuenerit culpa, vt si stigmaticum non custodierit, fuga ei imputetur, *l. 36. §. vlt. h. t.* Et ideo litis æstimationem actori præstare debet, & vicissim actor possessori debet cedere actio- C nibus suis: si possesor nondum hominem eum vsuceperit: quia possess. non dolo eum desiit possidere, alioquin ei non cederentur actiones: sed culpa tantum desiit possidere; & ideo cedendæ ei sunt actiones actori ei inferenti vel soluenti æstimationem litis, *l. si culpa, & l. is, qui dolo, inf. h. t.* Ac priore casu, si absit culpa possessoris, fuga ei nō imputatur, nec eius serui nomine damnari debet in æstimationem litis, sed ne, vt Theop. ait, iudicium, quod dictauit actor, sit sine emolumento, sit sine effectu aliquo, ne sit, vt ait Theop. *in t. de diuis. stip.* vbi hanc speciem tractat, δίκη ἀκόνητος, *id est, iudicium sine emolumento*, non, vt vertunt, *ne sit iudicium lusorium*, sed ne sit iudicium sine fructu, aut emolumento aliquo actoris, sicut Iosephus in vita sua, ἀγροὺς ἀκονήτους vocat, *agros steriles*. Ne igitur iudicium, D quod dictauit petitor, sit sine aliquo emolumento, si possessor interim eum seruum vsuceperit: nam litis contestatione rite cœpta vsucapio non interrumpitur, *l. 17. in fi. & l. 18. h. t. l. 10. quod fals. tut. auct.* Fuga quoque serui, vt ostenditur, & inferius declarabitur, vsucapio non interrumpitur, *l. 17. in fi. & l. 18. h. t.* neque possessio serui. Seruus, qui est in fuga, & possidetur, & vsucapitur ab eo, qui semel eius possessionem apprehendit. Si ergo interim eum vsuceperit, petitori debet cedere actionibus suis, puta actione in rem, & actione ad exhib. quas vsucapione quæsiuit, petitor autem amisit. Ac præterea debet restituere petitori fructus eius temporis, quo possedit: vel etiam, quod ad hunc locum addit Theop. supradicto loco, cauere possessor debet petitori, se suis actionibus quas vsucapione quæsiuit, acturum, se eis actionibus eum seruum persecuturum, ac deinde resti- E turum petitori æstimationem eius: nam & si eum vsuceperit, etsi eum vsu suum fecerit: tamen restituere debet eum actori, quia verum est, tempore litis contestatæ actoris eum hominem fuisse, *d. l. 18.* Quod si is seruus a bonæ fidei possess. fugerit, cum nondum ab eo vsucaptus esset, id est, cum nondum ab eo eius serui qui est in fuga, completa esset vsucapio, nullas habet actiones, quas petitori cedere possit. Hoc est apertissimum. nullas in quam actiones habet, quibus seruum, qui est in fuga persequi possit. Ideoque nec de seruo persequendo petitori cauere debet, sed petitor ipse, qui nondum amisit dominium vsucapione, suo iure eum seruum cominus persequi potest, vt vulgo legitur, id est, recta, & e vestigio, vt Corn. Tacit. 12. Annal. *non cominus Mesopotamiam, sed flexu Armeniam petunt.*

A Vulgo, vt dixi, legitur *cominus*. Florentiæ autem, *quo minus enim petitor, &c.* Et sane defendi potest scriptura Florent. oratio enim est Paulo familiaris, oratio concisa, & concitata. Defendi, inquam potest, si modo in extremo huius periodi addatur nota interrogationis, aut ita pronuncietur interrogatiue, ac si dixisset, nihil est quo minus eum hominem petitor persequi possit suo iure, quamuis possess. interim eum vsucapere possit, eiusve vsucapionem implere. Quamuis autem hoc casu possessor cauere non debeat petitori de eo homine persequendo, tamen de eo restituendo, si forte fortuna in suam potestatem redierit, cauere debet, licet interim eum vsuceperit, id est, eius vsucapionem impleuerit: fuga enim non interrumpit possessionem, vel vsucapionem rite inchoatam, *l. 1. §. per seruum, de adq. vel amit. poss. l. serui & filij §. vlt. de furt.* Quod hæc verba in illa periodo significant: *quamuis interim dum in fuga sit, vsucapiat.* possessor scilicet quamuis procedat, procurratque vsucapio, nec fuga serui interpelletur, tamen antequam sit expleta omnino, nihil vetat, quo minus petitor eum seruum suo iure persequatur.

Ad leg. 23. cod.

In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure ciuili dominium adquisiuit. 1. §. Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt. 2. §. Si quis rei suæ alienam rem ita adiecerit, vt pars eius fieret, veluti si quis statuæ suæ brachium, aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam, vel fundum, vel candelabro sigillum: aut mensæ pedem, dominum eius totius rei effici, vereque statuam suam dicturum, & scyphum, plerique recte dicunt. 3. §. Sed & id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturæ. Sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. 4. §. In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per prævalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit, dare. 5. §. Item quæque aliis iuncta, siue adiecta, accessionis loco cedunt: ea, quamdiu cohærent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, vt separentur, & tunc vindicentur: scil. excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, vnitate maioris partis consumi: &, quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem: vt singuli homines, singulæ oues: ideoque posse me gregem vindicare, quamuis aries tuus sit immixtus: sed & te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohærentibus corporibus eueniret: nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua vno spiritu continetur. 6. §. Tignum alienum ædibus iunctum, nec vindicari potest, propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi aduersus eum, qui sciens alienum iunxit ædibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quæ in duplum ex lege duodecim tabularum descendit. 7. §. Item si quis ex alienis cæmentis in solo suo ædificauerit: domum quidem vindicare poterit, cæmenta autem resoluta prior dominus vindicabit: etiamsi post tempus vsucapionis, dissolutum sit ædificium, postquam a bonæ fidei emptore possessum sit: nec enim singula cæmenta vsucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

QVod initio huius l. proponitur notissimum est. actio in rem de dominio est, vt ait *l. 14. in fi. de sepul. viol.* quia scil. qui ea actione agit, se eius rei, quam petit, dominum esse dicit, vel iure gentium, vt Paul. ait initio huius legis dominio sibi quæsito, veluti traditione a domino facta iusta ex causa adquirendi dominij, vel dominio sibi quæ-

ſito iure ciuili, veluti vſucapione, *l. traditionib. C. de pact.* traditionibus & vſucapionibus dominia rerum transferuntur. Traditionibus, iure gentium: vſucapionibus, iure ciuili. Et rurſus traditionibus factis a domino iuſta ex cauſa. Et vſucapionibus traditione facta a non domino iuſta ex cauſa, bona fide accipienti. ex propoſitione hac, quæ eſt in capite huius legis, ſequitur, actione in rem loca ſacra & religioſa peti non poſſe, quia nullus eorum dominus eſt: diuini enim non humani iuris ſunt. Et hoc quoque ſequitur ſtatim in §. huius legis. neque meretur ampliorem diſquiſitionem, quanquam in eam multa alia poſſint adferri, ſed properamus ad meliora, ad id, quod eſt in *§. ſi quis rei.*

§. Si quis rei.

REm quemque ſuam hac actione petere poſſe, etiamſi ei rei rem alienam ita adiecerit, agglutinauerit, vt pars eius fieret: vt ſi quis ſtatuæ ſuæ brachium, aut manum, aut pedem alienæ ſtatuæ adiecerit, hic totius ſtatuæ dominus eſt, & quaſi dominus totam ſtatuam hac actione ſuam eſſe petere, aſſerere, vindicare poteſt: ſed ſi eam bona fide poſſideat is, cuius eſt brachium, aut manus, aut pes, agentem dominum rei vindicatione, exceptione doli mali repellere poteſt, niſi paratus ſit, & brachij, aut pedi pretium exſoluere, *§. in omnibus, inf.* Idemque erit, ſi quis ſuo ſcypho anſam, vel fundum alienum adiecerit (ſcyphi anſati erant) vel ſi ſuo candelabro ἔμβλημα, aut ſigillum alienum adiecerit: ſi ſuæ menſæ ex alieno pedem: ſi ſuo lecto fulcrum, ſi ædificio ſuo cæmenta aliena. Et ita pleroſque recte dixiſſe Paulus ait in hoc §. pleroſque, nempe Seruium, Labeonem, Proculum, quorum regula hæc eſt, in quibus propria qualitas ſpectaretur, ſi quid adderetur, id toto cedere velut acceſſionis vice, totumque eius eſſe, cuius fuit ante, *l. 26. §. 1. de adq. rer. dom. l. 7. §. 1. ad exhib. l. ſi ſtatuam, de aur. & arg. leg.* Propria qualitas, id eſt, proprium corpus, vt Stoici loquuntur, a quibus noſtri auctores imbuti ſunt, materiam ſcil. quamcunque corporatam Stoici *qualitatem* vocant. M. Tull. 1. Academicarum. Cauſa autem & ratio huius regulæ eſt præualentia, vt ait in *§. omnibus*, quam Greci ὑπεροχὴν vocant. Mea ſtatua per præualentiam trahit alienum brachium quod ei coadunatum eſt, idque meum efficit. ſed ſi forte meam ſtatuam bona fide nactus ſit is, cuius fuit brachium, & ab eo ſtatuam vindicem, is ſibi reſeruabit pretium brachij per retentionem ſtatuæ, oppoſita exceptione doli mali, quod non ſit æquum ex ſua iactura lucrum facere dominum ſtatuæ. Eadem ratio interuenit, ſi quid in charta mea, aliena manu ſcribatur, licet ſcriptura ſit aurea, vel quod in ea ſcriptum eſt, rariſſimum, & pretioſiſſimum. Vel etiam ſi imago in tabula mea pingatur. Scriptura enim tametſi pretioſiſſima ſit, cedit chartæ, & ſimiliter pictura, quamuis pretio longe tabulam exſuperet, vt Apellis, pictura tabulæ cedit. Quod in hac l. proponit Paulus in *§. ſed & id quod.* & confirmat *l. 3. §. vlt. ad exhib.* Ideoque actione in rem ſaltem vtili dominus tabulæ tabulam petere, & ſibi vindicare poteſt, ſi eam pictor poſſideat, qui eam depinxit bona fide, *l. 9. §. litera, de adquir. rer. dom.* Sed ſi, vt dixi, ſcriptor aut pictor bona fide chartæ, aut tabulæ meæ poſſeſſionem nactus ſit, non aliter eam ab eo conſequar, vel vtili actione in rem, quam ſi ei exſoluam ſcripturæ, aut picturæ impenſas, aut pretium præſtem. Cæterum in hac ſpecie de pictura, poſt multas controuerſias tandem iure ſingulari (quia non idem obtinet in aliis ſpeciebus ante propoſitis, in aliiſque exemplis.) In hac, inquam, ſpecie de pictura poſt multas controuerſias obtinuit, pictori, ſi tab. poſſideat is, cuius tabula eſt, dari directam rei vindicationem, vt tamen tabulæ pretium inferat poſſeſſori, alioqui obſtabit exceptio doli mali. Domino igitur tabulæ datur vtilis vindicatio: domino imaginis, ſiue pictori datur directa. Et potiora igitur ſiue potentiora iura habet pictor: quæ fuit Sabinianor. ſent. quam attingit Paulus in *§. ſed & id quod*, illo loco, *licet de pictura quidam contra ſenſerint.* Neque tamen ſequitur Paul. eam ſentent. in hoc §. ſed Proculianorum potius, qui contra dicebant, picturam etiam pretioſiſſimam tabulæ cedere etiam viliſſimæ. Et ideo ſoli domino tabulæ competere vindicationem directam, nullam pictori competere. Et tandem media ſent. obtinuit inter Sabinianos & Proculianos, quæ & tutior eſt: media ſent. dat vtrique vindicationem tabulæ: ſed pictori directam propter pretium picturæ, quod non fuit inſuperhabendum, aut diſſimulandum: domino tabulæ vtilem tantum, quaſi præpollente pretio picturæ. Idque proponitur in *§. ſed & id quod.* Et hæc de pictura inſcripta alienæ tabulæ. In aliis ſpeciebus, aliiſve exemplis, quæ ante relata ſunt, vindicatio ei ſoli datur, qui eius rei dominus eſt & fuit: cui quidem rei ex alieno iunctum & adiunctum eſt, quaſi & id quoque dominio eius acceſſerit, vt ſi meæ ſtatuæ adiunctum ſit brachium alienæ, ego ſolus totius ſtatuæ vindicationem habeo directam & vtilem. Is vero, cuius brachium fuit, nullam neque directam, neque vtilem vindicationem habet, ſed aliquando habet tantum actionem ad exhibendum in hoc, vt ſeparetur brachium, & tunc vindicetur: nam quamdiu cohæret ſtatuæ meæ, vindicari ab eo non poteſt. Et ſic de cæteris omnibus ſpeciebus dicendum eſt, excepta illa de imagine depicta in tabula aliena, quæ fuit in controuerſia, & controuerſiæ ſecandæ cauſa iure ſingulari permittit vtrique vindicationem tabulæ, ſed vni directam, alteri vtilem. Sed in exemplo ſtatuæ permaneamus. Secundum hæc quæ diximus, non poteſt is, cuius brachium fuit, brachium ſuum eſſe, aut ſtatuam ſuam eſſe dicere, non certe ſtatuam, quæ maiori ex parte mea eſt, non item brachium, quamdiu cohæret meæ ſtatuæ, quia tota ſtatua vno ſpiritu continetur, vt loquitur Paulus in hac lege *§ item quæcunque, in fi.* & Pomponius in *l. rerum, inf. de vſurp. & vſucap.* qui Stoicorum more *vnum ſpiritum* vocat vim ipſam naturæ, quæ rem coadunat & deuincit, adeo vt vitam efficiat, veluti ſpiritu quodam eam permeante, vel diffuſo per eam, vt Aphrodiſæus ait in l. *de miſtura*, πνεύματος τινὸς διὰ πάσης οὐσίας διοικοῦντος. Et ita Fabius 2. Inſtit. *memoriam cæteras eloquentiæ partes veluti ſpiritu quodam continere.* Quod vero de ſtatua dixi, cui alienum brachium iniunctum eſt, hanc diſtinctionem recipit, quæ proponitur in *§ Item quæcunque*, vt multum interſit, quo genere, quove artificio ſtatuæ meæ brachium alienum iunctum ſit, ferruminatione, an plumbatura. Ferruminationem fieri per eandem materiam, vt ſi per ferri materiam ferreæ ſtatuæ iungatur ferreum brachium. Hoc proprie ferruminatio eſt, & in gloſſis, σιδήρου ἕνωσις ἄνευ μολίβδου, *Vnio quæ fit ferro adhibito, ſine plumbo*, Baſilicis eſt λιπαρμός. Sed porrigitur hæc quoque appellatio ad quamcunque aliam commixtionem, ſiue confuſionem, quæ fit per eandem materiam, vt ſi adhibita æris materia ſtatuæ æneæ iungatur brachium æneum. Et ita Plinius 31. cap. 7. *Aqua ferruminari maſſas ſalis*: nam & ſal ipſum aqua concreta eſt. Denique ferrumen eſt gluten, ſiue glutinum eiuſdem materiæ. Plumbaturam vero fieri plumbo, vel ſtanno adhibito diuerſæ materiæ, vt ſi lapis lapidi plumbo iungatur, *l. 2. de ſepulc. viol.* Baſilicis eſt κόλλησις, ſi æs æri plumbo iungatur, vt Lucretius 6. *areaque res, inquit, plumbo fit, vti iungatur ab albo*: plumbum album vocans ſtannum, vt Cæſar in comment. *in Britania naſci plumbum album.* Notum eſt Britanniam hoc præcipue metallo præſtare, id eſt, ſtanno. De plumbatura Iuuenalis 14. Satyric.

Dolia nudi
Non ardent Cynici: ſi fregeris, altera fiet
Cras domus, aut eadem plumbo commiſſa manebit.

Hinc credo intelligimus, quid ſit ferruminatio, quid plumbatura. Nunc ita dicamus, ſi plumbatura ſtatuæ tuæ iunctum ſit brachium alienum, id brachium is, qui dominus fuit brachij, petere quidem non poteſt in rem actione, ſed agere poteſt ad exhibendum, vt ſeparetur, quia facile ſolui plumbatura poteſt. Quod plumbatum eſt, facile deplumbari poteſt, ac deinde deplumbatum vindicari. Quod ſi ferruminatione ſtatuæ tuæ iunctum ſit brachium alienum, nec in rem, nec ad exhibendum agere poteſt is, qui brachij dominus

dominus fuit: quia id ita suæ statuæ confusum & cõmissum est per eandem materiam, per idem metalli genus, vt id diuidi & separari non possit: & plane, quod tuum fuit, consumptum videtur, vsque adeo, vt necesi inde forte abruptum sit brachium, dominium eius redeat ad priorem dominum, quia alia res esse intelligitur: Nec enim ita examussim abrumpi potest, vt integrum quod fuit ante brachium duntaxat abrumpatur, sed agere potest cuius brachium fuit quod statuę ferruminatione iunctum est actione in factũ generali de pretio brachij quondam sui. hæc actio est omnium aliarum actionum extremum subsidium. Præterea Paulus in hoc §. *item queque*, duo genera corporum facit: alia, quæ constant ex distantib. & disiunctis a se capitibus, siue partibus, quæ *διῃρημένα* Græci vocant, vt grex, armentum, equitium, chorus, familia. In his corporibus singulæ partes, singula capita, in sua substantia, in sua specie propria durant. Et ideo possum gregem vindicare, licet aries tuus, vel ouis quædam tua, vel oues quædam tuæ immixtæ sint. Et vicissim tu potes vindicare arietem tuum quia retinuit suam speciem, aut ouem tuam, ouesve tuas, *l. 2. hoc tit.* Et similiter, si choro meo sit immixtus seruus tuus, ego possum chorum vindicare, tu seruum tuum. Idem de familia seruorum dici potest. Idem de frumenti aceruo, *l. 5. in prin. hoc t.* quia & aceruus frumenti ex hoc genere corporum est, quia singula grana suam speciem integram retinent, & singula quidem non vindicabuntur, hoc esset ineptum, sed vindicabitur quantum paret in eo aceruo suum cuiusque esse, *d. l. 5.* Alia vero sunt corpora cohærentia, continuata, & quasi vno spiritu connexa, quæ *ἡνωμένα*, & *ἀμολυγύλφα* & *συνεχῆ* vocantur, *d. l. rerum*, & a Plutarcho in lib. de præceptis connubialibus, & in scholiis Dionysij theologi. huiusmodi sunt, *homo, lignum, lapis, & statua*, qua de agimus. Ex his vero corporibus nulla pars ab alio quoquam vindicari potest. Denique brachium ex tua statua iunctum meæ, a te vindicari non potest, sed neque de eo agi potest ad exhibendum, si statuæ iunctum sit ferruminatione. Sed si plumbatura, sane de eo ad exhibendum agi potest. Est & tertium genus corporum, de quo agitur in §. *tignum*.

Ad §. tignum.

Repetenda sunt & intexenda iis, quæ sequuntur, ea, quæ diximus postrema recitatione. Quæstio quæ potissimum agitatur in hac lege 23. hæc est. si rei meæ rem tuam iunxero, siue adiecero, ita vt pars eius fieret, an totius eius rei dominus sim, totamque eam rem vindicare possim, simul scilicet cum eo, quod ei adiunxi de tuo? Et an etiam tu possis vindicare, quod tuum in ea re est, aut si id non possis vindicare qua actione tibi consulatur? Hæc est quæstio quæ vt definiatur, videndum illud in primis est, quo ex genere rerum sit ea res, de qua quæritur. Neque enim omnes res sunt vnius generis, sed sunt rerum omnium, id est, corporum tria genera. Alia enim corpora ex distantibus, & a se disiunctis partibus siue corporibus singularibus constant, vt grex, armentum, equitium, familia, chorus, & frumenti aceruus. Plura sunt corpora singularia, vt ait lex *rerum, de vsurp. & vsucap.* Plura corpora singularia, non soluta, inquit, id est, non separata, sed *quasi aceruatim in vnum redacta concilium*, vt Boetius ait 1. lib. Arithmet. qui ea etiam corpora proprie *multitudines* appellari scribit. Grex multitudo est: armentum, multitudo: populus, legio, & similia. Alia sunt corpora, quæ constant ex cohærentibus, & vno spiritu deuinctis partibus, vt homo, arbor, lapis, statua, quæ idem Boetius proprie scribit appellari *magnitudines*. Græci, vt ait *d. l. rerum*, *ἡνωμένα* vocant, id est, vnita corpora. Paulus hoc loco vocat *coherentia corpora, quæ vno spiritu continentur*. Alia vero sunt corpora, quæ constant ex partibus sese contingentibus siue cohærentibus inter se, non vno quidem spiritu, sed compagine vna, quæ vt lex *rerum* ait, dicuntur, *συνημμένα*, Latini dicunt composita, connexa, coniuncta, cuius generis est ædificium, quod constat ex tignis, ex cæmentis aliisque speciebus sese contingentibus. Item nauis, quæ constat ex variis tabulis sese contingentibus, & armarium, quod & fenestram vocat Plautus, *concludere in fenestram firmiter*. Itemque vehiculum & vestimentum, cui insutæ sunt sæpe institæ multæ, *des bandes*. Hæc sunt tria corporum genera, quæ singula in hac quæstione excutienda sunt. Et in primis quidem generis corporibus, quæ ex distantibus, & disiunctis partibus sunt, quia singulæ partes, vt in grege, retinent propriam speciem, propriam substantiam, ideo cuique dominorum salua est suæ partis vindicatio. Partis, inquam, certæ vel incertæ, vt si gregi meo immistæ sint quædam oues tuæ, & mihi gregis vindicatio competit, & tibi tuarum ouium, *l. 2. h. t.* Si choro meo immistus sit quidam ex seruis tuis, & mihi similiter chori vindicatio competit, & tibi æque serui tui: quia chori distantia sunt corpora, & a se disiuncta, ita vt & disiunctim de singulis agi possit. Item si ex tuo & meo frumento confectus sit aceruus, partis cuique suæ vindicatio competit. Sed hoc casu partis incertæ, puta, quantum paret in illo aceruo suum cuiusque esse, *l. 5. in princ. h. t.* Et hæc de primi generis rebus. In secundi generis reb. siue corporibus, quæ Paul. in h. l. vocat cohærentia corpora, quæ tamen eiusmodi sunt, vt eis ex alieno quid iungi possit: neque enim in hominem, vel aliud animal hæc disputatio cadit, cui nihil ex alieno iungi potest: Sed si quid ex alieno his corporibus, quæ mea sunt, iunctum sit, mihi soli vindicatio totius corporis, totius rei competit, nulla tibi, quamdiu res tua meæ vnita est. Sed si a toto resolui & separari possit, tu potes agere ad exhibendum, vt separetur a toto pars, quæ tua est, ac separatam deinde vindicare potes. Contra, si separari non possit, necessaria tibi est de pretio rei tuæ actio in factum prætoria. Exempli gratia, si statuæ meæ brachium tuæ statuæ applumbatum sit, vel si scypho meo ansa, aut fundus scyphi tui, quamdiu ea res in eo habitu siue statu manet, quod ad te pertinet, vindicare non potes: sed quia facile plumbatura resolui potest, deplumbari potest, tu potes agere ad exhibendum, vt quod tuum in ea re est, separetur, deplumbetur, vt eius vindicandi sit tibi copia & facultas. sed si statuę meę brachium tuæ sit ferruminatum, aut si scypho meo ansa vel fundus tui, quia ferruminatio ad amussim exactamve rationem resolui non potest, neć separari, quod per eam de tuo iunctum est meo, ideo neque de eo, quod tuum est agere potes rei vindicatione, neque actione ad exhibendum, vt separetur, quia separari non potest. Proinde nec si casu quodam brachium statuæ meæ, quod erat tuum, abruptum a statua mea fuerit, id potes vindicare, quia non id ipsum est proprie brachium, quod statuæ meæ cohærebat olim: vel enim minus est in eo, vel plusquam olim fuit in tuo: neque enim abrumpi ad exactam rationem potest, quod ferruminatione statuę meę ita confusum, & commixtum est, vt exacta ratione deduci non possit. si abruptum brachium posses vindicare, posses & de eo adhuc cohętente meę statuæ agere ad exhibendum. Hoc autem non potes, ergo nec illud. Denique in hoc genere rerum, quando difficilis est separatio rei tuæ ab vniuerso corpore, rei tuæ nomine, neque tibi vindicatio competit, neque ad exhibendum, sed potes agere de pretio eius rei aduersus me actione in factum prætoria, quæ extremum est iuris sui obtinendi, & generale subsidium, aliis actionibus deficientibus. Eadem est ratio scripturæ, vel picturæ appositæ in aliena tab. si quid in charta aut membrana mea tua manu scripseris, quia eius scripturæ separatio non est: tibi chartæ, aut membranæ non competit vindicatio, neque eo nomine ad exhibendum agere potes, sed pretium scripturæ consequi poteris per exceptionem doli mali, si chartam aut membranam apud te habeas, vel si non habeas, per illam in factum actionem prætoriam, vt tandem obtinuit; ratio longe alia est scripturæ, alia picturæ: namque propter excellentiam picturæ plus tibi datur iure singulari, si in tab. mea pinxeris imaginem: nam potior est causa picturæ siue imaginis, quam tabulæ, hoc est tabula

picturæ cedere videtur potius, quam pictura tabulæ. Qua de causa & tabulæ pictæ tabular. nomen fere amittunt,& nomen imaginis assumunt. Et certe quas *tab. pictas* Liuius vocat 38.Polybius in fragmento 28.vocat ζωγραφὰς, *picturas*.Commune est Græcis picturæ & scripturæ nomen: & vero tibi, qui pinxisti imaginem in mea tab. datur directa vindicatio tabulæ, quia præcellit causa picturæ, oblato tab. pretio. mihi tantum datur vtilis vindicatio tab. si eam teneas oblato picturæ pretio.Hæc sententia obtinuit, *l. 9. §.litera, de adquir. rer. dom.* non obtinuit sententia Pauli; quæ proponitur in §. *sed & id quod*, picturam tabulæ cedere, quod pictura sine tab. stare non possit. Hæc erat ratio Pauli, sed media sententia obtinuit, vt si dominus tabulæ eam teneat, vindicet pictor ab eo tabulam oblato pretio tabulæ directa vindicatione, & quasi iure potiore. Sin autem eam tabulam pictor teneat, vindicet ab eo tabulam tabulæ dominus vtili tantum vindicatione oblato pretio picturæ. Et hæc de secundi generis rebus, de quibus quod diximus, idem plane videtur statuendum esse in tertij generis corporibus, quæ scil. ex variis partibus se continentibus composita sunt,vt in naui, armario, ædificio, vehiculo, vestimento: nam quod in eius generis re mea de tuo iunctum est,non potes quidem id tu vindicare quamdiu rei meæ cohæret, cui id cedit accessionis vice: sed si separari possit, potes agere ad exhibendum, vt separetur & tum vindicetur a te, vt si naui, vel armario meo iunxero tuam tabulam, tuam tabulam vindicare non potes, sed prius debes agere ad exhibendum, vt ea separetur,ac deinde eam vindicare. Idemque est si vehiculo meo aptauerim tuam rotam, rotam vindicare non potes,sed vt ea separetur agere potes ad exhibendum, quo sit tibi eius vindicandæ copia,& facultas.Idem est si vestimento meo tuam purpuram intexuero,si candelabro meo sigillum tuum, si (genus poculi est) phialę meæ ἔμβλημα tuum iunxero,si annulo meo gemmam tuam inclusero, gemmam non potes vindicare, sed vt ea separetur agere potes ad exhibendum, & tunc vindicetur, *l.6.& 7.§.1.ad exhib.*Sed si quod rei meæ ex tuo iunctum est non possit separari, vt si ædificio meo iunxero tignum tuum, quo nomine & cæmentum continetur,& testa,& generaliter omnis materia,qua ædificium fit,vel etiam,quę ad vineę tutelam necessaria est,vt puta tigni appellatione continentur perticę, pedamenta, iuga,ridicæ: quia vero & tigna tua, quę iuncta sunt ędificio meo, aut vineę meę separari non possunt, de his neque tu potes agere rei vindicatione,neq;vt separentur, eximiantur, excludantur actione ad exhibendum.Ideo autem separari non possunt,non quia id natura non ferat,nihil enim est facilius, quam tignum eximere ædificio,aut trabem, aut cæmenta, aut vineæ pedamenta: Non inquam quia separationem natura non ferat, sed quia lex 12. tabul. nominatim vetat tignum alienum iunctum ædibus aut vineę resolui,excludi, eximi,ne diruantur ædificia.publice enim interest non dirui ędificia: ne item vinearum cultura turbetur, *l. 1. de tig. iuncto.* Denique tignum tuum quamdiu cohæret ædificio meo, aut vineæ meæ, neque vindicari potest, neque de eo agi exhibendum: nisi, *inquit*, Paulus *in §. pen. aduersus eum, qui sciens alienum iunxit ædibus*, id est, aduersus furem: nam in eum est actio ad exhibendum, non quidem vt separetur tignum, quia hoc lex vetat, sed quia dolo fecit, quo minus possideret dum id iunxit ædibus suis,vineæve suæ, *l.1.in fi.de tig.iunct.*agi, inquam, in eum potest ad exhibendum pretij nomine quanti in litem iuratum erit:pretij nomine quod fecerit iuratus actor,non quia dolo desiit possidere: neque enim id possedit ante, neque nunc possidet, quum iunctum est ædibus suis. Qui ædes possidet, non possidet singula tigna, *l. qui vniuersas, de adquir.poss.*Non igitur quia dolo desiit possidere, sed quia dolo fecit, quo minus possideret, quia tigna iuncta suis ædibus non possidet. Eademque ratione ei dari poterit actio in rem, quia dolo fecit, quo minus tignum possideret,dum iunxit ædibus suis.Est enim in eum,id est,in furem actio in duplum ex 12.tab. quæ meram dupli pœnam continet extra rem, *l.2.de tig.iunct.* At notandum,eandem quoque in duplum actionem ex 12. tab. dari etiam in non furem, qui tignum iunxit ædibus suis, id est, qui ignorans alienum tignum, quod erat furtiuum, id est, quod alius furto subripuerat,suo ædificio, vel suæ vineæ iunxit. Hoc ostendit Paulus in *h.§.*quod prima facie durum videtur, vt qui bona fide iunxit tignum alienum suis ædibus, quasi fur teneatur in duplum, sed ideo tenetur, quia olim non tantum furti erat actio, in eum qui furtum fecerat, sed etiam erat actio furti concepti in eum, qui furtum non fecerat, apud quem tamen res furtiua inueniebatur. Ideoque aduersus eum, qui bona fide tignum alienum, quod erat furtiuum,iunxit suis ædibus, est actio in duplum ex 12. tab. quia tignum furtiuum apud eum conceptū est, vel tignus furtiuus apud eum conceptus est. (Vtrumque recte dicitur, vt apud Liuium sępe tignus & tignum) qui tamen habet regressum aduersus eum, qui id tignum ei obtulit,vt apud eum inueniretur,non apud se per actionem furti oblati, *§.conceptum, Inst. de oblig. quæ ex delicto.*Actio furti concepti solemni more per lancem & licium, idem continet ex 12. tab. quod actio furti manifesti, auctore Gellio. At actio furti concepti alia ratione quam lance & licio per lictorem, puta furti non quæsiti, sed cogniti facile in ædificio alieno,idem continet, quod actio furti nec manifesti, id est,duplum. Et quod necessario est sciendum, in furem, qui sciens iunxit, tota est pœnalis, *d. l. 2.* in non furem est mixta,id est, continet rem, aut rei pretium, & pœnam in alterum tantum. Vnde nunc magis accedo priori sententiæ meę, maxime monitus in originali Festi, quod nuper edi curauit Fuluius Vrsinus, de tigno iuncto *legem 12. tab.* ita esse perscriptam: *Tignum iunctum ædibus, vineave, & concapit ne soluito.* Mea opinione fuit,pro,*& concapit*, esse legendum, *& concapitum*, id est, conceptum cognitumve, vt in Glossis veterum *concapito*, id est concipito, & similiter in 12.tab. *incapito antestari*,id est incipito. Conquiri res furtiuæ solebant per lictores lance & licio, quod Festus interpretatur, res scilicet furtiuæ, quæ abditæ erant, quæ non erant in propatulo quæri, deinde cognosci de illis. Quæ autem erant in propatulo, vt tigna ædificiorum, aut vinearum, cognosci tantum. Et ad id facit nonnihil locus fœderis icti cum Antiocho apud Liuium 58. *si quid ablatum est,id conquirendi,cognoscendi, repetendique ius esto.* Et hæc ita se habent,si tignum furtiuum fuerit, quod vel fur, vel non fur iunxit suis ædibus:nam si tignum furtiuum non fuerit,cessat actio legitima in duplum,quia ea actio tantum est de tigno furtiuo, *l. de eo,de donat.int.vir.& vxor.* Quod & tituli de tigno iuncto vicinitas, cum titulo de furtis satis aperte demonstrat. Sed hoc casu, videlicet quum tignum non est furtiuum, erit in eum, qui iunxit suis ædibus bona fide, quia furtiuum non est, quod apud eum concipitur, & esse cognoscitur: hoc, inquam, casu in eum tantum est actio in factum prætoria de tigni pretio siue æstimatione, *l.qui res §. vlt. de solut.* Et rursus hæc omnia ita se habent, quamdiu tignum cohæret ædificio: nam diruto ædificio ex causa aliqua dominus tigni tignum vindicare, & de eo agere ad exhibendum potest, si nondum sit consequutus duplum ex 12. tab. *§. cum in suo, Institut. de rer. diuis.* quod ostendit §. vltimus huius legis. Qui ex alienis cæmentis, quæ etiam veniunt tignorum appellatione,in suo ædificat, domum totam vindicare potest,quia superficies cedit solo. Prior autem dominus non potest cæmenta vindicare, vel eo nomine agere ad exhibendum,vt separentur,quia obstat *l. 12. tab.* diruta tamen domo prior dominus eam vindicare potest,vel agere ad exhibend. si non ante egerit in duplum. Idemque est, si domus illa a quodam extraneo,non domino,vel ab alio quodam, qui in alieno solo ædificauit, transierit ad bonę fidei possessorem, vel emptorem, & ab eo vsucapta sit: nam etsi vsucapta sit domus, dissoluto ędificio domino competit vindicatio tignorum suorum, & cæmentorum suorum, quia domus vsucapta est, non singula cęmenta, & possessa est domus,non singula cęmenta & tigna. Et ideo vsucapio domus ei non abstulit dominium

num cæmentorum, tignorum suorum: quod ostenditur in A *l.7.§.illud recte quæritur, de adquir. rerum dom. & l.eum qui de vsurp. & vsucap.*

Ad leg. 27. eod.

Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, & ideo liti se obtulit: & hoc ipsum in re agenda testatione probauero: omnimodo condemnandus est. 1. §. Possidere autem aliquis debet vtique & litis contestatæ tempore & quo res iudicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit: cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem: absoluendus est possessor. Item si litis contestatæ tempore non B *possedit: quo autem iudicatur, possidet: probanda est Proculi sententia, vt omnimodo condemnetur. ergo & fructuum nomine, ex quo cœpit possidere damnabitur. 2. §. Si homo petitus, dolo possessoris deterior factus sit: deinde sine culpa eius, ex alia causa mortuus sit: æstimatio non fiet eius, quod deteriorem eum fecerat: quia nihil interest petitoris. Sed hæc, quantum ad in rem actionem: Legis autem Aquiliæ actio durat. 3. §. Sed & is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: Idque ex Senatusconsulto colligi potest, quo cautum est, (vt diximus) vt dolus præteritus in hereditatis petitionem veniat. Cum enim in hereditatis petitione, quæ & ipsa in rem est, dolus præteritus fertur: non est absurdum per consequentias, & in speciali in rem actione dolum præteritum deduci. 4. §. Si per filium, aut per seruum pater, vel dominus possideat, & is sine culpa patris, dominive, rei iudicandæ tempore absit: vel tempus dandum, vel cauendum est* C *de possessione restituenda. 5. §. In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit: per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseueret actor petere rem suam, non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio seruum defendit, & damnatus præstitit pecuniam; aut in area, quæ fuit petitoris, per errorem insulam ædificauit: nisi tamen paratus sit petitor pati, tollere eum ædificium. Quod & in area vxori donata, per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses: non idem obseruandum, Proculus existimat: quia neque carere seruo meo debeam: nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.*

INtelleximus ex l. 23. rei vindicationem ei dari, qui dominium adquisiuit iure ciuili, veluti vsucapionis iure, aut iure gentium, veluti traditionis iure factæ a domino ex iusta causa adquirendi dominij, vel etiam, vt in eadem l. explicatum fuit, accessionis seu præualentiæ iure. Nunc intelligimus ex hac l. 27. aduersus quem detur. Et primum quidem constat eam dari aduersus eum, qui rem possidet, quive dolo malo fecit, quo minus eam possideret. Hoc enim est, quod dicitur in *l. non alias §. vlt. de iudic.* in rem actionem esse ex præsenti possessione: ex præsenti scil. aut præterita, quam amiserit dolo malo, quæ pro præsenti habetur, licet non sit præsens iuxta regulam leg. 131. *& l.150. de regul.* Hoc idem est, quod dicitur in *l.1.C. de alien. iud. mut. causs. fac.* In rem actionem possessionem parere aduersario, E vt in *l. vlt. hoc tit.* actionem in rem non pati eum, qui dicit se non possidere. Et hoc etiam titulo in *l.36.* eum, qui agit in rem actione frustra agere, si is, cum quo instituit actionem, neque possessor sit, neque dolo desierit possidere. At nonnunquam etiam in rem actione tenetur quasi possessor is, qui neque possidet, neque dolo desiit possidere, puta si mentiatur se possidere, & vltro se rei defensioni offerat, & litem contestetur, hoc enim exigitur omnimodo, atque ita frustretur, moretur, decipiat, eludat actorem ignorantem persuadendo ei se rem possidere. Dico *si litem contestetur*: Nam si cum ante litem contestatam falso dixisset se possidere, pœnitentia actus etiam ante litem contestatam vere dixerit non possidere; absoluitur, quia nondum litem contestatus est, & ex eius pœnitentia nulla fraus, nulla captio actoris est. Post litem contestatam non est ei integrum negare, se non possidere. Ideoque etiamsi id negauerit post litem contestatam cõdemnandus est, quasi possessor, vel ex clausula doli mali, dolum malum abesse, & absuturum esse: quæ pars est stipulationis iudicatum solui, quam interponere initio iudicij debet: & hæc ostenduntur obtinere etiam in petitione hereditatis, in omnibus iudiciis in rem, vel quæ præparant iudicium in rem, vt in actione ad exhibendum *l. iter §. non solum, l. qui se liti, sup. de petit. hered. l. 25. hoc tit.* Damnandus, inquam est quanti actoris interfuit non decipi. Cuius rei & simile argumentum est in *l. electio §. neque homini, de noxal. act. l. heres de petit. hered.* mendacium corrigi potest ante litem contestatam re integra, quia ea res actori non est fraudi, qui nondum quicquam in litem impendit. Post litem contestatam sera est correctio mendacij, id est, si actor veri fuerit ignarus, id est, fuerit deceptus mendacio eius, qui primum dixit se possidere: Nam si ab initio litis actor sciuerit eum non possidere, is certe absoluendus est, quia sciens decipi non videtur, quin potius ipse se decepit, quam decipiatur, qui sciens agit cum eo, quem scit non possidere, *l. 26. hoc tit.* Imo vero in vno casu, qui proponitur initio huius legis 27. etsi ante litem contestatam ille, qui falso dixit se possidere, & rei defensioni se obtulit, pœnitentia actus mendacium correxerit, damnandus est, quanti interfuerit actoris ignorantis non decipi: puta, si mendacio suo, siue falsa persuasione effecerit, vt quum dominus agere vellet aduersus Titium verum possessorem, non egerit aduersus eum. Qua re factum sit, vt interim Titius, qui erat bonæ fidei possessor, rei vsucapionem impleret, quæ res maxime est fraudi domino. Et ideo etiam correcto mendacio ante litem contestatam, is qui mentitus est, damnandus est ei, videlicet, quod & hic exprimitur, si & hoc ex scripto habita testatione, adhibitis testibus actor protestatus sit, puta se ideo non agere cum Titio, quod ille alter diceret se possidere, non Titium, & in re agenda testationem illam proferat, atque adeo per eam iudici probet, se dolo illius delusum & circumscriptum fuisse: mendacium species est doli. Testationem vero hoc loco recte Basilica interpretantur ἔγγραφον διαμαρτυρίαν. Testatio ita facta, ex scripto scilicet, & adhibitis signatoribus, plurimum valet ad fidem faciendam iudici, dolumque comprobandum, vt *l. vlt. de custod. reor.* D *testationibus id probandum est, vt hoc loco, & hoc ipsum testatione probauero.* Hoc vero testationis genus Ouidius de Ponto expressit his verbis.

Confiteor, testere licet, signate Quirites:
Nil opus est legum viribus, ipse loquor.

Illo autem condemnato ob suum mendacium, non est existimandum, ideo minus dominum rei posse agere cum Titio vero possessore rei vindicatione, videlicet, si nondum Titius rem vsuceperit, nam & a Titio rem vindicabit quam nondum vsucepit, *l. 7. hoc tit.* Et ab illo, qui mentitus est, consequetur quanti sua interest: neque enim mendax condemnatur nomine possessoris, sed suo nomine ex dolo proprio.

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. *h. legis.* Quotiens in rem actione agitur aduersus possessorem, vt sequatur condemnatio, non satis esse, si rem possederit tempore litis contestatæ, nisi etiam eam possederit tempore rei iudicatæ: nam si pendente lite nondum re iudicata, sine dolo malo & culpa sua amiserit eius possessionem, vt puta si res, qua de agebatur, naturaliter interierit, si homo qui petebatur sua morte interierit, exuerit hominem, condemnandus non est siue bonæ fidei possessor fuerit, siue malæ fidei, si modo res eo modo interierit, quo erat interitura apud actorem, si statim ei restituta fuisset, *l. 15. §. vlt. hoc tit. l. illud, de petit. heredit.* Satis autem est, si rei iudicatæ tempore rem possederit, licet eam non possederit tempore litis contestatæ. Vnde inf. in hac l. rectius Florentini, *rei iudicandæ tempore*, quam

vulgares, *rei vindicandæ tempore*. Quia rei iudicandæ tantum tempus ſpectatur. Ergo & fructuum ratio habetur, vt ſubiicit Paulus, ex eo tantum tempore, quo rem poſſidere cœpit, non ex tempore litis conteſtatæ, quo rem non poſſederit. Et huius ſententiæ auctores ſunt Proculiani, vt Paulus in hoc §. ſignificat his verbis: *Probanda eſt Proculi ſententia, vt omnino condemnetur*, qui rei iudicatæ tempore poſſidet: licet non poſſideat tempore litis conteſtatæ: Quam etiam eſſe probandam Vlpianus ait in *l. quæſitum, in princip. de pecul.* Et Proculo adiungit Pegaſum, qui etiam fuit eiuſdem ſectæ, itemque Celſum, in *l. item videndum §. pen. de petit. hered.* Sabiniani diſſenſiſſe videntur, quod perperam inchoatum ſit iudicium in rem in non poſſeſſorem. Hi initium iudicij ſpectabant, illi exitum, quorum ſententia probatur, & legibus præualuit: Et addit Vlpianus *in d. l. quæſitum*, idem ſeruari in actione ad exhibendum, vt *l. 7. §. pen. & vlt. ad exhib.* & in actione de peculio: Nam etſi nihil ſit in peculio litis conteſtatæ tempore, cùm actione de peculio agitur aduerſus patrem vel dominum, modo ſit rei iudicatæ tempore, condemnatio facienda eſt, vt *l. Fulcinius §. ſi qui actione, quibus ex cauſ. in poſſeſ. eat. l. 26. §. pen. de iureiur.* Idem etiam ſeruatur in petitione hereditatis, *l. ſi quo tempore, & d. l. item videndum §. pen. de petit. hered.* In qua etiam actione dicimus in *l. ſi a domino §. pen. eod. tit.* quum quæritur, an bonæ fidei poſſeſſor factus ſit locupletior, tempus rei iudicatæ ſpectari, non tempus litis conteſtatæ.

Ad §. Si homo.

PRoculianorum autem ſententiæ congruit etiam, quod ſequitur in hac lege §. *ſi homo.* Si poſt litem conteſtatam poſſeſſor ſeruum, quo de agebatur, dolo malo deteriorem fecerit, puta debilitauerit, aut vulnerauerit, vtique officio iudicis continetur, vt habeat rationem damni dati, vt æſtimet, quanti deterior ſeruus, qui petebatur factus ſit poſt litem conteſtatam, vt *l. non ſolum, ſup. hoc tit.* excepto vno caſu, qui proponitur in hoc §. Si dolo malo a poſſeſſore ſeruo petito, deteriore facto, poſtea adhuc pendente iudicio, pendente lite, is ſeruus ſine dolo malo & culpa poſſeſſoris ſuo fato interierit, non ex vulnere, ſed ex fati neceſſitate, aut vi maiore quadam. Hoc enim caſu, vt oſtenditur in hoc §. abſoluendus eſt poſſeſſor a iudicio in rem, quod eſt de proprietate, quia inepte quæritur de proprietate mortui. Et quia igitur rei iudicatæ tempore non poſſidet ſeruum, vt neceſſe eſt, nec dolo culpave ſua poſſidere deſiit. Quod adeo verum eſt, vt nec æſtimare iudex poſſit, quanto ſeruus ille deterior factus antea fuerit. Poſt litem conteſtatam tamen, quia ſuo fato interempto ſeruo, iam nihil ob eam rem actoris intereſt, & actio in rem, vt & actio ad exhibendum datur tantum ei, cuius intereſt rem reſtitui vtroque tempore, ſcilicet litis conteſtatæ, & rei iudicandæ, vt eſt nominatim proditum in *l. 7. §. vlt. ad exhib.* In hac tamen ſpecie actori integra manet actio legis Aquiliæ in ſimplum, ſi reus confitetur, vel in duplum, ſi negat. Morte hominis petiti extinguitur iudicium in rem. Non extinguitur tamen ratione damni dati, id eſt, deterioris ſerui effecti, ſemel nata actione legis Aquiliæ, quæ competit maxime, cum ſit pœnalis, etiam ei cuius intereſſe deſiit. Satis eſt enim, ſi olim interfuerit ſemel, quod & in omnibus aliis actionibus locum habet, quæ vel pœnam, vel id, quod intereſt, vel vindictam perſequuntur, *l. 3. §. vlt. ad l. Fab. de plag. & l. quæcunque, de oblig. & act. l. doli §. vlt. de ſeru. corrup.* Et hoc, vt dixi ſupra, ſiue ab initio is, quo cum agebatur in rem, bonæ fidei poſſeſſor fuerit, ſiue malæ fidei, ſi tamen eo modo poſt litem conteſtatam ſeruus interierit, quo & apud actorem interiiſſet, ſi ei in tempore reſtitutus fuiſſet. Et ita explicandus eſt §. *ſi homo.* Porro in hoc libro Paulus prius docuit, actionem in rem dari in poſſeſſorem, eumve qui eſſe poſſeſſorem ſe eſſe diceret, id eſt, qui ſe liti offerret, eumve, qui poſt litem conteſtatam dolo malo deſiiſſet poſſidere.

Ad §. Sed & is.

DEinde in §. *ſed & is qui*, docet, & aduerſus eum dari actionem in rem, qui ante litem conteſtatam dolo malo deſiit poſſidere. Præteritum ſcilicet dolum venire non minus in actione in rem ſpeciali, quam in petitione hereditatis, *l. 13. §. is autem, & l. 25. §. ſi ante, de pet. hered.* quod in petitione hereditatis nominatim eſt comprehenſum SC. Adriano, vt in ea habeatur ratio doli præteriti, id eſt, admiſſi ante litem conteſtatam. Valde ſupinus eſt error Baſilicῶn, quæ interpretantur præteritum dolum, ἀμνημόνευτον, quaſi ſilentio præteritum, vt præteritum filium vocamus. Satis manifeſtum eſt, ſignificari præteriti temporis dolum, qui ſcilicet admiſſus eſt ante litem conteſtatam in vtroque iudicio, non tantum præſentem dolum aut futurum, ſed & præteritum venire. Et hoc quoque in hoc §. *ſed & is*, Paulus ſcribit, ſe ante dixiſſe, nempe in *l. ſi a domino §. ſi prædo, ſup. de petit. hered.* Et argumentatur a petitione hereditatis ad actionem in rem ſpecialem: cum enim inquit, *per conſequentias & in ſpeciali rem actione dolum præteritum deduci.* Per conſequentias, inquit, quaſi ſcilicet magnitudo centumuiralis iudicij, quale eſt petitio hereditatis exemplum ſiue ſpecimen eſſe debeat cæteris iudiciis priuatis in rem. Par enim in omnibus interuenit ratio, ne quis quod dolo fecit impune ferat: ergo & in omnibus deducitur, ferturque dolus præteritus. Senatuſconſultum de petitione hered. quod palam definit in ea præteritum dolum deduci, per conſequentias, & ſequelas quaſdam neceſſarias iuris, & paris neceſſitatis, vt Stoici loquuntur, κατ' παρακολούθησιν apud Gell. 6. cap. 1. Id Senatuſconſultum locum habet etiam in qualibet actione in rem ſpeciali.

Ad §. Si per filium.

MOx Paulus, inquit, in §. *ſi per filium*, hac actione teneri etiam eum, qui rem mobilem (ſpecies enim hęc congruit tantum rei mobili) poſſidet per alium, puta per filium, aut ſeruum, qui rem mobilem poſſidet, non ſuo, ſed alieno corpore. Sed ſi ſine culpa eius rei iudicandę tempore abſit filius, vel ſeruus, quod tempus potiſſimum ſpectari oportet, vt iam ante dixi, dandum eſt ei ſpatium certi temporis, intra quod iubeat filium, aut ſeruum redire, qui rem mobilem ſecum pertulit, aut certe cautionem eum pręſtare debere, de re reſtituenda certa die, aut quum in ſuam poteſtatem peruenerit, vt in §. 1. *Inſt. de off. iud. l. 5. §. vlt. l. de eo §. ſi iuſta cauſa, ad exhib.*

Ad §. vlt.

IN hoc §. vlt. oſtenditur, poſſeſſorem, qui in rem actione conuenitur, petitori reputare poſſe impenſas vtiles & neceſſarias, quas in rem, quę ab eo petitur, fecit ante litem conteſtatam: vt ſi ſeruum, qui petitur, ægrotum curarit ſuis ſumptibus, & perſanauerit, *l. vlt. C. in quibus cauſ. ceſſ. longi temp. præſcr.* vel ſi domum, quę petitur refecerit, ſi in agro, qui petitur nouelleta inſtituerit, vineta, olíueta, petitionem quidem earum impenſarum poſſeſſorem non habere, ſed reputationem habere oppoſita exceptione doli mali, quia petitor dolo facit, qui ex aliena iactura lucrum facere tentat, *l. plane, de pet. hered.* Beneficio huius exceptionis poſſeſſor rem, quę petitur, retinet, nec ante petitori reſtituere cogitur, quam is reddiderit ei impenſas, quas in eam rem fecit, vel ſi forte poſſeſſor eam exceptionem omiſerit, per iudicem earum impenſarum ratio habetur, vt in *l. ſumptus inf. hoc tit.* vt fit in petit. hereditatis, *d. l. plane.* Et in *d. l. ſumptus, ἀσυνδέτως*, ſine copula vlla, quę tamen ſubintelligi debet, ſcriptum eſt, ſumptus ſeruari exceptione doli poſita per officium iudicis ęquitatis ratione, quia hęc verba ſic exaudienda ſunt, exceptioni doli oppoſita,

opposita, vel per officium iudicis, vt in *d. l. plane, & l. bona fide, de noxal. action. l. 3. §. vlt. nautæ, caup. stab. l. iudicata, de except. rei iudic.* coniuncta *l. cum filius, de leg.* 2. Duo enim sunt remedia diuersa, exceptio doli, & officium iudicis. Hanc autem reputationem impensarum vtilium & necessariarum maxime, si res exstet, in quam factæ sunt, habet non tantum bonæ fidei possessor, sed & prædo, non quidem ex rigore iuris, sed ex æquitate, vt fusius ostendi in *d. l. plane.* Et Paulus quidem hoc loco iuris rigorem spectat, quum de bonæ fidei possessore tantum loquitur, vt hæc verba indicant, *per errorem.* Sed benignius tamen est, idem quod hic scribit in bonæ fidei possessore admittere in prædone, id est, in malæ fidei possessore, si modo, vt explicat *d. l. plane,* res extet, in quam malæ fidei possessor impendit. Et eadem æquitate moti dicimus indistincte, si ante litem contestatam possessor bonæ aut malæ fidei seruum, qui petitur noxali iudicio defenderit, & damnatus præstiterit pecuniam, id est, litis æstimationem, noxæ siue damni æstimationem, cum id vtilius esset, quam seruum dedi in noxam, quæ etiam vtilis impensa est, *l. vtil. de pet. here.* eius impensæ rationem ferri atque deduci in iudicio in rem per exceptionem doli mali, vel per officium iudicis. Biuium enim patet possessori cuilibet ad seruandas sibi impensas, quas fecit in rem alienam. Itemque si ante litem contestatam possessor in alieno solo, in aliena area domum suis sumptibus ædificauerit, qui etiam sumptus proculdubio vtiles sunt, maxime si per errorem, vt ait, id est, bona fide, cum existimaret suam aream esse, id fecerit, domino domum vindicante eo iure, quo dicitur superficies semper solo cedere: eius esse superficiem, cuius & solum est, quę regula est non ciuilis tantum, sed etiam naturalis iuris, *l. vlt. de superf.* Domino, inquam, eo iure vindicante domum in suo solo ab extero inædificatam, per retentionem domus opposita exceptione doli mali, seruare eos sumptus potest. Petitionem eorum non habet, nullam scil. actionem habet, qua eos sumptus petat, sed habet retentionem tantum, sicut in iure, atque etiam in oratione quadam Demosthenis, multa sunt exempla, quibus, quarum rerum est retentio, non tamen earum est actio, non est earum petitio. Et in proposito similiter possessor petitionem horum sumptuum non habet, sed retentionem tantum, *l. si in area, de cond. indeb. l. Paulus respond. de doli except. l. 14. in princ. comm. diuid. l. idque §. 1. de actio. empt. l. sed si vir §. si vir vxori, de don. int. vir. & vxor. l. 2. Cod. Gregor. de rei vind.* Prædo autem summo iure nec retentionem eorum sumptuum habet, quia de se queri debet, qui sciens temere in rem alienam impendit, *l. 7. §. ex diuerso, de adquir. rer. dom. l. 1. Cod. Gregor. de rei vind.* Verum ex æquitate etiam retentio prædoni accommodanda est, si modo ædificium extat incolume, quod sciens imposuit alieno solo, *d. l. plane.* nisi, vt subiicit Paulus, quæ exceptio locum habet in vtroque possessore, petitor negligat ædificium, quod in suo solo impositum est, dque patiatur tollere possessorem diruto ædificio. Quæ exceptio aptari debet, vt dixi etiam ad malæ fidei possessorem. Tollere ædificium, est diruere ædificium, & materiam secum asportare, quod ruri facile conceditur: in vrbe publice interest non tolli, non dirui ædificia, non deformari ruinis vrbis aspectum, quod vel lex 12. tab. de tigno iuncto satis comprobat. Denique secundum hæc, posset quis dicere, & argumentari in hunc modum: Si satis est possessori, quod petitor eum patitur tollere ædificium, nec quicquam ei amplius petitor præstare debet: Igitur non satisfit possessori in totum, neque enim inde recipit mercedes fabrorum, asportat tantum materiam & rudera, aut tigna, non est vnde sumat, aut sibi reficiat fabrorum mercedes. Denique sola licentia tollendi ædificij, sola deductio materiæ, non resarcit possessori omnia ædificationis impendia, & durum videtur esse, vt non ei resarciantur omnia. Verum vt paucis respondeam, hæc exceptio, quam hic Paulus subiicit, *nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum ædificium:* hæc, inquam, exceptio eo tantum casu locum habet quo petitor non habet vnde possessori ædificij refundat impensas: nam si habet vnde eas refundat, omnimodo refundere cogitur per exceptionem doli, vel per officium iudicis. Quod si non habet vnde eas impensas possessori refundat, melius est possessorem alienæ rei in damno aliquo morari, quam dominum re sua carere. Cuius rei argumentum etiam est in *l. fundo, inf. h. tit.* Subiicit Paulus, etiam iudicem, qui de dote cognoscit, arbitrum rei vxoriæ, arbitrum dotis reciperandæ in *l. Titia, de solut.* idem seruare in area vxori donata, cui vxor suis sumptibus ædificium imposuit. Nam diuortio facto, si mulier agat de dote, & maritus vtatur retentione ob aream vxori donatam, quod possit aut potuit semper ante Iustinianum, *l. fructus §. ob donationem, l. rei iudicatæ §. 1. sol. mat.* contra mulier poterit marito reputare sumptus ædificij, nisi si maritus, qui non est soluendo, pati paratus sit eam tollere ædificium. Et ita hic locus de dote explicandus est, qui erat concisus nimis, vt solent esse omnia, quę Paulus scribit. Hoc autem, quod dixit seruari in area, idem mox iungit, non ita seruari posse, si possessor alienum seruum rudem adhuc & impuberem erudiuit, artemve, aut artificium aliquod edoceri curauit suis sumptibus, qui sumptus etiam vtiles sunt, *l. 6. de imp. in reb. dot. fact. l. impensæ, de verb. signif.* Idem seruari in hac specie non potest, quod diximus esse seruandum in area: Nam si dominus serui non habeat, vnde impensas eruditionis possessori restituat, quid fiet? carebit ne seruo suo? Sic videtur prima specie, quoniam remedium illud, quod adhibetur ædificio in aliena area posito, nimirum, vt petitore non existente soluendo possessor tollat quæ posuit: in hac specie idem remedium adhiberi non potest. Ars enim quam seruus didicit, ei eripi non potest. Est enim ars habitus intellectus. omnis autem habitus, vt ait Aristot: δυσκίνητος, id est, amoueri & auelli perdifficilis. In hac igitur specie melius est, vt possessor serui alieni, qui eum erudiuit suis sumptibus, suæ pecuniæ damnum faciat, sua pecunia careat, quam vt propter inopiam dominus suo seruo careat: exceptis tamen duob. casibus, quorum vnus in l. 29. ponitur. Si dominus forte, cum esset venalitiarius, id est, mango seruorum, mox eum seruum promercalem habiturus, & propter eruditionem serui ex pretio plus consecuturus sit: Nam hoc casu æstimatio facienda est officio iudicis, quanto scil. is seruus pretiosior factus sit, vt id vel possessori reddatur, vel seruus a possessore retineatur, atque ita dominus carebit suo seruo: nisi conquisierit pecuniam, qua refundat sumptus eruditionis, quos etiam mox est recuperaturus vendito seruo. Et huius rei argumentum est in *d. l. in fundo, & l. 10. de imp. in reb. dot. fact.* Alter casus est in l. 30. si bonæ fidei possessor domino denuntiauerit, cum vellet eum seruum erudire, vt impensas eruditionis solueret aut faceret, & ipse id dissimulauerit, nec tamen vetuerit, eum seruum erudiri: Nam & hoc casu seruo suo carebit, si impensas eruditionis possessori non restituat, vel restituere non possit: quia sciente eo, nec vetante factę sunt, cuius rei est argumentum in *l. 8. de imp. in reb. dot. fact.* Exceptis his duob. casibus, domino eidemque petitori serui, quia aliunde impensas eruditionis, & mercedes magistrorum possessori soluere non potest, possessor eas non reputat, nec ab eo consequitur per exceptionem doli, vel per officium iudicis, sed eis impensis non deductis possessor condemnandus est, vt seruum domino restituat.

Ad leg. 31. eod.

Cæterum, cum de fructibus serui petiti quæritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquæ operæ esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.

ET quemadmodum idem Paulus ostendit in *l. 31.* hoc tantum habet possessor in hoc casu, vt si ab eo dominus petat fructus pueri: nam & pueri sunt operę, atque adeo fructus quidam: & de puero iam cœpit loqui Paulus in *§. vlt. leg. 27. illo loco: Sed si puerum meum cum possideres,*

erudisses: hoc, inquam, tantum habet possessor, vt si ab eo dominus petat fructus pueri, eos compenset cum impensis factis in eruditionem pueri, sicut perpetuo, & generaliter obtinet, impensas factas fructuum quærendorum causa, quemlibet possessorem pensare cum fructibus, & improbe facere petitorem, qui fructus sibi restitui desiderat, non deductis, aut reputatis sumptibus a possessore factis fructuum quærendorum causa, *l. si a domino* §. *vlt. sup. de petit. hered.* vbi id fusius explicauimus. Et obseruandum, quem puerum dixit Paul. in §. *vlt. l.* 27. eum in hac l. impuberem vocari, dum ait, etiam impuberis aliquas esse operas, aliqua esse ministeria: ergo & fructus aliqui sunt: operæ serui, aut mercedes operarum in fructu sunt serui. Itaque pueri nomine in *d.* §. *vlt.* significatur non cōditio seruilis, vt quum dicitur *marcipor*, aut *quintipor*, id est, Marci puer, aut Quinti puer, sed significatur in illo §. vltimo, ætas pupillaris. Solent autem pueri eruditi plerique a quinto ætatis anno vsui & fructui esse, vt proditum est aperte in *l. vlt.* §. *dabitur, de oper. seru.* Vnde & in *l. seq.* iampridem ostendi, esse legendum, *post quintum annum*, non *post* 25. quæ verba pro interpretatione l. proximæ superioris sunt. Quod si artificem fecerit post quintum annum eius, qui artificium consequutus est, impensæ factæ poterunt compensari cum operis infantis pueri, quia a quinto anno fructus est quidam etiam pueri infantis; & certissimum est, non a 25. tantum seruos nobis esse vsui, sed a 5. 6. 7. & 8. antequam pubuerint, imo & antequam infantiam excesserint, non autem ante quintum, *l. de arboribus* §. *de illo*, *l. si infantis, de vsufr.* Vbi infans dicitur, qui est quinquennio minor, cuius plane nullæ sunt operæ, nulli fructus. Quinquennis vero sunt fructus quidam. & generaliter impuberum sunt ministeria quædam, sunt opere ei ætati congruentes, quod etiam Paulus ait in hac l. 31. vt si librarij fuerint, id est, καλλιγράφοι, *l.* 7. §. *dabitur, de oper. seru.* quo exemplo vtitur *l.* 28. *hoc tit.* forte, quod pictorem aut librarium docuerit, vel etiam si calculatores fuerint, si histriones: nam & in scenam producuntur impuberes: si nomenculatores, vt ait *d.* §. *dabitur.* qui hero aliena nomina dictent, qui & fartores dicebantur, & monitores, *l. vlt. in fi. de liber. causa.*

Ad l. 33. eod.

Fructus non modo percepti, sed & qui honeste percipi potuerunt, æstimandi sunt: & ideo, si dolo, aut culpa possessoris res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatij opinionem putantis, eiusque fructuum rationem habendam, quousque haberetur, si non periisset: id est, ad rei iudicandæ tempus. quod & Iuliano placet. Hac ratione si nudæ proprietatis dominus petierit, & inter moras vsusfructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem vsusfructus reuersus est, ratio fructuum habetur.

IN l. 33. Paulus ostendit in actione in rem officio iudicis æstimari non tantum fructus perceptos, sed & eos, qui percipi honeste potuerunt, & perceptos quidem honeste, vel inhoneste, vt *l.* 27. 28. & 52. *de petit. hered.* Eos autem, qui percipi εὐπρεπῶς, non qui inhoneste. Eos igitur, qui percipi potuerunt honeste, nec percepti sunt, vel vt idem Paulus scribit in Sententiis, eos quos honestus & diligens paterfamilias colligere potuisset: & rursus perceptos, etiamsi eos petitor percepturus non fuerit, si ei possidere licuisset, *l. cum hereditas, de petit. hered.* & eos, qui percipi potuerunt a petitore ipso, si ei possidere licuisset, etiamsi possessor eos percipere non potuisset, *l. si nauis* §. *vlt. inf.* Loquitur autem Paulus de fructibus perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: quoniam ait: *Æstimandi sunt fructus.* scilicet, æstimandi per iudicem, & officio iudicis, vt *l. non solum, inf. hoc tit.* Quoniam hi soli fructus in æstimatione iudicis sunt, qui soli in actionem in rem veniunt officio iudicis, qui post litem contestatam, non qui ante percepti sunt, percipiue potuerunt. ante percepti nominatim petendi sunt, longe alia ratione, quam in petitione hereditatis, in qua etiam fructus percepti ante litem contestatam veniunt iudicis potestate, siue a malæ fidei possessore siue a bonæ fidei possessore percepti fuerint, si modo ex eis bonæ fidei possessor locupletior sit, & hi etiam qui a malæ fidei possessore percipi debuerunt, nec percepti sunt: quia hosce fructus omnes quasi augmenta hereditatis quæ petitur, hereditatis nomen comprehendit, quod nomen est vniuersi iuris. Rei autem quæ petitur nomen, quod nomen est corporis non iuris, hosce fructus non comprehendit; quocirca nec petiti intelliguntur, nisi nominatim petiti sint, nec non petiti officio iudicis æstimantur, *l.* 2. *C. de petit. heredit.* quia præteriti temporis ratio nihil pertinet ad officium iudicis, *l. ædiles* §. *idem sciendum, de ædilit. edict.* Quod memini me latius exponere: hanc nimirum differentiam inter actionem in rem specialem & petitionem hereditatis, quod ad fructuum rationem attinet, in *l.* 26. *sup. de petit. heredit.* Præterea hoc loco Paulus loquitur de fructibus perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam, in quorum restituendorum causa certum est, omnes possessores pares esse. Id etiam prior pars huius legis ostendit illo loco, *res petita*, & posterior pars illo, *si nudæ proprietatis dominus petierit*: neque enim res petita dicitur, nisi post litem contestatam, vt *l.* 27. §. *si homo, sup.* & apertius in *l.* 35. quæ continuatio est huius legis 33. illo loco, *lite contestata.* Infert autem in priori parte huius legis 33. Paulus ex eo, quod proposuit initio, fructus æstimari perceptos, & qui percipi potuerunt: Infert, inquam, quod si post litem contestatam res, quæ petebatur, perierit dolo, aut culpa possessoris, vt si homo petitus interierit dolo aut culpa possessoris: dolo, si eum occiderit: culpa, si ægrum neglexerit, ex Trebatij & Iuliani sententia Paulus ait fructus æstimari, qui, si res non periisset, percipi potuissent vsque ad tempus rei iudicatæ: nam re perempta necesse est rem iudicari, *l.* 16. *sup.* Iterum dico, vsque ad tempus rei iudicatæ, non vsque ad id tempus, quo res perierit. Et refert Paulus, Pomponium existimare hanc Trebatij sententiam esse veriorem. quia dicit veriorem esse, ergo quidam alius iuris auctor in alia videtur fuisse sententia, forte Labeo, qui a Trebatio institutus fuit, nec tamen in eius institutis permansit, sed ab eo sæpissime dissensit. At verisimile tamen non est, Labeonem vel alium quempiam in alia sententia fuisse, puta, vt existimaret homine petito mortuo dolo aut culpa possessoris, fructus tantum æstimari quoad vixerit homo, id est, vsque ad tempus mortis, non vsque ad tempus rei iudicatæ. Nemo vnquam fuit iuris auctor adeo stultus, vt id existimaret. Quid enim est æquius quam plecti dolum aut culpam possessoris, qua factum est, vt homo interiret post litem contestatam: & plecti scilicet habita ratione siue æstimatione fructuum, quos haberet, si homo non interiisset: ergo vsque ad rei iudicatæ tempus, cum & ipsius hominis mortui nomine, quod mortuus sit dolo aut culpa possessoris post litem cōtestatam certissimum sit possessorem damnari debere, At e cōtrario homine petito, suo fato defuncto sine dolo malo aut culpa possessoris, iusta est causa existimandi, fructus æstimari oportere vsque ad tempus mortis duntaxat, quia possessor dolo & culpa caret, non in longius tempus produci estimationem fructuum. Et ita sensisse Labeonem constat ex *l. pen. inf. hoc tit.* quæ est Labeonis. Et in hac quidem specie, quum homo petitus obiit sua morte, suo fato, semper existimaui a Trebatio dissensisse Labeonem, Pomponium & Iulianum assensisse Trebatio potius, quam Labeoni: Nam & Iuliani sententia exstat in *l.* 17. §. 1. *sup.* quæ est Iuliani, videlicet, etiam homine petito suo fato mortuo sine dolo & culpa possessoris fructus æstimari debere vsque ad tempus rei iudicatæ: quia etsi hoc casu, quod ad hominem petitum attinet, absolui debeat possessor, quia is homo suo fato interiit post litem contestatam, & possessorem fatum præstare non oportet post litem contestatam. *Et vtique possessor*, inquit, Paulus, *post litem contestatam fatum præstare non debet*, vbi tamen Florentiæ perperam

peram *factum* pro *fatum*. Ergo quamuis quod ad hominem petitum attinet, qui suo fato interiit post litem contestatam, absolui possessor debeat, siue bonę fidei possessor fuerit siue malæ fidei, dummodo fuerit æque is homo apud auctorem interiturus, si statim ab initio litis ei restitutus fuisset, vt diximus in *l.* 16. *sup.* & in *l. illud, de petit. heredit.* tamen non iniquum est, possessorem qui non statim hominem restituit, qui maluit litigare quam restituere, fructuum nomine damnari, qui percipi potuissent, si homo non interiisset vsque ad tempus rei iudicatæ, quamuis petitor percepturus eos non fuerit: videlicet si eos ab alio recipere non possit, vt in *l.* 21. *sup.* Et hanc speciem hoc loco in priori parte legis 37. attigisse Paulum opinor: hanc, inquam speciem de homine petito mortuo sine dolo, aut culpa possessoris, & ita scripsisse: *Et ideo si sine dolo aut culpa possessoris res petita perierit, &c.* In hac specie a Trebatio dissensisse Labeonem, & Trebatij sententiam tamen placuisse magis Pomponio & Iuliano, non attigisse autem in hac specie Paulum superiorem speciem de homine petito mortuo dolo vel culpa possessoris, in qua non est verisimile non omnes iuris auctores idem sensisse: non omnes scilicet rationem fructuum perduxisse vsque ad tempus rei iudicatę, vel doli possessoris, aut culpæ plectendæ causa. Non est verisimile quenquam rationem fructuum in hac specie coarctasse ad tempus mortis duntaxat. Et hæc de priori parte huius legis. In posteriore parte Paulus infert aliud, elicit aliud, ex eo etiam quod initio proposuerat, fructus æstimari, non tantum perceptos, sed etiam eos, qui percipi potuerunt. Ex eo, inquam, infert, quod si cum eiusdem fundi, quam partem male explicat Accursius, vnus haberet nudam proprietatem, alter vsumfructum, alius possessionem, (constituendæ sunt tres personæ) nudæ proprietatis dominus a possessore fundum petierit instituta in rem actione, & inter moras huius iudicij mortuo vel capite minuto fructuario, vsusfructus ad proprietatem redierit, ex eo tantum tempore fructus æstimari debeant ex quo vsusfructus ad proprietatem rediit, ex quo vsusfructus ad petitorem rediit, quod etiam ostenditur *l. videamus, inf. de vsur.* quoniam ex eo tempore fructus a petitore percipi potuerant, si ei possidere licuisset. Quod cum eo congruit quod dixit in *l.* 27. §. 1. *sup. illo loco. Ergo & fructuum nomine ex quo cœpit possidere, damnabitur.*

Ad l. 35. eod.

Ex diuerso, si petitor lite contestata vsumfructum legauerit, ex eo tempore ex quo discessit a proprietate, fructuum rationem non habendam quidam recte putant. 1. §. *Vbi autem alienum fundum petij, & iudex sententia declarauit meum esse: debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore & de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit. Alioquin, vt Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui: & quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?* 2. §. *Petitor possessori de euictione cauere non cogitur rei nomine, cuius æstimationem accepit. Sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.* 3. §. *Eorum quoque quæ sine interitu diuidi non possunt, partem petere posse constat.*

ET ex diuerso idem Paulus subiicit in l. 35. quæ est ex eodem libro, & coniungenda est cum l. 33. subiicit, inquam, Paulus in ea, quod etiam infertur ex propositione l. 33. si plenæ proprietatis dominus post litem contestatam aduersus possessorem fundi, vsumfructum eius fundi alij legauerit, & vita decesserit, translato iudicio in heredem suum, vel quod est expeditius, si post litem contestatam vsumfructum eius fundi alij donauerit & cesserit, ex eo tempore, ex quo legati, aut donationis genere, vsusfructus a proprietate discessit, fructus non æstimari, quia scilicet ex eo tempore petitor heresve eius fructus percipere non potuisset. Et hoc est quod proponitur initio l. 35.

Paul.

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. quod etiam est de fructibus, qui post litem contestatam percepti sunt, aut percipi potuerunt, si fundum alienum petij actione in rem speciali quasi meum, cum non esset meus, & iudex per imprudentiam, per errorem sententia sua declarauerit, *fundum meum esse*, eumque mihi restitui iusserit, quod fit his fere verbis: *Fundum illum, de quo agitur L. Titij petitoris esse videri: itaque placere illum fundum L. Titio petitori recte restitui*: vt in *l. Pomponius* §. *sed & is qui*, in fine, *de procur.* In hoc iudicio sententia iudicis dominium non addicit, sed declarat, vt loquitur hoc loco, apud quem dominium sit, aut quis rei, qua de agitur, dominus sit, vt *l. sicut* §. *sed si quæratur, si seruit. vindic.* Eadem vero imprudentia, qua iudex pronuntiauit fundum petitori restitui, qui non erat petitoris, qui ius petendi non habebat, eadem imprudentia, eodem errore, eadem saliua debuit possessorem de fructibus condemnare perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: nam si possessor rem restituere debet, ergo officio iudicis incumbit, vt & debeat, cogaturque restituere fructus perceptos, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam. neque enim lucro victi possessoris cedere debent, sed petitoris potius, qui existimatur esse dominus rei, quia res iudicata pro veritate habetur, neque est æquum, vt victus possessor habeat, quod non esset habiturus, si statim possessionem petitori restituisset. Ergo siue vero siue falso iudex declarauerit rem, quæ petebatur, petitoris esse, debet & simul pronuntiare, vt ei restituantur fructus percepti, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam, aut eorum fructuum æstimatio, quæ erat in duplum ex 12. tab. olim: & ob id dicebantur fructus maiores, hodie in simplum tantum. Ratio habetur simpli fructuum perceptorum, aut qui percipi debuerunt post litem contestatam.

Ad §. penult.

IN §. penult. huius legis ostendit, possessore arbitrio iudicis non restituente rem, & idcirco damnato in æstimationem litis, quanti actoris interest, vel quanti actor in litem iurauerit, vt definit *l. qui restituere inf. hoc tit.* non debere actorem, cui possessor soluit litis æstimationem, vel rei qua de agitur, æstimationem, possessori, qui rem retinet, cauere de euictione, quod tamen tentari poterat hac ratione: quia litis æstimatio similis est emptioni venditioni, *l.* 1. & 3. *pro emptore, l. si propter* 22. *ff. rer. amot.* Videtur enim possessor, qui rei siue litis æstimationem actori soluit, & rem retinet ab actore rem emisse, actor eam illi vendidisse, nec tamen ideo cauere debet possessori de euictione, quia ex contumacia possessoris id ita accidit, vt eleganter ait *l. ideoque, rer. amotar.* Ex contumacia, inquam, possessoris id ita accidit, vt quasi coactus actor rem possessori vendiderit, de qua agebatur, qui maluit subire litis æstimationem, quam rem restituere. Neque obstat huic §. 1. *l. si donatæ, inf. de donat. inter vir. & vxor.* quia (vt Accursius paucis verbis notauit, & illa lex demonstrat satis aperte) vxor in specie illius legis, rem sibi donatam a marito possidet. Possidet igitur eam a marito, id est, causam possidendi eam rem vxor habet a marito, quo pœnitentia reuocante donationem, vt potest, & vindicante rem, si mulier maluerit ei soluere æstimationem rei, quam rem restituere, primum non restituet ei, non soluet ei nisi iustam æstimationem rei, id est, veram æstimationem rei, non quanti maritus in litem iurauerit. sed & mulier satis habere debet, si maritus ei caueat de euictione simpli, non vt fieri solet in aliis venditionibus de dupla: Neque enim inter coniuges res geri oportet amare, vt ait *l. si id quod* §. 1. *eod.* inter coniuges rem summo iure geri non oportet. res est apertissima.

Ad §. vlt.

IN extremo huius legis hoc tantum Paulus ait, hoc iudicio etiam earum rerum, quæ ſalua ſubſtantia, quæ ſine interitu diuidi non poſſunt, quæ diuiſionem non recipiunt, partem peti poſſe, partem pro indiuiſo, ſcilicet partem incertam, vt in *l. quæ de tota* §. 1. *inf.* non partem pro diuiſo, quia ea res diuiſionem non recipit, veluti partem hominis. hominem diuidere, eſt perdere: ſed vindicatur etiam pars hominis, non pro diuiſo, ſed pro indiuiſo, eaque deducitur in æſtimationem officio iudicis, quod & de re qualibet mobili, aut de hereditate dici poteſt ex *l.* 8. *ſup.* Neque enim animalia, neque res mobiles diuiſionem recipiunt. Nauis eſt res mobilis: vas eſt res mobilis: ſi eam diuiſeris, perdideris. Denique res mobilis pro diuiſo poſſideri non poteſt, nec vllum animal. Hereditas etiam, quæ ius eſt ſucceſſionis, diuiſionem non recipit. Corpora tantum poſſunt diuiſionem recipere, non iura incorporalia.

Ad l. 74. eod. & §. culpæ, legis 16. ſupra, l. 12. de vſurpat. & vſuc. l. 28. de verb. ſignific. l. 1. & 3. ſi ager vectig.

Id eſt, qui in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, vt certam penſionem præſtet.

IN titulo de rei vindicat. reſtat tantum ex libr. 21. Pauli parua lex 74. Sed quia admonitus ſum me in *l.* 16. *hoc tit.* prætermiſiſſe §. *culpa*, ab eo me expediam, & quidem paucis. Certum eſt, poſſeſſorem, qui in rem actione conuenitur, pati æſtimationem litis, non tantum ſi res petita dolo malo eius perierit poſt litem conteſtatam, ſed & ſi culpa, *l.* 36. §. 1. *hoc tit.* At ſi ſeruum petitum miſerit per inſidioſa loca, & is perierit per præcipitia aquarum, vel ſi eum in arenam deſcendere & digladiari conceſſerit, & occiſus ſit, vel ſi eum, cum vinciri & cuſtodiri diligenter ſoleret, veluti ſtigmaticum, aut ex genere ferratili, vt Plautus loquitur, ſi hominem eum non cuſtodierit pendente lite, & is fugerit, vel ſi nauem petitam aduerſo tempore, veluti brumæ tempore nauigatum miſerit, & ea naufragio perempta ſit. Sed ſi ſine dolo, aut culpa poſſeſſoris res petita perierit, quantum ad eius rei æſtimationem attinet, vt ſi nauem petitam congruo tempore nauigandam miſerit, & commiſerit idoneis hominibus, gubernatoribus, remigibus peritis, licet nauis perierit, ſane non tenetur, quia dolo & culpa caret. Congruo tempore, inquit Paulus in §. *culpa*. M. Tull. idonea tempeſtate, ad Q. fratrem. *Primam*, inquit, *nauigationem dummodo idonea tempeſtas ſit, ne omiſeris.* Duo igitur exiguntur, vt idonea tempeſtate nauem nauigatum miſerit, & vt idoneis hominibus eam commiſerit: non debuit eam habere otioſam, etſi petita eſſet: non debuit non ex ea fructum colligere, eam locare, ea vti frui, alioquin fructuum non perceptorum, qui interim percipi potuerunt, nomine damnaretur, ſed debuit ea vti frui prudenter, & caute, alioquin culpæ, imprudentiæ ſuæ nomine damnabitur. Ergo hoc adnotari ad illum §. *culpa*, quem prætermiſeram, ſatis eſt. Nunc venio ad legem noſtram 74. Poſt actiones in rem ſpeciales directas & ciuiles, de quibus ſupra dixit, & quas in *l.* 23. *in princip.* dixit competere iis, qui iure gentium, aut iure ciuili dominium acquiſierunt, competere dominis. Poſt directas, inquam, actiones ſcripſit in hoc libro Paulus de vtilibus & prætoriis, quæ non dominis accommodantur quaſi dominis: ex quarum numero primum eſt actio in rem, quæ ſuperficiario accommodatur, qua vindicat quaſi ſuam eſſe ſuperficiem, quamuis non ipſe ſuperficiei dominus ſit, ſed is, cuius eſt ſolum, quia certiſſimum eſt, ſuperficiem ſolo cedere, ſuperficiem ius ſoli ſequi, *l. Paulus* §. *domus, de pignorib. l. domum, de pignorat. act. l. vlt. de ſuperfic. l. qui domum, ad l. Aquil. l.* 4. *de obligat. & act.* Verum prætor ſuperficiarium tuetur quaſi dominum aduerſus quemuis poſſeſſorem, atque etiam aduerſus dominum ipſum data vtili actione in rem, & de poſſeſſione vtili interdicto vti poſſidetis, *l.* 1. *de ſuperfic. l. tutor* §. *vlt. de pignor. act.* Superficiarium autem definit in hac l. 74. Paulus, eum eſſe, qui in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, vt certam penſionem, certamve mercedem præſtet. Qui igitur in ſolo conducto ſuperficiem habet: eſt enim ſuperficiarius quaſi inquilinus *l.* 3. §. *pen. de oper. noui nuntiat.* ſed & eſt pluſquam inquilinus, quia inquilinus nullum in re ius habet, quam inhabitat, ſuperficiarius ius habet in re, & quaſi ſeruitutis ius, *l. ſi tibi* §. *pen. de leg.* 1. Quod ius Doctores noſtri appellant vtile dominium, ſed perperam. nullum eſt dominium vtile: omne dominium eſt directum, & eſt proprietas rei vel ius eius, quo qui fretus rem ſuam propriam eſſe aſſerit. Ea vero penſio, quam domino ſuperficiarius quotannis infert pro conductione ſoli, proprio nomine appellatur ſolarium, quod pro ſolo pendatur, *l. etiam, qui pot. in pign. hab. l.* 2. *ſi quis neminem, ne quid in loco publico.* Symmachus 4. Epiſtol. *Soluere ſolarium patris iuſſus eſt, taxatione pretiorum grauiter aggerata.* Iuſtinus 18. *Statuto*, inquit, *annuo vectigali pro ſolo vrbis.* Hæc vero ita dicimus, puta ſolarium ſolui pro conductione ſoli, vt in eo ſolo ſuperficiario quaſi propriam ſuperficiem impoſitam habere liceat, hæc, inquam, dicimus, quia plerumque ſuperficiarius in ſolo cõducto ſuperficiem habet, & in ſolo conducto non ad modicũ tempus, puta ad 10. aut 20. aut 30. annos, vel quãdiu aduixerit, quia ſi ſuperficiem conduxerit ad modicum tempus, puta ad quinquennium, vt Irnerius ſenſit recte, quoniam hoc erat ſolemne tempus omnium cõductionum tam priuatarum quam publicarum. Si inquam, ſolum conduxerit ad quinquennium tantum, aut in ſingula luſtra, in ſingula quiquennia, plane inquilinus eſt, qui nullum ius in re habet, non ſuperficiarius, nec in rem actionem ei prætor daturus eſt, *l.* 1. §. *quod autem, de ſuperfic.* Quamuis autem plerunque ſuperficiarius dicatur, qui in ſolo conducto ſuperficiem habet ſub penſione certa, tamen ſuperficiarius etiam dicitur, qui non conduxit ſolum, ſed abſque ſolo ſeparatim ſuperficium emit certo pretio, ſub onere penſionis annuæ, ſolarij annui, *d. l.* 1. §. 1. *de ſuperf.* Is autem qui in alieno ſolo ſuis ſumptib. ſuperficiem ædificauit ſine permiſſu domini ob id ſolum quod ædificauit non eſt ſuperficiarius: niſi poſtea inter eum & dominum conuenerit, vt ędificium ſibi haberet ſub penſione certa. Et hæc eſt prima actio in rem vtilis prætoria, quæ ſuperficiaria dicitur: eſt & alia vtilis etiam prætoria in rem actio, quæ Publiciana dicitur, & ei competit, qui rem alienam emit bona fide a non domino, necdum vſucepit. Quia ergo dominus non eſt, datur tantum ei quaſi domino vtilis & honoraria in rem actio, aduerſus quemuis poſſeſſorem, ſed & pleriſque caſibus, quos Accurſius notat in *l. vlt. tit. ſeq.* aduerſus dominum ipſum. Et de hoc quoque genere actionis in rem vtili, id eſt, de Publiciana hoc libro egiſſe Paulum dixi in *lib.* 19. legib. quæ titulo ſequ. tribuuntur lib. 19. Pauli ad edict, in Florentinis redditis ſecundum vulgarem editionem huic lib. 21. Cui etiam lib. 21. in omnibus editionibus attribuitur *l.* 12. *de vſurpat. & vſucap.* quæ omnino pertinet ad actionem Publicianam: negat enim eum poſſe vſucapere, qui rem aliquam ſciens emit ab eo, quem prætor vetuit alienare, veluti ab eo cui interdixit bonis propter diſſolutionem morum. Ex quo efficitur neceſſario, nec eum habere Publicianam actionem, quia quod non poteſt vſucapi nec Publiciana actione peti poteſt, *l.* 12. §. *ſi res, tit. ſeq.* Et huic quoque legi 12. ex eod. lib. 21. coniungenda eſt *l.* 28. *de verb. ſignif.* quæ ait, alienationis verbo & vſucapionem contineri. Quod & verum eſſe teſtimonio eſt lex Iulia de fundo dot. non alienando, *l. ſi fundum, de fun. dot.* eum ergo, qui patitur vſucapi rem ſuam, alienare videri. Et ideo rem eius, quem prætor vetuit alienare, vſucapi non poſſe eſt conſecutio neceſſaria. non poſſe etiam eum, quem prætor vetuit alienare, vt in ea l. 2. ſubiicit Paulus, non vtendo ſeruitutes amittere. Seruitutes prædiorum ruſticorum non vſucapiuntur, ſed non vtendo certo tempore amittuntur. At ſi ille, quem prætor vetuit alienare, occaſione acquirendi non vtatur, vt ſi hereditatem ſibi delatam intra tempora legitima non

non adeat; ſi tempore excludatur ab hereditate, vel ſi optionem ſeruorum ſibi datam intra certum tempus, vt *l.*10. *ad exhib.* non amplectatur, alienare non videtur: nemo videtur alienare, quod nunquam habuit. Quod ſeruatur etiam in actione Pauliana, & in actione Fabiana, quibus reſcinduntur alienata in fraudem creditorum, vel patronorum, non etiam non acquiſita non reſtituuntur. Quod ſequitur in ea leg. 28. de oratione ſoluta, id eſt, quæ neque coniunctionem, neque diſiunctionem habet, quam Græci διάλυτον vocant ἀσύνδετον, eam pro mente pronuntiantis, vel pro diſiuncta oratione, vel pro coniuncta accipi. Cuius rei multa ſunt exempla in iure noſtro. Vt ſi quem prætor vetuerit alienare, donare, pignorare, quæ eſt oratio ſoluta, ex mente prætoris hanc orationem haberi pro coniuncta, quaſi vetuerit, vt neque donaret, venderet, neque pignoraret. Nam & *neque*, coniunctionem facit. Tertia & vltima actio vtilis in rem eſt, quæ vectigalis dicitur, ſiue de fundo vectigali in *l. ſi finita* §. *ſi de vectigalibus, de damno inf. l. ſi cum venditor, de euict.* de fundo vectigali, ſiue de fundo emphyteuticario. Fundus vectigalis, & emphyteuticarius idem eſt, vt demonſtrat tit. *ſi ager vectigalis, id eſt, emphyteuticarius petatur*, & *l. penult.* §. 1. *qui ſatiſd. cog.* Agrum vectigalem, inquit, id eſt, emphyteuticarium. Et de hoc tertio genere actionis in rem vtilis ex hoc lib. 21. eſt *l.* 1. & 3. *ſi ager vectigal.* Datur hæc actio emphyteuticario, qui fundum totum conduxit in perpetuum, vel in longum tempus, ſub vectigali annuo ſiue annua penſione certa, quo interim meliorem & fructuoſiorem eum faceret, inſerendo, implantando & omni culturę genere. Datur, inquam, ei vtilis in rem actio eius vindicandi gratia, ſi amiſerit poſſeſſionem, quamuis fundi dominus non ſit, & datur aduerſus quemvis poſſeſſorem, imo & aduerſus dominum ipſum, vt Paulus ait in hac *l.* 1. §. *vlt.* Et de ſuperficiario diximus, plerunque eum quaſi inquilinum eſſe, imo & pluſquam inquilinum, quia ius habet in ſuperficie, quod proculdubio ius ἐμβατευτικὸν dicitur in *l.* 3. §. *pen. de reb. eor. qui ſub tut.* Ius, inquit, ἐμβατευτικὸν, vel ἐμφυτευτικὸν ſolent paſſim in iure auctores ius ſuperficiarium coniungere iuri emphyteuticario. Sic ex coniunctione igitur iuris emphyteutici, illo loco intelligitur ius ἐμφυτευτικὸν eſſe ius ſuperficiarium, quaſi ingrediendi & ius inſidiendi alieno ædificio. Hoc enim eſt ἐμβατεύειν & ἐμβατεῦσαι, vt Ioſuæ 19. καὶ ἐπορεύθησαν ἐμβατεῦσαι τὴν γῆν. Ita recte dicimus emphiteuticarium quaſi inquilinum eſſe, qui fundum fruendum conduxit, quia fundus fruendus ei locatus eſt: imo & pluſquam inquilinum eſſe, quia non in quinquennium tantum conduxit, ſiue in ſingula luſtra, in quæ fieri ſolebant locationes & conductiones omnes, non in longius tempus, *l.* 4. §. *pen. de reb. cred. l. qui per colluſ. de act. emp. l.* 3. §. *quum quinquennium, de iure fiſci.* & ſæpe in titulo locati, & apud Var. 5. de lin. Latina. Emphyteuticarius, non conduxit fundum in ſingula luſtra, alioquin nudus eſſet inquilinus, *ſed eum conduxit in perpetuum*, vt ait Paulus in *d. l.* 1. vel vt idem ait in *l.* 3. *eod.* ad tempus, i. ad longius, quam quinquennij tempus, ad non modicum tempus, vt recte Gloſſa notauit, puta vltra quinquennium, vt in ſuperficiario diximus. Et hic quoque emphyteuticarius ius habet in re, *l. ſi domus,* §. *vlt. de leg.* 1. quod ius ἐμφυτευτικὸν dicitur in *l.* 3. §. *pen. de rei vind.* Ne mutemus verba iuris auctorum, ne pro iure emphyteutico dicamus, dominium vtile, quia etſi habet vtilem actionem, non ideo apte dicitur habere vtile dominium: ſicut qui habet vtilem actionem, non ideo apte dicitur habere vtile dominium: ſicut qui habet vtilem actionem hypothecariam, non niſi inepte dicitur habere vtilem hypothecam. Hoc vero iure, quod ἐμφυτευτικὸν dicitur, conducuntur etiam hodie priuatorum agri, olim non conducebantur hoc iure, hac lege, ſiue pactione, ſiue conuentione, niſi agri ciuitatum, aut populi Romani. Qua de cauſa & agri vectigales proprie dicebantur, quia vectigal proprie eſt, quod publicum eſt: perquam improprie, quod priuatum eſt, ſed penſio dicitur, vel pretium, vel canon, vectigal abuſiue. Et ob id ex Iuliano Paulus in hac l. 1. alios dicit eſſe agros ciuitatum vectigales, alios non vectigales: non vectigales eſſe, qui ciuitatum nomine locantur, vt priuatorum agri locari, id eſt, colendi dari ſolent, nempe in ſingula luſtra, quod modicum tempus dicitur: vectigales autem eſſe qui in perpetuum ciuitatum nomine locantur, vel in longum tempus, vt dixi, ſub vectigali annuo, ita vt nunquam, vel non ante quam locationis, conductionis tempus finitum ſit, hi agri conductoribus, ſucceſſoribuſve eorum auferri poſſint, quamdiu vectigal pendatur ſuis ſtatis temporibus: nam ceſſantibus conductoribus aut ſucceſſoribus eorum in ſoluendo vectigali, ſane tum agri eis auferri poſſunt, quaſi commiſſi reipublicæ vel ciuitati, videlicet ſi ceſſauerint per biennium, vt olim obtinuit, & obtinet etiam hodie in agris eccleſiaſticis, *l. quæro* §. *inter, l. cum domini, ff. loc.* & *Nouel.* 7. In priuatorum autem agris, ſi ceſſauerint hodie per triennium in ſoluendo vectigali ex conſtitutione Iuſtin. *l.* 2. *C. de iure emphyt.*

Ad l. vlt. ſi vſusfr. pet.

Qui de vſufructu iudicium accepit, ſi deſierit poßidere ſine dolo, abſoluetur. Quod ſi liti ſe obtulit, & quaſi poſſeſſor de vſufructu actionem accepit, damnabitur.

Paulus poſtquam dixit de actione in rem ſpeciali, ſiue de vindicatione rerum ſingularium quæ corporales ſunt, cum directa tum vtili, tranſit ad vindicationem ſeruitutum, quas res corporales perſonis aut rebus debent. Tranſit ſcilicet a vindicatione rerum corporalium ad vindicationem rerum incorporalium. Seruitutes enim res incorporales ſunt, & earum duo genera. aliæ, quas res corporales perſonis debent, vt vſus & vſusfructus: Aliæ quas res rebus debent, vt ſeruitutes vrbanorum prædiorum, *l.* 1. *de ſeruit.* Ac primum de vindicatione vſusfructus, hoc habemus ex Pauli libro 21. in *l. vlt. ſi vſusfr. pet.* quod & in vindicatione rei corporalis ſeruari conſtat ex *l.* 25. & 27. *de rei vindic.* Eum, qui de vſufructu iudicium accepit, id eſt, reum, cum quo is, qui agit confeſſoria in rem actione, vſumfructum fundi ſuum eſſe petens, litem conteſtatus eſt, ſi ante rem iudicatam ſiue dolo malo aut culpa deſierit fundum poſſidere, vt ſi fundus chaſmate perierit, terræ fragore, abſoluendum eſſe, quia nulla eſt in rem actio efficax, niſi aduerſus eum, qui rem, qua de agitur, vel de cuius iure agitur, poſſidet rei iudicandæ tempore, *d. l.* 27. §. 1. & §. *ſi per filium. l. quæſitum, in princip. de pecul.* Ceterum præteritorum fructuum ratio habenda erit, *l.* 5. §. *vlt. hoc tit. l.* 16. *de rei vind.* Idemque eſt, ſi dominus fundi egerit negatoria actione aduerſus poſſeſſorem, qui vſumfructum contendit ad ſe pertinere. Hic enim qui hoc oſtendit, videtur naturaliter fundum poſſidere iure vſusfructus, *l. naturaliter, de acquir. poſſeſſ.* M. Tullius pro Cæcinna: *Cæcinnam, inquit, propter vſumfructum poſsidere non nego.* vel etiam vſumfructum quaſi poſſidere, *l. ait prætor* §. *item ei, ex quib. cauſ. maior. l.* 3. §. *pen. de vi & vi arm.* Nam & hic, qui ſe fructuarium dicit, cum quo dominus fundi agit negatoria, ſi ſine dolo malo & culpa ante rem iudicatam deſierit poſſidere: id eſt, ſi deſierit habere facultatem reſtituendi, vt *l.* 1. §. *quod ait prætor, quod legat. nom.* abſoluendus eſt. Is autem (quæ eſt alia ſpecies) qui, vt ſubiicit Paulus in hac *l.* ſe obtulit liti de vſufructu ſine cauſa, cum non poſſideret, nec dolo deſiiſſet poſſidere, quique tanquam poſſeſſor actore ignorante de vſufructu actionem accepit, id eſt, qui iam litem conteſtatus eſt, hæc tria idem poſſunt, iudicium accipere vel ſuſcipere, actionem accipere, & litem conteſtari. Hic, inquam, ſi tanquam poſſeſſor, cum mendacium eius ignoraret actor, litem conteſtatus ſit, omnino condemnandus eſt, quia decepit actorem: nec ei iam poſt litem conteſtatam integrum eſt pœnitere & negare ſe poſſidere, *d. l.* 25. *de rei vindic.* Et hæc hæc eſt ſententia huius legis vlt. nec quicquam amplius ex Paulo habemus de vindicatione vſusfructus.

Ad. l. 3. de seruit.

Seruitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.

IDem tamen Paulus postea dicturus de vindicatione seruitutum, præmisit in *l. 3. de seruit.* seruitutes prædiorum alias in superficie consistere, alias in solo, quæ verba Accursius non intellexit, vt in extremo ostendam. Ait, *prædiorum* generaliter, id est, seruitutes omnium prædiorum vrbanorum & rusticorum, vel in superficie consistere, vel in solo. Et ait, *consistere*. Consistunt autem seruitutes in eo prædio potius, cui debentur, quod prædium dominans vocatur, quam in prædio seruiẽte, quod eas seruitutes debet, nimirum a prædio seruiente profectæ in prædio dominante consistunt, & prędij dominantis iura esse dicuntur, *l. arbor, §. vlt. comm. diud.* quam in hanc rem hîc Bartolus recte adfert. Inhærent quoque seruitutes prædio, dominanti nimirum, vt & vsusfr. dicitur inhærere personæ, cui debetur. Et inde §. *prædiorum, Instit. de seruit.* prædiorum, inquit, vrbanorum seruitutes sunt eæ, quæ ædificiis inhęrent: ædificiis scilicet dominantibus. Id vero demonstrat aperte *lex seruitutes, tit. seq.* quæ seruitutes in superficie consistere dicit eas, quæ pertinent ad superficiem, id est, quæ superficiei debentur, vt ius tigni immittendi ex meis ædibus in tuas ędes, vt in tuis requiescat, vtve a tuis ędibus sustentetur: vel, vt ait, ius męnianum in tuum immittendi, vt ius stillicidij in tuum proiiciendi. Ex ędib. igitur meis: nam męniana aut stillicidia non prodeunt, nisi ex prędiis, ex ædib. meis. Sed non adiicit in ędes tuas, sed *in tuum*, quia non tantum in ędes tuas, sed & in aream tuam, vel cloacam tuam, męnianum, aut stillicidium proiici potest. Tignum autem immitti ex ędibus meis non potest, nisi in ędes tuas. Proprie immitti dicitur trabes vel tignum, quod aliquo loco requiescit. *l. malũ, §. 1. de verbor. signif.* Improprie autẽ męnianum dicitur immitti, quod nusquam requiescit: quod imo ne vsquam requiescat, Zeno constituit in *l. 12.* quę est constitutio gręca, *C. de ædific. priuat.* Improprie igitur eadem lex *seruitutes* dixit, mænianum immitti, in qua sane manifesta est πλοκὴ vt Grammatici vocant, in vsu eius verbi immittere. Nam immittere tignum proprie est eo protendere, vbi requiescat. Immittere mænianum improprie dicitur pro proiicere, ita vt sit in suspenso, nec vsquam requiescat. Et cũ ea l. dicat, seruitutes eas, quę in superficie consistunt, possessione retineri: & quod idem est, quasi facto quodam vt ait, nam possessio magis est facti quam iuris, *l. 1. §. adipiscimur, de acquir. possess.* Possessione, inquam, retineri, & facto quodam, puta immissione tigni, aut proiectione męniani, aut stillicidij perpetua. Cum igitur ea lex hoc dicat, aperte dicit, eas seruitutes in superficie consistere, quæ superficiei siue superficio debentur. Et his consequens est, atque consentaneũ, vt & illę similiter dicantur consistere in solo, vel quod idem est pertinere ad solũ, quę solo debentur, puta vt mihi liceat in meũ solũ, in meam vineã ire per tuũ ędificium, & per areã solumue tuũ, vt in *l. certo, de seruit. rust. præd.* Vineis enim, quæ est species illius legis, acquisita seruitute, vinearum appellatione solum significatur, non vites, non arbusta, quæ solo implantata sunt: ideoque vitibus sublatis seruitus manet, quę non maneret si acquisita esset vitibus, non solo. Et est in illa *l.* alia πλοκὴ in verbo vineæ. Vno enim loco vineę accipiuntur pro vitibus, cum ait, vineis sublatis seruitutem manere, nisi aliud actum sit. Altero loco vineę dicuntur sola, in quibus vites consitę sunt, quum ait, certo generi agrorum, vt vineis seruitutem acquiri posse. πλοκὴ est vnius verbi in eadem oratione diuersa significatio, vt quum dicimus, *amici dum viui mus, viuamus.* Et apud Cornificium, *auium cantus ducit nos ad auium.* Superficies porro, vel superficium non est tantum ædificium, sed etiam quodcunque solo impositum, insitum, implantatũ est, vt vineæ superficies sunt vites, arui segetes: siluæ siue saltus arbores. neque igitur idem est superficies & ædificium: Nam & ædificium constat ex duabus partibus, ex solo & superficie, *l. eum qui ædes, de vsurp. & vsuc. l. solum, de rei vindic. l. qui res §. vlt. de sol.* Ædes dicunt illæ leges. sed & ædes ædificia sunt: at non omnia ædificia, ædes. Quapropter ea recte separauit Titus Liuius 38. *quæ ædes, ædificiaue intra fines regni Antiochi sunt.* Superficium autem per se dicitur sine solo, & nonnumquam ædificium pro superficio tantũ accipitur, in *l. domo, de pignorat. act. l. 9. §. quæsitum, de dam. infec.* Et ita hanc legem interpretandam esse censeo, non ex ex interpretib. sed ex legib. ipsis, ex *d. l. seruitut. & d. l. certo.* Accursius fertur in aliam omnino interpretationem. Ac primum facit seruitutum diuisionem, sicque accipit, ac si seruitutes quæ in superficie consistunt, sint seruitutes prædiorum vrbanorum: Quæ autem in solo consistunt, rusticorum prædiorum. Male: Nam & seruitus prædij vrbani in solo consistere potest: puta, vt mihi liceat cloacam immittere in tuas ædes, seruitus est vrbani prædij auctore Caio 2. Instit. quæ tamen in solo consistit ædium mearum, in quo est cloacarum origo. Idemque erit, si iter per vrbana prædia constituatur, vt *l. inter, communia præd.* vel aquæ ductus, *l. si ego, §. 1. de Publ. in rem act.* Contra seruitus rustici prædij potest in superficie consistere, veluti, vt mihi liceat tollere altius prætoriũ meum, & officere prospectui tuo, si tuum prætorium meo sit vicinum, quod nõ raro euenit, ex sententia Neratii, qui prætorium accipit pro prædio rustico. Ea seruitus est seruitus rustici prædij, *l. 2. de seruit. rustic. prædior.* quæ tamen in superficie consistit prætorij mei. Item si hoc agatur, vt vineis meis, quamdiu in eo habitu fuerint, seruitus debeatur, rustica est seruitus, quæ tamen in superficie est, & in vitib. non in solo consistit, *d. l. certo.* In hac quoque interpretatione Accursius non perseuerat, sed transit ad aliam, & ait in superficie consistere seruitutes constitutas a superficiario, vel emphyteuticario: In solo autem consistere seruitutes constitutas a domino. Etiam male. Nam hæc interpretatio coarctat nimis verba Pauli. Pertinet enim hæc interpretatio tantum ad prædia aliena, in quib. quis ius superficiei, siue ἐμφυτευτικὸν aut ius emphyteuticum habet, & ad seruitutes, quæ in superficie iure prætorio constituuntur, non iure ciuili: neque enim ipso iure ciuili valent, quæ constituuntur a superficiario, vel emphyteuticario, sed iure prætorio tuentur *l. 1. §. vlt. de superfi.* Permaneamus igitur in ea interpretatione, quam initio protulimus.

Ad. l. 6. eod.

Ad certam partem fundi seruitus tam remitti quam constitui potest.

IDem Paulus in lege sexta ait, *ad certam partem fundi, &c.* Certa pars, est pars pro diuiso. certum dicitur a cernendo, vt certa pars sit ea, quæ cerni potest, & digito demonstrari. Denique certa pars est pars pro diuiso, *l. placet, quibus modis vsusfr. amitt. l. 1. §. hoc interdictum, vti poss.* In parte pro diuiso, quia ea iam totum est, totumue efficit quoddam, totum quoddam est, post diuisionem in parte pro diuiso seruitus imponi ac constitui, aut quæ iam imposita aut constituta est, remitti potest: non in parte pro indiuiso, quæ in parte non in toto consistit, neque cerni, neque demonstrari potest, quæ solo intellectu abstrahitur & percipitur, *l. seq. in fine l. 11. & 17. h. t. l. 6. §. si quis partem, inf. commun. præd.* in parte, inquam, pro indiuiso seruitus constitui non potest, quia pro parte indiuisa, vti seruitute non possum, quin ea vtar ex fundo toto. Vsus seruitutis est indiuiduus. denique in hac l. 6. hoc vult Paulus, non tantum fundo seruitutem imponi, aut impositam remitti posse, sed etiam loco, id est, certæ portioni fundi.

Ad

Ad l. 21. de seruit. quæ alias l. 1. De seruit. vrban. præd.

Si intercedat solum publicum, vel via publica: neque itineris actusue, neque altius tollendi seruitutes impedit, sed immittendi, protegendi, prohibendi: item fluminum & stillicidiorum seruitutem impedit, quia cælum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet. 1. §. Si vsusfructus tuus sit, ædium proprietas mea, quæ onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest: tecum nullo modo.

IDem Paulus in l. 21. quæ debet esse lex vltima h. t. non vt in Florentinis prima tituli sequentis, tractat de eo, an si inter meum & vicini prædium intercedat solum publicum, aut via publica, ea res impediat, quo minus in prædio vicini seruitus possit constitui: Et non impediri quidem ea re ait itineris vel actus seruitutem altius tollendi suas ædes, & officiendi prospectui vicini, quia per viam publicam locumue publicum cuilibet commeandi ius est, & sublatis ædibus nihil ea res officit loco publico: attamen impediri seruitutem immittendi tigni, aut protegendi tecti, protendendiue, aut proiiciendi stillicidij, aut proiiciendi priuati fluminis, proiiciendæ aquæ scilicet, quæ crescit in meo, quia intercedente via publica ex meis ædibus in tuas immitti, protegi, protendi, proiici nihil potest, quin officiatur aeri, qui est super viam locumue publicum, qui & ipse aer publicus est, & liber esse dicitur, non minus quam locus ipse publicus, ac patere omnib. Hæc satis perspicua sunt. At addit de seruitute oneris ferendi agi actione confessoria, i. eam seruitutem vindicari, non aduersus fructuarium, sed aduersus proprietarium in solidum. Si forte ædiū quę onus vicinarū ędiū ferre debent alius sit fructuarius, alius proprietarius, confessoria actione nō agi, de ea seruitute cū fructuario, sed cum proprietario in solidū, quamuis solidam, id est plenam proprietatem non habeat, nimirum abscedente vsufructu, quia proprietati ędium ea seruitus imposita est non vsuifructui, quia ea seruitus est in rem, & nomine rei proprietas significatur, non in personā. Quod & in omnibus aliis prædiorum seruitutib. locum obtinere ait *l. 6. §. hæc etiam, inf. si seru. vin.* Vt sc. & ceteræ omnes seruitutes vindicentur aduersus proprietarium tantum, non aduersus fructuarium. sed de seruitute oneris ferundi dubitabatur, quia in hac seruitute hoc est proprium, vt qui eam debet, reficere debeat parietem oneri ferundo suis sumptibus: & videbatur refectio potius pertinere ad fructuarium, vt & ceteræ refectiones dicuntur pertinere ad fructuarium, *l. 7. §. quoniam, de vsufr.* Et quamuis aliarum seruitutum non sit ea natura, vt aliquid faciat, qui eas debet, *l. 15. §. vlt. h. t.* excipienda tamen est seruitus oneris ferundi: nam refectio parietis aut columnæ oneri ferundo, pertinet ad eum, qui seruitutem debet, *l. eum debere, tit. seq. l. 6. §. etiam, si seruit. vind.* Sed tamen negatur in §. 1. huius legis 21. refectionem ad fructuarium pertinere, quum negatur agi posse confessoria aduersus fructuarium. Quod autem dico idem obtinere in aliis seruitutib. pugnat valde cum *l. 1. §. competit., de aq. & aqua pluu. & l. 10. §. vlt. si seruit. vind.* quæ dicunt, seruitutem posse vindicari aduersus quemcunque, qui prohibeat nos ea vti, non aduersus dominum tantum. Sed loquuntur de seruitute, quę iam cœpit, & prædio imposita est, quam tueri & nobis defendere seu vindicare possumus aduersus quemuis, qui nos ea vti prohibeat. Loquuntur de seruitute, quæ iam cœpit, quæ iam prædio imposita est: de ea, quæ nondum cœpit, dicimus aduersus dominum tantum prædij seruitutis agi posse, vt eam constituat & cedat. Et hic est primus locus de vindicatione seruitutum.

Ad l. 7. De seruit. præd. rustic.

Qui sella aut lectica vehitur: ire non agere dicitur. Iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, & plaustrum ducere, & iumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum, neutri eorum ius est: quidam, nec hastam rectam ei ferre licere: quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret: & possent fructus eo modo lædi. Qui viam habent: eundi agendique ius habent. plerique & trahendi quoque, & rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat. 1. §. In rusticis autem prædiis impedit seruitutem medium, quod non seruit.

PErgam de eadem actione dicere in *l. 7. de seru. rust. præd.* Seruitutes prædiorum rusticorum plures sunt, frequentiores hæ 4. iter, actus, via, aquæductus. De tribus primis itinere, actu, via magna est controuersia, vel ἀπορία potius inter iuris interpretes, ducta ex eo, quod in *l. 1. h. t. Iter.* definitur esse ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi: *Actum* vero hoc amplius, ius esse agendi vel iumentum, vel vehiculum. *Viam* autem ex itinere & actu constare. Eum, qui actum habet & iter habere, etiam sine iumento, aut vehiculo, id est, ire solum posse, quia actus constitutus est, etiam si nihil agat, nihilue ducat: Eum vero, qui viam habet, vtrumque habere, iter & actum. Vnde quæritur, quid igitur distat via ab actu? Memini me semper dicere eum, qui actum habet, per consequentias tantum, non recta & principaliter & iter habere, vel ex occasione potius quam iure, vt ait *l. 2. de riuis.* Ideoque & actum duntaxat, non iter ab eo vindicari posse *l. 4. §. 1. si seru. vind.* eum vero, qui viam habet, vtrumque habere principaliter, & vel iter, vel actum separatim, vel vtrumque simul iter & actum, aut vno verbo viam vindicare posse. Hæc est summa & pręcipua differentia. Sed sunt etiam aliæ Viæ latitudo lege, 12. tab. finita est, nimirum, vt sit in porrectum, in directum 8. pedum: in anfractum, ἐς καμπήν, in flexum, sexdecim pedum, in flexu viæ altero tanto maius est spatium, propter vehiculorum obuertendorum facilitatem. Et hoc ostenditur in *l. seq. & l. 6. §. vlt. quemadmod. seruit. amittant.* Actus autem latitudo lege finita non est, sed finitur conuentione contrahentium, vel iudicio testatoris, qui actum legat, vel arbitrio boni viri, *l. certo, §. latitudo, inf. h. t.* Rursus via non est, nisi qua & iumentum, & vehiculum ire potest, quod via dicatur quasi veha. Vnde vehiculum, & in Cod. Th. *Tot vehas debere municipes in causam reip.* id est, tot vicib. debere eos vehiculis vehere onera, quæ ad rempubl. pertinent, veluti annonam, & in idiotismo nostro vox, *des coruees*, nihil aliud est, quam corporis veha. Via igitur non est, nisi qua vehiculum & iumentum ire potest. Actus est etiam qua vehiculum duci non potest, modo agi iumentum possit, *l. 13. de seruit. infr. h. t. l. 23. h. tit.* Vehicula proprie dicuntur, quib. iumenta & pecora aguntur: aut minantur, quod minis scilicet adigantur. Ouid. 1. Fastorum.

Pars quia non veniant pecudes, sed agantur, ab actu,
Nomen agonalem credit habere Deum.

Ponitur & alia differentia in hac l. quæ est de itinere actu & via. Et docet, quid intersit inter iter & actum, quid, quæ inter actum & viā. Eum, qui iter habet, non tantum ire pedib. & ambulare, id est, spatiari valetudinis causa posse, sed etiam equo vehi, vt *l. 12. inf. h. t.* vel vt ait *l. 7.* Sella vehi aut lectica, sella gestatoria, vt Sueton. loquitur, *sella portatoria*, vt Cęlius Aurelianus medicus chronion lib. 1. cap. 1. & 5. & lib. 2. cap. 1. vbi eam sellā *ferroriā* vocat. Sella sedemus, lectica decūbimus siue iacemus, vtrāque ferebant serui, & lecticā plerūque 8. Vnde & octofori, & 8. lecticariorū legatū *l. 8. §. vlt. de leg. 1.* Nunc lecticis siue carrucis dormitoriis subiunguntur equi, vt *l. vxori, de aur. & arg. leg.* Porro is, qui iter habet tantum, potest ire pedib. potest quidem transire, vel ambulare, id est, spatia facere multa subinde valetudinis causa, aut equo vehi, sella, vel lectica, verum iumentum etiam agere aut plaustrum, aut vehiculum

ducere non poteſt: is qui actum habet, & ea omnia facere poteſt, quæ is, qui iter habet, & præterea etiam iumentum agere, & plauſtrum aut vehiculum ducere. Trahere autem tignum aliquod ingens, vel lapidem neuter poteſt, neque etiam *haſtam rectam* ferre, vt hic Paulus ait, ſed ſupinam ferre debet, haſtam demittere debet, non erigere, quia haſtę erectio nihil pertinet ad cauſam itineris vel actus, id eſt, haſta recta non fertur eundi vel agendi cauſa, haſta recta nihil facit ad iter vel actum. At ſi eam rectam ferre liceret, poſſent eo modo decuti fructus actui iunctarum arborum, quod erat vetitum lege duodecim. tab. puta ne quis arbores alienas cederet, aut feriret cædendi cauſa, aut ſtringeret, id eſt, deglabraret, decorticaret, *l. cædere, arb. furt. cæſ.* forte & ne quis quatefaceret, & fructus decuteret. At qui viam habet, etiã trahere lapidem, aut tignum, vel haſtam rectam ferre poteſt, quia cum via latior ſit quam actus, id vtique facturus videtur ſine læſione arborum & fructuum, cuius tamen rei ſi quis iuſtus metus exiſtat, forte via ex conuentione anguſtiore facta ex *l. 23. inf. h. t.* & ab haſta recta geſtanda, & a tractu lapidis, aut tigni, qui viam habet abſtinere debet, quæ eſt ſententia Pauli. ita enim ſeruitutibus quæ nobis competunt, vti debemus, vt ne quid fiat extra cauſam earum, extra vtilitatem prædij noſtri, quod vicinis damno eſſe poſſit, videlicet ſi nihil laturi ſumus, niſi vt officiamus vicinis, vt ait *l. in fundo, de rei vind.* Et hæ ſunt differentiæ inter iter & actum, & viam & actum, veriſſimæ & certiſſimæ: nec ab aliis, quæ diximus diſcrepant leges, quæ dicunt, aliud eſſe iter, aliud actum, *l. 11. §. ſi iter, de excep. rei iudic. l. ſi pupillus § . vlt. de nouat.* quia & hoc ipſum nos diximus plus eſſe actum, quam iter: & plus eſſe viam, quam actum: Viam in ſe propalam continere & iter, & actum. Idemque prorſus eſſe viam cedere, & cedere iter & actum, vt in *l. ſi eo loco §. 1. ſi ſeruit. vind.* Prius dicit viam, poſterius iter & actum, quemadmodum *l. 2. inf. quemad. ſeru. amit. l. 13. § . 1. de acceptil.* Actui non propalam, ſed tacite, & per conſequentias iter ineſt, ad agendum ſcilicet & ducendum, & eum tamen, qui actum habet, non tantum agere iumentum, aut vehiculum ducere poſſe, non tantum ire poſſe agendi, vel ducendi cauſa: ſed quod minus eſt, per ſe etiam ſine vllo iumento, aut vehiculo ire aut ambulare poſſe, vt eſt aperte & ſine vitio ſcriptum in *l. 1. h. t.* Quod & *d. l. 2. quemad. ſeruit. amitt.* quæ eſt ex eodem libro Pauli, plane comprobat.

Ad l. 2. Quemadmod. ſeruit. amitt.

Qui iter & actum habet, ſi ſtatuto tempore tantum ierit, non periſſe actum, ſed manere Sabinus, Caſſius, Octauenus aiunt: nam ire quoque per ſe eum poſſe, qui actum haberet.

DVm ait, *Eum qui iter & actum habet*, id eſt, qui viam habet, vt iam expoſui, ſi conſtituto tempore ad non vtendo amittendam ſeruitutem ierit tantum, non egerit vlla iumenta aut vehicula duxerit, non amiſiſſe actum ex Sabinianorum ſententia, quia verum eſt, & eum via aut actu vſum, qui ſolo itinere vſus eſt, quia & iter per ſe ſolum in via, vel in actu ineſt. In via nominatim: in actu, tacite. Et eum quoque qui actum habet per ſe, ſine iumento, aut vehiculo ire, & eundo actum retinere, quod noſtris eſt vſurpare poſſe. Actum dico ſine itinere eſſe non poſſe, ſcilicet ad agendum, vel ducendum, *l. 1. de adim. leg.* Rurſus dico actum ſine itinere eſſe, ex *l. 4. § . 1. ſi ſeruit. vindic.* Nam & hoc, & illud verum eſt, nec vlla eſt pugnantia: actum, inquam, ſine itinere eſſe, quia actus tantum ceditur, non iter nominatim; idcirco & actus tantum qui ceſſus eſt vindicari poteſt, non iter, quia ita eſt contracta ſeruitus, vt ait *l. certo, ff. de ſeruit. ruſt.* Et actionem ſequi oportet contractus formam, quo ceſſus eſt actus, non iter, aut ſi etiam nominatim ceſſum eſt iter, iam via eſt, quæ ceſſa eſt, non actus. Ceterum, vt dixi, is, cui actus ceſſus eſt, per ſe ſolus ire & ambulare poteſt: ſicut & is cui ceſſum eſt iter, non tantum ire & tranſire, ſed quod minus eſt, deambulare poteſt, quamuis ius deambulandi non ſit per ſe ſeruitus prædij, *l. 7. de ſeruitut.* non ſit ius prædij, ſed hominis: ius quod hominem reſpicit, hominis ſanitatem, aut voluptatem, non prædij vtilitatem. Vnde lex *1. de ſeruit. ruſt.* iter eſt inquit, ius eundi ambulandi hominis. Quomodo etiam legendum eſt in Inſtitut. Sed cui licet quod plus eſt, ei non debet non licere quod minus eſt. Cui licet ire & tranſire pedibus, vel equo, vel ſella, vel lectica, cur non licebit ei ambulare, cur non licebit etiam ire per ſe? cui licet hoc amplius agere iumentum aut vehiculum ducere, cur non licebit & ire per ſe, & deambulare? Nihil eſt verius. Imo exemplo actus recte dices, aquæ hauſtui tacite ineſſe iter ad hauriendum, ſiue aditum ad fontem ex occaſione magis & conſequentia, quam iure, vt *l. 3. §. qui habet, hoc tit.* Et tamen per ſe non aquæ hauriende cauſa eodem itinere eum ire poſſe, qui aquæ hauſtum habet, vel fontis viſendi vel ambulandi valetudinis cauſa. Quidni? Res eſt maniſeſtiſſima.

Ad §. vlt.

In ruſticis autem prædiis impedit ſeruitutem medium prædium quod non ſeruit.

SEquitur in hac lege ſeptima, *In ruſticis, &c.* quod coniungendum videtur cum eo quod dixi ſupra in *l. vlt. de ſeruit.* Si medius intercedat locus publicus, aut via publica inter meum & tuum prædium, itineris vel actus ſeruitutem non impediri, adde vel aquæ hauſtus ex *l. ſi prius §. via, de aqua & aqua pluu. arc.* Quia & cuilibet iure publico per locum publicum, aut viam publicam liber tranſitus eſt, liber commeatus. Si tamen medium intercedat prædium alterius, non locus publicus, quod meo non ſeruiat, ſane ea res impedit, quo minus tuum prædium meo iter, vel actum, vel aquæ hauſtum debere poſſit. Si tamen & prædium alterius meo ſeruiat, iter vel actus non impeditur ex meo prædio in tuum, vel ex tuo in meum, ſicut ſi medius ſit fundus alterius, inter me & te hauſtus ſeruitutem in fundo tuo ex fonte, qui in eo oritur, imponere poſſum, ſi modo mihi medius dominus ceſſerit iter, non aliter, quia medius fundus, qui non ſeruit, mihi obſtaculo eſt, *d. l. ſi prius §. vlt.* Et ait Paulus, medium prædium, quod non ſeruit, prædium igitur alienum, non tuum, non meum. Nam meum prædium, quod eſt inter aliud meum prædium & tuum, non impedit ſeruitutem itineris, vel hauſtus, quamuis medium prædium mihi non ſeruiat, cum ſit meum, *d. l. ſi prius §. licet l. 8. §. vlt. tit. ſeq. l. ſi cum ſeruitus, inf. quemad. ſeru. amit.* Et ſimiliter, ſi medium prædium ſit tuum, ea res non impedit, quo minus tu in vlteriori tuo prædio, aut per vlterius tuum prædium mihi cedas iter in meum, ſi modo & id mihi cedas per medium tuum prædium, non aliter. Et hæc de ruſticis ſeruitutib. Alio iure eſt ſeruitus altius non tollendi: Nam & ſi inter meas & tuas ædes ſint intermediæ ædes alterius, quæ meis non ſeruiant, poſſum tuis imponere ſeruitutem altius non tollendi, ne proſpectui meo officias, quia donec medius dominus ſuas non extollit, vtilis mihi ſeruitus ea eſt: quod eſt relatum in *l. 5. ſi ſeruit. vindic.* & merito huic §. vlt. leg. 7. coniungendum eſt: & coniuncto vtroque capite, inde conſtituenda eſt hæc ſeparatio in hac re inter ſeruitutes ruſticorum prædiorum, veluti inter actum, viam, aquæ hauſtum, & ſeruitutem altius non tollendi, quæ vrbanorum prædiorum ſeruitus eſt, vel etiam ſeruitutem altius tollendi, quæ eiuſdem generis eſt: nam etſi mediæ ædes Titij inter meas & tuas tuis non ſeruiant, poſſum tibi cedere ſeruitutem, vt altius ædes tuas extollas, ſi velis, contra morem antiquum ædificiorum vrbis noſtræ, vt luminibus meis officias, *l. 7. §. 1. commun. præd.*

Ad

Ad l. 7. si seruit. vindic.

Harum actionum euentus hic est, vt victori officio iudicis aut res præstetur aut cautio. Res ipsa hæc est, vt iubeat aduersarium iudex emendare vitium parietis, & idoneum præstare. Cautio hæc est, vt eum iubeat de reficiendo pariete cauere: neque se neque successores suos prohibituros altius tollere, sublatumque habere, & si cauerit, absoluetur. Si vero neque rem præstat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iurauerit.

POstrema recitatio, quæ sequetur, hunc absoluet lib. Hæc lex est de seruitute, quæ oneris ferundi causa imponitur ædibus vicini: in qua hoc proprium & singulare est, vt tametsi aliarum seruitutum ea non sit natura, vt aliquid faciat is, qui eas debet, sed vt patiatur, vel non faciat aliquid, *l.* 15. §. *vlt. de seruit.* & *l. seq.* §. *distat, hoc tit.* tamen is, qui debet seruitutem oneris ferundi, cogatur reficere parietem ædium suarum ad sustinenda onera vicini, & idoneum reficere, vtque eo nomine cum eo agi possit actione confessoria, nempe hoc modo: *sibi ius esse aduersarium cogere ad reficiendum, vel fulciendum, aut restituendum parietem, aut columnam vel simulachrum*, vt erant olim Telamones, & cariatides ad onera ferenda, vt vocabant, quod ferat onus ædium actoris, *l. prox.* §. *etiam sup. hoc tit. l. eum debere, sup. de seruit. vrbanor. præd.* Cum illo, inquam, agi potest, qui suis ædib. imposuit seruitutem oneris ferendi: cum illo, nempe cum domino proprietatis, vti parietem reficiat, restituat, non cum fructuario: Nam si earum ædium vsusfructus sit alterius, huiusmodi refectio, aut restitutio, fructuario non incumbit. Quod iam habuimus sup. in *l. vlt.* §. *vlt. de seruitut.* Et harum quidem actionum, vt Paulus ait in hac *l.* 7. quæ videlicet sunt de seruitute oneris ferendi, vel vt inferior vicinus æquo animo sustineat onus ædium vicini superioris, cui ea seruitus debetur, vel vt parietem reficiat aut collapsum restituat, vel vt emendet vitium siue conuitium, vt loquebantur, quod paries facit: Paulus, inquam, in hac l. 7. docet, harum actionum hunc esse exitum & euentum, vt superiori vicino, si iustam vincendi causam habere videatur, quo solo & iam victor esse videtur, victorque appellatur hoc loco, qui tamen nondum obtinuit sententiam, primum iudex arbitretur & iubeat aduersarium actori, id est, superiori vicino rem præstare, aut cautionem: rem, puta, vt reficiat, aut restituat parietem oneri ferundo destinatum, vt emendet ventrem, quem paries facit, vt nostri auctores loquuntur, vt emendet vitium parietis: vel cautionem, puta vt iubeat aduersarium cauere, id est, satisdare de reficiendo pariete, & neque se, neque successores suos prohibituros, quo minus superior vicinus ædes suas altius tollat, vel altius sublatas habeat. Hanc enim seruitutem oneris ferundi superiori vicino, qui ædes superiores possidet, inferior debet: vt & aperte indicat lex quæ sequitur in principio. quo maxime distat à seruitute tigni immittendi, quam etiam superior vicinus inferiori debere potest. Et ita vt dixi, si cauerit inferior vicinus superiori, absoluitur: sin vero neque ita cauerit, neque rem præstiterit, ad extremum definitiua sententia damnatur, quanti actor in litem iurauerit, id est, quanti actor iuratus eam rem siue litem æstimauerit. Damnationem siue absolutionem præcedit arbitrium siue officium iudicis, quo rem, aut cautionem actori præstare iubeat, vt fit etiam in vindicatione rerum corporalium, nempe, vt possessor, qui dolo malo, neque rem restituit, neque cauet de ea restituenda, tanti damnetur, quanti actor in litem iurauit: Qui vero restituit, aut cauet, cum in præsentia non potest restituere: Qui, inquam, restituit aut cauet, absoluatur, *l. qui restituere, de rei vindic.* Ex quo intelligimus, non tantum rerum corporalium, sed etiam incorporalium, puta seruitutum etiam vindicationem esse arbitrariam, quia damnationem vel absolutionem in omni vindicatione præcedit arbitrium, officium, iussum iudicis, quo iubet sine cunctatione rem actori restitui, vel præstari cautionem vice rei. Paulus loquitur de eo, cum quo agitur de seruitute oneris ferundi, qui iudicio adest, & rem defendit. Itaque nihil ad hanc legem pertinet *lex si prius quam, de noui operis nuntiat.* quam in medium adducit Accursius, quia ea lex est de reo, deue pœna eius, qui rem non defendit. Transeamus ad *l. 9. h. t.*

Ad l. 9. eod.

Si eo loco per quem iter mihi debetur, tu ædificaueris: possum intendere, ius mihi esse ire agere. Quod si probauero, inhibebo opus tuum. Item Iulianus scripsit: si vicinus, in suo ædificando effecerit ne stillicidium meum reciperet: posse me agere de iure meo, id est, ius esse immittendi stillicidium: sicut in via diximus. Sed si quidem nondum ædificauit: siue vsumfructum, siue viam habet: ius sibi esse ire agere, vel frui intendere potest. Quod si iam ædificauit dominus: is qui iter & actum habet, adhuc potest intendere ius sibi esse: fructuarius autem non potest: quia amisit vsumfructum, & ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, ædifices: recte intendam, ius tibi non esse ædificare vel ædificatum habere: quemadmodum si in area mea quid ædifices. 1. §. Qui latiore via, vel angustiore vsus est, retinet seruitutem: sicuti qui aqua, ex qua ius habet vtendi, alia mixta vsus est, retinet ius suum.

SI eo loco ædificas, per quem mihi iter debes, prohibere te possum per actionem confessoriam, agendo, *ius mihi esse ire*, vel *ire & agere*, quoniam si in ea actione probauero, mihi ius esse ire agere, inhibebo opus tuum, ædificium tuum. Et hoc proponitur initio h. l. Vbi iter, quod notandum, accipit pro via, quia dicit ire agere & mox in §. 1. id se de via dixisse ait. Quum autem dicit opus nouum inhiberi posse per actionem ciuilem de via, per vindicationem viæ, tacite demonstrat, quod est verissimum, hoc solum remedium suppetere inhibendo operi instituto: nec posse etiam te prohiberi per noui operis nuntiationem. Et ita propalam scriptum est à Iuliano in *l. qui viam, de nou. op. nunt.* ex quo hoc Paulum scripsisse verba quæ sequuntur, indicant, à quibus incipit §. 1. *item Iulian. scribit.* Ergo si ædifices eo loco, per quem mihi debes viam, non possum te prohibere per noui operis nuntiationem, quo minus ædifices, sed per vindicationem viæ tantum. Et tamen in *l. 6. §. vlt. sup. h. t.* dicitur, quod aduersari etiam videtur huic legi de seruitute oneris ferendi, eum qui deteriorem parietem facit, qui parietem oneri ferundo mutat in deterius, aut per rei vindicationem, aut per noui operis nuntiationem prohiberi posse. Cedo rationem differentiæ. Ratio differentiæ hæc est, quia vt iam ante dixi seruitutem oneris ferundi vicinus inferior superiori debet. Et ideo inferior non potest ædes suas altius tollere, sed eas depressas & humiles habere cogitur oneris superioris vicini ferundi causa: eoque nomine superior vicinus cum eo agere potest, ius inferiori vicino non esse altius ædificare, aut altius ædificatum habere. Itaque non mirum, si & per noui operis nuntiationem prohiberi inferior vicinus potest, ne ædificet. & ratio seruitutis eius est onus. Quid vocas onus. Onus totum ædium superiorum, onus vniuersarum ædium superiorum, sustinendarum. non quod sint superpositæ ædes ædib. sed quod superior pars ædium superiorum, ab inferioribus sustineri debeat. Idemque seruatur in seruitute altius non tollendi, ne luminibus vel prospectui officiatur: nam qui eam seruitutem debet si altius ædificat, prohiberi potest, non tãtum per actionem ciuilem, id est, per vindicationem seruitutis, sed etiam per nuntiationem noui operis, *l. iter, de seruit. vrb. præd.* quia ei, cui ea seruitus debetur, licet agere, ius non esse vicino, se inuito altius ædificare, vel altius ædificatum habere. Et quod dicitur in *l. 1. §. ius, de remiss.* ei ius esse nuntiandi noui operis, qui seruitutem ha-

bet, de huius generis seruitute dicitur, quam qui habet, intendere potest, ius non esse vicino ædificare, non de omni seruitute. Certe qui habet iter vel actum, vel viam, vel aquæductum in fundo vicini, intendere non potest vicino ius non esse, eo loco ædificare, per quem illi actus, iter, via, aquæductus debetur, quia ita non est contracta seruitus, & eius quoque loci solum eius est, qui eam seruitutem debet, non eius cui debetur, *l. 4. in princ. hoc t. l. 2. §. viam, ne quid in loco publ.* Et quia igitur is, qui iter, vel actum vel viam habet, intendere hoc tantum potest, ius sibi esse ire, vel ire agere per illum locum, vel etiam vicino ius non esse in eo loco ædificare, ideo nec in eo loco, in suo nimirum solo, ædificantem vicinum prohibere potest per noui operis nuntiationem, sed per vindicationem seruitutis tantum, eo probato scilicet eam seruitutem sibi deberi. Ius nuntiandi noui operis aduersus ædificantem, ei tantum competit, qui & agere possit ciuiliter, ius non esse vicino, se inuito ædificare. Eandemque esse rationem seruitutis stillicidij recipiendi Paulus in dicat in §. 1.

Ad §. 1.

NAm vicino, qui stillicidium recipere debet in ædes suas, vel in aream, ædificante in suo, atque ita ædificante, ne stillicidium meum recipiat, contra seruitutem, quam mihi cessit, ego non possum intendere, ius ei non esse ædificare: quia ita contracta seruitus non est: & consequenter, nec prohibere eum possum per nuntiationem noui operis, sed vindicare tantum possum seruitutem stillicidij proiiciendi, vel vt improprie loquitur, stillicidij immittendi, quo iudicio, si probauero eam seruitutem mihi deberi, inhibebo opus vicini. Et hac ratione sola, non etiam per nuntiationem noui operis. Denique vicino in suo ædificante & impediente seruitutem itineris, vel actus, aut viæ, aut aquæ ductus, aut stillicidij proiiciendi, quæ mihi competit, nouum opus ei nuntiare non possum, Sed siue nondum ædificarit, siue iam ædificarit, seruitutem quæ mihi competit, tantum vindicare possum: neque enim immolitio aut inædificatio, eam seruitutem exstinguit, vt & id declarat eleganter Paulus. Alia est ratio vsusfr. Nam si dominus proprietatis in area, cuius vsusfr. alterius est ędificauerit, vsusfr. areæ exstinguitur, quasi mutata re, & ideo vindicari non potest. Quinimo hoc casu superest tantum fructuario aduersus dominum proprietatis, qui in area ædificauit, actio de dolo & fraude in id, quod interest. *l. repeti §. vlt. quib. mod. vsufr. amit.* Et hæc quidem scribit hoc loco Paulus de domino, qui eo loco ædificauit, aut ædificare molitur, aut parat, per quem alij supradictę seruitutes debentur. Contra si non dominus eo loco ædificet, sed is, cui seruitus debetur, tunc sane recte dominus aget cum illo ius ei non esse ibi ædificare, aut ædificatum habere, sicut si in area sua ille tentaret ædificare, & consequenter poterit dominus ei nuntiare nouum opus. Denique vel per ciuilem actionem eum prohibere poterit, vel per nuntiationem noui operis. Et hæc est sententia §. primi elegantissima.

Ad §. vltimum.

IN §. vlt. ait, eum, qui viam habet, non amittere viam quasi non vtendo, si statuto tempore ad eam amittendam non vtendo, ea via vsus sit, vel angustiore, vel latiore, quia & qui via angustiore vtitur, tota via vti videtur: neque igitur viam inusu amittit, imo vsu totam retinet & vsurpat, si vel minimum via vtatur, si vel angustiore, vel latiore via vtatur. Ac similiter eum, qui aquæductum habet ad certum modulum, vt puta si ei datus sit digitus aquæ, vt in *l. Lucius 37. de seruit. præd. rust.* eum non amittere aquęductum, si vel minorem aquę modulum duxerit statuto tempore, vel ampliorem alia immixta aqua, quoniam & hic toto modulo vsus intelligitur. Quę est sententia §. vlt. Et mox arbitror Paulum attigisse, quod est in *l. 2. tit. seq.* quę iam exposita fuit: pari etiam ratione scil. eum, qui viam habet, viam retinere & vsurpare, non amittere, vel eum, qui actum habet, eum non amittere, si ierit tantum statuto tempore, non etiam egerit iumentum, aut duxerit vehiculum: quia & hic tota seruitute vsus intelligitur, quia partis vsus totius seruitutis vsurpatio est, *l. 8. §. vlt. & l. 9. t. seq.* vel eo maxime, quia seruitutis prædij vsus indiuiduus est, *l. via, de seruit.* Non potes vti partim seruitute, partim non vti, sed dum, vel minimum ea vteris, tota vteris: & eam igitur quasi vsu retines, non inusu amittis. Et hoc in vsufructu, qui est diuiduus, proculdubio expeditius est, vt domus vel insulę vsufructu legato, vel cesso, quamdiu quælibet portio insulæ, vel domus remanet, totius soli vsusfructus vsurpetur, & retineatur, *l. si cui insulæ, sup. de vsufr.*

Ad leg. 2. ad exhib.

Exhibere est facere in publico potestatem vt ei, qui agat experiundi sit copia.

HÆ omnes leges seqq. sicut superiores pertinent ad rei vindicationem. Ac primum *l. 2. ad exhib.* est certissimum ad eam pertinere, cum respiciat aperte ad actionem ad exhibendum, quę maxime propter rei vindicationem inducta est, vt ait *l. 1. hoc tit.* vt scilicet res, posteaquam exhibita fuerit, vindicetur, *l. 3. §. est autem, hoc tit. l. 2. commod. l. 2. expil. heredit. l. in rem §. item quæcunque, de rei vindic. l. 3. §. si ipse, de tab. exhib.* Et est actio ad exhibendum de re mobili tantum, *l. ad rem, de procurat.* nam de immobili non agitur ad exhib. cum sit in propatulo. Hoc vero est quod ait *l. 2. huius tit.* Exhibere scilicet, esse facere in publico: rei mobilis scilicet, aut se mouentis, videndæ aut cognoscendæ potestatem siue copiam. Et alibi, præsentiam rei præbere, *l. 22. de verb. signif.* Quo fine? vt ei, qui agit, sit statim copia experiundi, puta agendi in rem actione, propter quam actio ad exhibendum comparata est, quamue præparat actio ad exhib. sicut interdictum de liberis exhibendis præparat interdictum de liberis ducendis. Exhibentur enim vt postea ducantur, & sic exhibentur res, vt exhibitę vindicentur. Denique acturus in rem prius agit ad exhibendum, vt re exhibita mox apud eundem iudicem eam rem suam esse petat. Actio directa, id est, actio principalis, quam intendit is, qui sibi rem exhiberi desiderat, est rei vindicatio. hęc ei principaliter est in animo, *l. 3. §. ibid. & l. si quis hominem, hoc tit.* vbi actio directa, est principalis, quæ est rei vindicatio, quam potissimum intendit, qui agit ad exhib. Et recte & eleganter Vlpianus in *l. Iulianus §. quantum, hoc tit.* idcirco agi ad exhibendum, vt actor *copiam rei habens, possit exsequi, actione quam destinauit, in nullo causa, quam intendit, læsa,* id est, vt possit prosequi rem quam animo destinauit, in nullo causa quam intendit, principaliter scilicet, læsa. id est, re exhibita integra, incolumi, & cum omni causa sua: alioqui non videtur exhibita. Et hoc adnotasse ad hanc l. 2. satis abundeque est.

Ad leg. 51. de contr. empt.

Littora, quæ fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur: quia nullius sunt. sed iure gentium omnibus vacant: nec viæ publicæ, aut loca religiosa, vel sacra. Itaque vt proficiant venditori, caueri solet, vt viæ, item littora & loca publica in modum cedant.

PErtinet etiam ad rei vindicationem *lex 51. de contrah. empt.* & coniungenda est cum eo, quod idem Paulus dixit *sup.* in *l. in rem §. 1. de rei vindic.* Loca sacra vel religiosa quasi nostra, in rem actione peti non posse. Sane, quia non sunt nostra, quia nullius in bonis sunt, adeo vt nec publicis bonis adnumerentur, nec priuatis, nec publicis igitur, *l. 17. de verb. signif.* Iis enim conuenienter ait Paulus in hac l. 51. si in vendendo fundo, vt fit, venditor dixerit modum fundi, puta centum iugerum esse, in eum modum non cedere

cedere littora,quę fundo coniuncta sunt: Fac fundum esse maritimum, quia littorum proprietas nullius est, & vsus tantum eorum publicus, siue communis est iure gentium, *l. præscriptio, de vsurp. & vsuc.* §. *littorum, Instit. de rer. diu.* quia,inquit Paulus nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant. non etiam cedere in modum fundi,quem venditor dixit,vias publicas,quæ in fundo sunt, si quæ sint, quia & hæ nullius sunt,adeo vt nec publicis bonis adnumerentur, *d. l.* 17. sed publicis vsibus deseruiunt. viis publicis iunguntur etiam limites in *l. id quod* §. *vlt. de peric. & comm. rei vend.* Nempe limites, qui dicuntur actuarij, per quos iter populo debetur,sicut per vias publicas ex l. Sempronia, & Cornelia,& Iulia,vt Higynus scribit lib. de Limitibus constit. Addit Paulus in hac lege, non etiam cedere in modum agri loca religiosa vel sacra, veluti πολυάνδρια, quæ nos *dormitoria*, κοιμητήρια, vocamus, vel mausolea, quæ fundum tangunt,quę Frontinus & Vrbicus videntur in lib. de limitibus vocasse *messilea*. Loca autem sacra, vt lucos,paganorum more,aut templa: hæc inquam,omnia,non cedere in modum fundi venditi, nisi (addenda est vna exceptio) in contrahendo ita actum sit, vt vel littora, vel viæ publicæ, vel limites actuarij, vel loca publica, aut loca sacra, aut religiosa in modum agri cederent: ea enim conuentio valet, & venditori proficit, *d. l. id quod* §. *vlt.*

Ad leg. 43. locati.

Si vulneraueris seruum tibi locatum: eiusdem vulneris nomine legis Aquiliæ, & ex locato actio est: sed alterutra contentus actor esse debet. Idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

ITem hęc lex accommodanda est ad rei vindicationem hoc modo. Sicut si seruum tibi locatum vulneraueris, eiusdem vulnerati nomine l. Aquiliæ,& ex locato aduersus te locatori actio competit, sed officio iudicis, apud quem locator agit eo nomine ex locato, continetur, si in eam actionem locator deducat causam vulneris, ęstimationem eius damni, eiusque rationem in iudicio locati habere velit, vt remittat actionem l. Aquiliæ, atque ita vt alterutra sit contentus, quod proponitur in *l.* 43. Ita vero prorsus, si possessor serui alieni, eum deteriorem fecerit, eiusdem facti nomine in eum domino competit actio leg. Aquiliæ,& actio in rem, sed in actione in rem per iudicem ratio habebitur, id est, æstimabitur quanti seruus deterior factus sit, ita demum si actor remittat actionem leg. Aquiliæ, *l. non solum, de rei vindic.* Finge,inquit,debilitatum fuisse seruum, aut vulneratum: debilitatum intelligit fustibus,aut flagellis, vt sæpe in martyrologiis legimus, Christi martyres debilitatos fustibus aut flagellis, aut taureis, vt vocantur. Si dominus prius egerit l. Aquilia, non poterit deinde in iudicio in rem deducere causam damni, causam debilitati, aut vulnerati serui qui petitur, quia actio in rem arbitrarium iudicium est,& arbitrio æquitatique iudicis, quasi viri boni congruit,ne id fiat, id est, ne bis idem exigatur, ne exigatur æstimatio rei iudicio in rem,quæ iam exacta est prius actione l. Aquilię. Sed si dominus egisset in rem,& causam damni in hoc iudicium deduxisset eiusque rationem iudex habuisset,sane postea non prohiberetur agere actione leg. Aquilię,vel in id,quod amplius in ea est,quia actioni l. Aquilię præter æstimationem damni est etiam pœna: non prohiberetur,inquam, agere l. Aquilia,quia hæc actio est stricta,non bonę fidei,non arbitraria,vt in ea possit aliquid iudicis arbitrium. Ideoque in iudicio in rem, quo prius agitur,arbitrio iudicis,apud quem agitur,congruit, vt non aliter damni ęstimationem faciat quam si remittatur actio l. Aquiliæ,cum maluerit actor agere in rem,quam l. Aquilia. Ab initio cur non elegit l. Aquiliam? cur elegit potius actionem in rem? Contentus ergo sit simplo,& remittat pœnam actionis l. Aquiliæ,præstita cautione,qua promittat,se non acturum l. Aquilia, *l. si à domino* §. *si possessor, de petit. her. l. vnde quæritur, commod. l. si merces* §. *culpæ, hoc tit.*

Ad legem 25. de verbor. significat.

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum vsusfructus alienus est: quia vsusfructus non dominij pars, sed seruitutis sit: vt via, & iter: nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest vlla pars dici alterius esse. hoc & Iulianus: & est verius.

1. §. *Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiuiso significari. Nam quod pro diuiso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Seruius non ineleganter partis appellatione vtrumque significari.*

NOn est etiam dubium, hanc legem ad rei vindicationem pertinere, quia ait,nos recte intendere, recteue dicere, fundum nostrum esse, id est, recte totum fundum vindicare, hoc modo: *Si paret totum illum fundum, qui est in agro illo, ex iure Quiritium meum esse*: non tantum, si plenam & solidam proprietatem fundi habeamus, sed etiam nudam tantum, vsusfructus autem sit alterius,quia rei vindicatione dominium proprietatis vindicatur. Et vsusfructus huiusce dominij pars non est, licet quibusdam casibus habeatur pro parte dominij: non est, sed habetur quandoque, aut fingitur quandoque habere instar dominij, vt fusius exposuimus *lib.* 2. *ad leg.* 4. *de vsufr.* Denique vsusfructus non est pars proprietatis, sed seruitutis, inquit, per quam fundus seruit homini, cui debetur vsusfructus: sicut, inquit,iter & via, per quam fundus seruit fundo. iter, aut via seruitus est prædiorum, & rerum, id est, quæ debetur rebus,& à rebus. Vsusfruct. est seruitus hominis,id est,quæ debetur homini à rebus quibuscunque, *l.* 1. & 15. *de seruit.* Colligamus in pauca rationem Pauli. Recte dico, totum fundum meum esse,recte eum vindico totum,etiamsi vsusfructus sit alienus,non meus,quia vsusfructus non est pars dominij, sed seruitutis. non dicitur autem falso res tota nostra esse, cuius nulla pars dici potest alterius esse. si non falso, ergo vere dicitur tota nostra esse. Et hoc loco recte, id est,vere, vt *l. in rem* §. *si quis rei, de rei vind. vere statuam suam dicturum*. Sed obseruandum est in hac lege esse πλοκὴν in verbo *partis*, quum dicit, vsumfructum non dominij partem esse, sed seruitutis: repeti enim debet ἀπὸ τοῦ κοινοῦ sed seruitutis partem esse. Nam vsumfructum non esse dominij partem, est, non esse veluti membrum totius, quia etiam sublato & abscedente vsufructu manet dominium integrum & perfectum, *l. Mæuius* §. *fundo, de leg.* 2. *l. si à reo* §. *si reo, de fideiuss. l.* 13. §. 1. *de acceptil.* Vsumfructum autem esse partem seruitutis, est, esse speciem seruitutis. Quo modo & M. Tullius sæpe partes vocat,quas formas, vel species dicimus. Ex his genus constat, ex illis totum constituitur,ex formis scilicet, siue speciebus genus constat. ex partibus, quæ proprie partes dicuntur, totum constituitur. De speciebus genus adfirmatur, non de partibus totum. Generis natura vniuersa in nulla suarum partium inest. Genus speciebus natura prius est: totum vero partibus, & tempore & natura posterius. Porro ex his intelligimus, in titulo de rei vindicatione, rei appellatione significari non tantum plenam, sed & nudam proprietatem. Et hoc cum docuisset Paulus, subiicit in hac ipsa *l.* §. *Quintus*. de parte rei cuiusque eam dupliciter accipi, pro indiuiso, vel pro diuiso: pro diuiso esse certam, pro indiuiso, incertam. Et ex Seruij sententia, vtramque partem recte vindicari: partem pro diuiso: absque dubio, quia totum quoddam potius est, quam pars, & commune pro diuiso, proprium potius, quam commune; proprium pro regione cuiusque, quam cuique diuisio attribuit. sed & partes pro indiuiso vindicari possunt, vt *l.* 3. §. *vlt. l.* 76. §. 1. *de rei vindic.* Hæc proprie est pars: & proprie commune, quod pro indiuiso est commune. Vnde & agri compascui, siue compascua, vt Aggenus Vrbicus scribit,quidam vocant pro indiuiso, quæ alij *communialia*, quod verbum hodie retinet idiotismus, commune indiuiduum, vt ait *lex* 3. *C. in quibus*

cauſ. ceſſat præſcript. long. tempor. Et Seruius, non ineleganter ait, *partis appellatione vtramque partem ſignificari, vel pro diuiſo, vel pro indiuiſo,* & vtramque, quoniam ad id hæc lex reſpicit, vindicari poſſe. *Non ineleganter* Græci interpretantur σοφῶς, *non inſcite*. Et ita ſæpe in libris noſtris ſcribitur *eleganter*, id eſt, perite, ſcite admodum.

Ad legem 129. de regulis iuris.

Nihil dolo creditor facit, qui ſuum recipit.

1. §. *Cum principalis cauſa non conſiſtit: ne eadem quidem, quæ ſequuntur, locum habent.*

HÆc lex ſane non poteſt apte, aut vere vllo modo aptari ad rei vindicationem. Et videtur non libro vigeſimoprimo attribuenda eſſe ſed libro vigeſimo, quoniã apte poteſt accommodari ad petitionem hereditatis, de qua fuit liber 20. Qua tamen actione non tenetur quaſi dolo malo deſierit poſſidere quidquid ex hereditate alienauit, æris alieni hereditarij exſoluendi gratia, quia hęc cauſa neceſſaria eſt, *l. non ſolum, de petit. hered.* Sed neque creditor, cui poſſeſſor hereditarius, hereditatis pecuniam ſoluit hereditario nomine, tenetur condictione indebiti, *l. de hereditate, C. eod.* Etiamſi ab eo acceperit pecuniam, cum ſciret heredem eum non eſſe, quia vt ait in principio huius l. nihil dolo creditor facit, qui ſuum recipit à quocunque ſoluente. Creditor hereditarius eſt etiam is, cui legatum relictum eſt, *l. hereditariarum, de obligat. & actio.* Et ideo ſi poſſeſſor hereditatis, quaſi heres ex teſtamento legatum ſoluerit, vel non exacta cautione euicta hereditate legatum reddi, vel etiam exacta cautione, vt *l. 6. de petit. hered.* Idemque omnino dicemus: niſi poſtea teſtamentum iniuſtum, aut ruptum, aut irritum, aut falſum pronuntietur. Hoc enim caſu is, cui legatum ſolutum eſt, tenetur ex cautione, ſi interpoſita ſit, vel tenetur condictione indebiti, quia legatum id indebitum fuiſſe apparet. Quum enim, vt Paulus ſubiicit, principalis cauſa non ſubſiſtit, neque ea quidem, quæ ſequitur, locum habebit. Et principalis cauſa eſt teſtamentum, id eſt, heredis inſtitutio. Tribus tantum verbis fit heredis inſtitutio: *Titius heres eſto.* hæc ſola heredis inſtitutio, teſtamentum facit. Quum autem teſtamentum non valet, nec legata nec fideicommiſſa, nec codicilli quidquam valent. Hoc eſt certiſſimum, & hoc caſu indebiti condictio dabitur, non poſſeſſori, qui ſoluit ex hereditate, ſed vero heredi. Neque hoc eſt nouum, vt alius, quam qui ſoluit repetat ſolutum, & condicat, *l. 2. §. 1. l. 5. de cond. indeb.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad legem penult. naut. caup. ſtabul.

Licet gratis nauigaueris, vel in caupona gratis diuerteris: non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, ſi damnum iniuria paſſus es.

§. 1. *Si ſeruo meo in naue, vel in caupona vtaris, & damnum mihi det, vel furtum faciat: quamquam & furti actio, & damni iniuria mecum ſit, hæc tamen actio, quia in factum eſt, etiam ſerui mei nomine aduerſus te competit. Idem dicetur etſi communis ſit. Tu tamen, quod mihi præſtiteris eius nomine, vel communi diuidundo, vel pro ſocio actione, aut ſi partem eius, vel totum conduxiſti, etiam ex conducto habebis me obligatum.*

§. 2. *Sed ſi damnum in eo datum ſit ab alio, qui in eadem naue vel caupona eſt, cuius factum prætor æſtimare ſolet: non putat Pomponius eius nomine hanc actionem vtilem futuram.*

§. 3. *In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi cauſa in caupona ſunt. hoc autem non pertinet ad eum, qui hoſpitio repentino recipitur, veluti viator.*

§. 4. *Poſſumus autem furti, vel damni iniuriæ actione vti cum nautis, vt certi hominis factum arguamus, ſed vna contenti eſſe debebimus. Et ſi cum exercitore egerimus, præſtare ei debemus actiones noſtras, quamuis ex conducto actio aduerſus eos competat exercitori. Sed ſi abſolutus ſit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur: ne ſæpius de eiuſdem hominis admiſſo quæratur: & contra ſi de admiſſo vnius hominis actum ſit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.*

POſt vindicationes, de quibus dixit ſuperioribus libris 20. & 21. Paulus ſequutus ordinem edicti perpetui, hoc libro 22. propoſuit noxales actiones, de quibus etiam nonnihil ante dixerat lib. 18. ſed ex occaſione magis, quam ex ordine edicti perpetui, cum tractaret potiſſimum de iureiurando, de quo & in tractatu de noxali actione incidit quæſtio, ſiue inſpectio quædam. Et ex earum quoque genere quaſdam proponere anteuerterat lib. 19. veluti ſerui corrupti, & de deiectis, vel effuſis. Quæ vero ex hoc lib. 22. prima lex ſe offert, ea eſt *l. pen. naut. caup. ſtab.* explicatu ſane quam difficilis, neque omnium hominum lex. Initio oſtenditur, actionem in factum prætoriam ex edicto prætoris aduerſus exercitorem nauis, vel cauponæ, & diuerſorij, vel ſtabuli meritorij dari vectori aut viatoribus, non tantum ſi contracta locatione conductione, certa mercede naui vehantur, vel in caupona diuerſentur, vel in ſtabulo eorum iumenta ſtabulentur, ſed & ſi gratis nauigarint, aut ſi in caupona gratis diuerterint, aut ſi iumenta ſua gratis ſtabulati fuerint, nullo dato, aut conuento vecturæ, vel manſionis pretio, vt *l. 3. §. ſi vero res, & l. 6. ſup. hoc tit.* Et ait, in factum actiones, pluratiuo numero, quia edicto prætoris duæ ſunt, qui Latinis numerus pluralis eſt; duę in exercitorem nauis, aut cauponę, aut ſtabuli, ſunt actiones in factum. Vna eſt ex contractu, id eſt, ex recepto, ſi exercitor res ſibi commiſſas & creditas à vectoribus, aut viatoribus ſaluas fore receperit à furto & damno: neque enim ſolet recipere omne periculum, non ſolet recipere vim maiorem, vim diuinam, ſed periculum tantum furti, vel damni dati: ſi eæ ſcilicet res in naui, vel caupona, vel ſtabulo furto ſubreptæ, aut deteriores factæ fuerint ab iis, quorum opera & miniſterio in naui, caupona, ſtabulo vtebatur, ſiue liberi ſiue ſerui fuerint, & ſiue ſerui alieni, ſiue proprij; in propriis hoc caſu ceſſante noxali actione, vt *l. 3. §. item ſi ſeruus, hoc tit.* vel etiam ſi ſubreptæ, aut corruptæ fuerint ab aliquo ex vectoribus, aut viatoribus, tametſi nulla exercitoris culpa interuenerit: niſi enim eas res exercitor reſtituat ei, à quo recepit, cuique recepit ſaluas eas fore, hac actione in factum tenetur in id, quod intereſt. Altera actio in factum eſt, non ex contractu, vt illa ſcilicet, ſed quaſi ex maleficio, qua etiam exercitor tenetur in duplum, ſi res quas vectores, aut viatores intulerunt ſubreptæ, aut deteriores factæ ſint ab iis, quorum opera, nauem, cauponam, ſtabulum exercebat, tametſi eas ſaluas fore non receperit. Vtraque actio eſt honoraria, ſiue prætoria: ſcilicet prior ex contractu, poſterior quaſi ex maleficio. Item priori actione exercitor non tantum ſuorum hominum factum præſtat, ſiue liberi, ſiue ſerui fuerint ſui, vel alieni, ſed etiam factum vectorum aut viatorum. Poſteriori autem actione ſuorum hominum tantum factum præſtat, ſiue liberi, ſiue ſerui alieni fuerint, non ſi ſerui proprij fuerint. Vectorum autem, aut viatorum factum non præſtat, ſed eorum tantum, vt dixi, quorum opera vtitur in exercenda naui, caupona, vel ſtabulo, ſiue fuerint liberi homines, ſiue ſerui alieni, quia

quia aliquatenus culpæ reus eſt,quod opera prauorum hominum vtatur in exercenda caupona, naui,aut ſtabulo, *l. 5. §. vlt. de oblig. & act.* Nam quum eos adhibebat ad inſtruendam nauem ſuam,vel cauponam,debebat explorare cuius fidei,cuius innocentiæ eſſent. In ſuis ſeruis venia dignus eſt, ſi quales quales adhibuit ad inſtruendam nauem, vel cauponam ſuam, *l. ſeq. §. ſeruorum :* Et ideo, vt ait, ſeruorum ſuorum nomine tenetur tantum noxali actione furti, vel damni iniuria dati, non in factum actione poſteriori ex hoc edicto. Porro hæ duæ actiones dantur,vt initio huius legis proponitur, non tantum his, qui certa mercede, ſed & his, qui gratis nauigant, vel diuerſantur, vel ſtabulantur, ſi furtum vel damnum iniuria paſſi ſunt in naui, vel caupona, vel ſtabulo.

Ad §. primum.

ADditur in §. primo huius legis, quod valde notandum eſt: etiam ex hoc edicto aduerſus exercitorem recte agere viatorem,aut vectorem ſerui ſui nomine,id eſt, qui in dominio viatoris, aut vectoris eſt, puta ſi ſerui ſui opera, ſi ſerui viatoris, aut vectoris opera in naui, aut caupona exercitor vtebatur, & is domino ſuo in naui vel caupona damnum dederit, vel furtum fecerit: neque pugnare, aut obſtare quicquam huic ſententię, quod dominus exercitori tenetur actione noxali furti, vel damni iniuria dati ex l. Aquilia propter ſeruum ſuum, qui furtum fecit, vel damnum dedit, quia hæc ratio quidem efficit, vt ſubtiliter reſpondet Paulus, ſed obſcure tamen, vt non poſſit dominus eius ſerui nomine cum exercitore agere noxali actione, qui ſcilicet, (vt eſt in veteri regula iuris) tenetur noxali actione, non poteſt agere noxali actione vnquam, *l. ſed ſi vnius §. ſi ſeruus, de iniur. l. vt tantum §. ſi ſeruus, de ſeruo corr. l. pen. C. de furt.* Verum actio, qua dominus agit cum exercitore in propoſito caſu ſerui ſui nomine,eſt actio in factum ex hoc edicto. Eſt actio in factum,inquit Paulus, quod de vtraque actione in factum accipi velim, ſiue ex contractu naſcatur, ſiue quaſi ex maleficio. Eſt actio in factum, in qua ſcilicet prætor, vt paulo poſt ait, æſtimat factum eius,qui damnum dedit, vel furtum fecit. Eſt actio in factum,in qua ſcilicet omnino venit æſtimatio facti, ſiue reatus, æſtimatio admiſſi delicti. Denique eſt in factum actio, non noxalis actio furti, vel damni iniuria dati. Ergo non offendimus in veterem illam regulam, cum domino ſerui ſui nomine, in exercitorem damus actionem in factum,quia actionem in factum damus,non noxalem actionem, quæ vtique in dominum nunquam eſt. Et ſubiicit idem eſſe, ſi ſeruus fuerit communis inter exercitorem & viatorem,& cum eius opera in caupona exercitor vteretur, damnum viatori dederit,qui alter eſt ex dominis ſuis, furtumue ei fecerit: nam & eius ſerui nomine viatori in exercitorem ex hoc edicto dantur actiones in factum.Sed quod exercitor ei præſtiterit, ab eodem id conſequetur actione pro ſocio, vel communi diuid. *l. 8. l. cum ſeruus, de nox. act. l. 61. in princ. de furt.* vel actione ex conducto, ſi ſerui partem à viatore ſocio ſuo conduxerit. Priori etiam caſu, ſi ſeruum viatoris proprium exercitor totum conduxerit, vt eius opera in naui, vel caupona vteretur,quod exercitor domino præſtiterit,eius ſerui nomine conuentus actione in factum ex hoc edicto,id ab eo conſequetur actione ex conducto. Et ita ſunt accipienda hæc verba Pauli : *aut ſi partem eius, aut ſi totum conduxiſti, etiam ex conducto habebis me obligatum*; vt quod ait, *partem*, referatur ad ſeruum communem:quod ait *totum*, referatur ad ſeruum proprium vectoris,aut viatoris. Quia vero iis caſibus, quod præſtiterit exercitor vectori, aut viatori conuentus actione in factum ex hoc edicto, id mox ab eodem ſuperioribus caſibus repetere poteſt pro ſocio, vel communi diuidundo, vel ex conducto :ideo recte dices,& ab initio agentem vectorem, aut viatorem actione in factum aduerſus exercitorem ob factum ſerui proprij, vel communis, poſſe ſubmoueri ab exercitore,oppoſita vulgari exceptione doli mali :Dolo facis qui petis, quod redditurus es, *l. 8. de doli except.* Hic erat locus difficilior huius legis.

Ad §. ſed ſi damnum.

SEquitur in §. *ſed ſi damnum*, quod etiam aliquantum difficultatis habet; ſi ſeruo vectoris, aut viatoris, cuius opera exercitor in naui, vel caupona vtebatur, aut gratuita, aut conductitia, nihil refert, ſi ei, inquam, ſeruo damnum datum ſit, puta ſi corpori eius nocitum ſit ab alio, qui in eadem naui, vel caupona erat, ſi vulneratus, aut debilitatus fuerit ab alio, cuius factum alias prætor æſtimare ſolebat, puta ab alio quocunque,aut viatore,aut vectore,in actione priori in factum, quæ eſt de recepto, vel ab alio quoque, nauta ſcilicet,ſiue remige, aut miniſtro cauponio, in poſteriori actione in factum, quaſi ex maleficio, hoc, inquam, caſu eius ſerui nomine domino exercitor nulla tenetur actione in factum:non poſteriori,quia ei locus non eſt,cum miniſteria,quibus exercitor vtitur, ſibi inuicem damnum furtumue fecerint, *l. ſeq. §. ſed ſi quid nautæ*. Sed tum duntaxat locus ei eſt, quum illa miniſteria vectoribus, aut viatoribus damnum furtumue fecerint,non etiam priori actioni in factum, quia exercitor miniſteria,quibus vtitur, reſve eorum ſaluas fore non recepit,ſed res vectorum,aut viatorum tantum,& ideo nec priori actioni locus eſt, ſeruo vnius ex vectoribus aut viatoribus læſo, rupto vel vſto. Et ita quæ hactenus dicta ſunt, aptanda cenſeo ad vtramque actionem in factum. Quæ ſequuntur pertinent tantum ad poſteriorem actionem in factum, quæ eſt quaſi ex maleficio,& in duplum,in quam actionem, vt oſtenditur in §. *in factum*, tametſi non veniat factum vectorum, aut viatorum, qui hoſpitio repentino recipiuntur, quia hos caupo vel ſtabularius non elegit, nec iter facientes repellere poteſt:ſignum cauponæ appenſum obligat eum excipiendis ſine delectu omnibus viatoribus, *l. vnica §. vlt. furti aduerſ. naut.* Quamuis,inquam,in hanc actionem non veniat factum vectorum vel viatorum,venit tamen factum eorum, qui in caupona habitant,quia perpetuos habitatores caupo ipſe quodammodo elegit, qui non reiicit: & ideo factum eorum præſtat. Viatores quorum factum non præſtat, ibi non habitant,ſed hoſpitantur, *d. l. vn. §. vlt.* His ſubiungit Paulus, ſi in naui, vel caupona nobis damnum furtumue fecerint ij, quorum opera exercitor vtebatur, non tantum nos habere in exercitorem actionem in factum iure honorario quaſi ex maleficio, quę eſt vtilis actio furti, & actio furti etiam appellatur à Paulo *ſecundo ſentent. tit. penult.* & ſimiliter eſt vtilis actio legis Aquiliæ in duplum, etiam in confitentem. Non ergo hanc tantum actionem habemus in exercitorem, ſed etiam aduerſus nautas ipſos, ſiue remiges, ſiue cauponios miniſtros, qui damnum furtumue fecerint iure ciuili, ſiue liberi homines fuerint: in eos, inquam, habemus directam actionem furti, vel legis Aquiliæ, *d. l. vn.* vel ſi ſerui alieni,vel proprij exercitoris fuerint, actionem noxalem habemus aduerſus dominos,ſed alterutra nos debemus eſſe contenti, vel actione in factum prætoria in exercitorem, vel actione ciuili furti, vel legis Aquiliæ in eum, qui damnum furtumue fecit, aut noxali actione in dominum eius. Et ſi quidem cum exercitore prius egerimus actione in factum, & duplum nobis præſtiterit, iam non poſſumus agere furti aduerſus nautam, qui furtum fecit, ſed ipſe exercitor in eum furti agere poteſt,quia eius intereſt cum duplum præſtiterit nobis, *l. 4. ſup. hoc tit.* Ex lege Aquilia in nautam agere non poteſt, quia hæc actio ſolis dominis competit:ſed nos,qui domini ſumus rerum corruptarum exercitori, à quo duplum tulimus,debemus cedere actionem legis Aquiliæ. Et ita recte Accurſius interpretatur hæc verba Pauli : *Præſtare ei debemus noſtras actiones*, id eſt,cedere actionem legis Aquiliæ : nam actionem furti ſuo iure habet ſine ceſſione noſtra. Exercitor etiam in nautas,quorum ex facto conuentus duplum præ-

Paul. P

ſtitit, ſi operas eorum conduxerit, præter actionem furti, vel ſibi ceſſam actionem legis Aquiliæ, habet actionem ex conducto in id, quod intereſt. Verum vt poſui initio, ſi prius cum exercitore egerimus in factum, duplum vero non abſtulerimus, quia exercitor abſolutus ſit, forte iniuria iudicis, an ſupereſt nobis actio furti, vel legis Aquiliæ in nautas, vel in nautam, qui furtum fecit nobis, damnúue dedit? Supereſt quidem. Sed nobis agentibus obſtat exceptio (vt Paulus ait) doli, quia, optima eſt ratio, ex eiuſdem hominis admiſſo ſæpius quæri non oportet, alioqui nullius eſſet querelarum, aut iudiciorum finis, *l. 5. & 4. de his qui deiec. vel effud.* Atqui de nautæ admiſſo iam quæſitum eſt ſemel iudicio in factum, quo actum eſt in exercitorem: ergo de eo non eſt quærendum iterum, data actione furti, vel legis Aquiliæ in nautam ſine metu exceptionis. Hac ratione vtitur Paulus hoc loco, quæ & in aliis pleriſque cauſis valet, & ideo ſumme notanda eſt. Eadem quoque ratione idem Paulus in extremo huius l. oſtendit, ſi ex diuerſo poſita contraria ſpecie prius egerimus cum nauta furti, vel legis Aquiliæ actione, ſiue condemnatus, ſiue abſolutus fuerit nauta, poſtea agentes nos cum exercitore actione in factum repellendos eſſe exceptione doli mali, ne de eiuſdem hominis admiſſo ſæpius quæratur. & ita hæc l. ad facilitatem redigenda eſt.

Ad leg. 2. & 4. ſi quad. paup. fec. dic.

Hæc actio non ſolum domino, ſed etiam ei, cuius intereſt, competit: veluti ei, cui res commodata eſt, item fulloni: quia, eo quod tenentur, damnum videntur pati.

1. §. Si quis aliquem euitans, magiſtratum forte, in taberna proxima ſe immiſiſſet, ibique à cane feroce læſus eſſet: non poſſe agi canis nomine, quidam putant. At ſi ſolutus fuiſſet, contra.

L. 4. Hæc actio vtilis competit etſi non quadrupes, ſed aliud animal pauperiem fecit.

Actiones noxales, de quibus eſt hic liber 22. non tantum ex facto & noxa ſeruorum ſunt aduerſus dominos, ſed etiam ex noxa quadrupedum: quæ noxa in 12. tabul. proprio nomine pauperies appellatur. Et vel ea noxa quadrupedum eadem l. 12. tab. ſarciri iubetur à domino præſtita damni æſtimatione, vel quadrupes viua in noxam dedi. In legibus Georgicis Iuſtin. apud Harmenopulum, pauperies illa quadrupedum appellatur *præda*. Sane & Emanueli Moſchopulo libro περὶ σχεδῶν præda dicitur eſſe, ἡ γινομένη βλάβη ἐν ἀμπελῶσι καὶ ἀγροῖς, καὶ τοιούτοις: *damnum quod infertur vineis vel agris, & his ſimilibus.* à quadrupedibus ſcilicet. Hanc autem actionem Paulus ſcribit in *l. 2.* non tantum domino dari, cui quadrupes aliena damnum dedit, rebuſue eius pauperiem fecit, ſed etiam ei, cuius intereſt, vt puta ei, cui res locata commodata, & conducta eſt: *fulloni*, inquit, id eſt, ei cui veſtimenta lauanda, & polienda locata ſunt, ſi ea veſtimenta quadrupes aliena deteriora fecerit, quia eo nomine fullo domino veſtimentorum teneatur actione ex locato, & commodatarius commodati. Et quia tenetur, ideo æquum eſt ei dari actionem noxalem aduerſus dominum quadrupedis. Et tamen, ſi ſeruus alicuius damnum dederit rei commodatæ, vel locatę, certum eſt, eo nomine commodatario, vel conductori non dari actionem legis Aquiliæ, ſed ſoli domino tantum, *l. 11. §. pen. tit. ſeq.* Et ratio differentiæ hæc eſt, quia pręſtare commodatarius & conductor diligentiam debet in ſeruanda re ſibi commodata, vel locata, quam ſi adhibeat, facile conſequetur, ne eam rem quadrupes deteriorem faciat: ſed ne homo eam rem deteriorem faciat, qui viribus antecellit, nulla cura, aut diligentia adſequi poteſt, *l. ad eos, commod. l. ſed de damno, loc.* Et ideo damnum ab homine datum, cui reſiſtere non potuit, ad eum non pertinet. Damnum datum à quadrupede, quam abigere potuit, ad eum omnimodo pertinet. Quamobrem ęquum eſt ei aduerſus dominum quadrupedis accommodari noxalem actionem ex 12. tabulis. Ad hæc ſciendum eſt, hanc actionem legitimam dari in dominum de damno dato à quadrupede, id eſt, pecude, veluti ab equo, boue, mulo, ariete. Canis inter pecudes non eſt, *l. 12. & 29. §. hac actione tit. ſeq.* Inter pecudes tantum ſunt, quæ gregatim paſcuntur. Canis igitur inter pecudes non eſt: ſed tamen ad damnum, quod canis alienus dedit, conſtat hanc actionem pertinere ex *l. 1. §. ſed etſi canis, hoc tit. & ex §. 1. huius l. 2.* Idque ita nominatim de cane lege Solonis cautum fuiſſe Paulus ſcribit 1. *ſentent. tit.* 15. & Plutarchus in Solone, & Plato quoque 11. de legibus, de cane, qui pauperiem fecit, eandem legem condidit. Itaque ſi quis forte, cum euitaret magiſtratum, quæ eſt ſpecies l. 2. pone exemplum in aleatore, vel in negotiatore vitioſarum mercium ædilem fugiente, qui ſe in proximam tabernam immiſerit, ibique à cane feroce, qui ſolutus erat, læſus fuerit, in dominum canis ei competit actio noxalis: ſed ſi vinctus fuerit canis, dominus eo nomine non tenetur, maxime ſi, *caue* pro taberna inſcripſerit, *caue canem*: quod veteres inſcribere ſolitos in ianua ædium ſuarum Petronius oſtendit in Satyrico, & Varro apud Nonium in verbo *præbitio.* In taberna, vel in domo cuique ſua, canem habere licet, modo ſi ferocem interdiu vinctum habeat. Qua autem vulgo iter fit, neque ſolutum, neque vinctum habere licet ex ædilitio edicto, quia & vinculis quidam contineri non poſſunt, vt damnum non inferant, *l. 40. & ſeq. de ædil. edict.* Et qui aduerſus edictum illud ædilitium fecerit, tenetur ædilitia actione in duplum, vt illo loco proponitur, & diſtinguitur, vel in ſolidos ducentos, vel in quantum bonum & æquum iudici videbitur, & tenetur etiam actione noxali. Denique tenetur duabus actionibus, quaſi ex duobus factis, quod ſcilicet, ipſe fecit contra edictum, quod ibi canem ferocem habuerit, & quod canis damnum fecerit. Duo ſunt facta, & duæ actiones, nec altera alteram conſumit, *§. vlt. Inſtit. eod.* Ac præterea ſciendum eſt, vtilem actionem noxalem dari ei, qui damnum paſſus eſt, etiamſi non quadrupes, ſed aliud quodcunque animal damnum dedit. directa eſt de quadrupede, vtilis de quocunque alio animali, *l. 4. hoc tit.* Vbi Græci exemplum ponunt in anſere, accipitre, qui & acceptor dicitur, & ſtruthione.

Ad l. 6. ad l. Aquil.

Præceptoris enim nimia ſæuitia culpæ adſignatur.

Hæc lex pertinet ad ſpeciem propoſitam in *l. 5. §. vlt.* quæ etiam ab eodem auctore repetitur in *l. 13. §. item Iulianus, inf. loc.* Sutor cum docendum conduxiſſet ingenuum filiumfam. ei parum bene facienti, quod monſtrabat magiſter, forma calcei, ſic loquitur, vt & nos vulgo, & forma, formula. Ammian. Marcellinus 21. *calcei*, inquit, *nullis formulis aptati.* forma calcei, inquit Iuriſconſultus ceruicem ita percuſſit, vt oculus puero perfunderetur, & ſua ſede procideret. In *d. §. item Iulianus* ait, *effunderetur,* quod Græcis eſt ἐκχεχύσθαι τὸν ὀφθαλμόν, & paulo ante *eluſcare hominem.* ictus ceruicis rumpit oculum. Et ait, ſutorem patri teneri actione legis Aquiliæ, quaſi damno iniuria dato, vt *l. cum duobus §. ſocium, pro ſoc.* quia, inquit Paulus, *præceptoris nimia ſæuitia culpæ adnumeratur.* Et iniuria ſcil. in l. Aquilia pro culpa accipitur. Eademque eſt ratio *l. 10. hoc tit.* ſi cum iaculo quidam in campo luderet, ſeruus iaculo fuerit occiſus, haſta, vel pilo, domino competit actio l. Aquiliæ, etiamſi dolo malo non occiderit: nam inquit *l. 10.* luſus quoque noxius in culpa eſt. Et iniuria, in l. Aquil. culpa eſt, ſiue negligentia.

Ad leg. 14. eod.

Sed si ipse heres eum occiderit, dictum est, dandam in eum legatario actionem.

SEquitur in *l.* 14. *eod.* seruo legato ab herede iniuria occiso, legatario in eum dari actionem leg. Aquiliæ. Quod vtique verum est, si seruus legatus occisus sit post aditam hereditatem, & legatarius viuente seruo iam legatum agnouerit, quia legatarius eius serui dominus factus esse intelligitur ex die aditæ hereditatis. Sed si ante aditam hereditatem heres eum seruum occiderit, legatario non potest competere in heredem actio legis Aquiliæ, quoniam priusquam factus esset dominus serui, interemptus is est. Et hoc casu legatario tantum competit in heredem actio ex testamento, qui scilicet postea adiuit hereditatem, *l. 6. §. item si seruum, de dolo, l. si ex legati 23. de verb. obl.* Actio leg. Aquiliæ soli domino competit, aut vt est in *l.* 11. §. 6. *legis Aquiliæ actio hero competit, hoc est, domino.* Qui locus demonstrat Aquiliam ita scriptam fuisse, *tantum æs hero dare damnas esto.* Et scribitur illo loco, ero, sine vllo spiritu, vt sæpissime in aliis auctoribus, & in glossis Placidus *Ericium* interpretatur dominium sine spiritu. Et similiter sine spiritu *eritudinem*, id est, dominationem, vt in glossis Philoxeni *δεσποτείαν*. Et quod ait Festus, etiam sine spiritu *eritudo*, seruitudo, non hoc est, eritudinis nomine significari seruitudinem, quandoquidem dominatio significatur, non seruitus, sed hic dici eritudinem, & seruitudinem. His addamus quod est in *l.* 22.

Ad leg. 22. eod.

Proinde, si seruum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, vtilitas venit in hoc iudicium.

1. §. *Item causæ corpori cohærentes existimantur, si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum vnum, vel vnam occiderit: non solum enim perempti corporis æstimatio facienda est: sed & eius ratio haberi debet, quo cætera corpora depretiata sunt.*

SEruo alieno occiso, in actionem legis Aquiliæ non tantum venire æstimationem corporis, quanti in illo anno plurimi fuerit retrorsum computato, sed etiam venire & deduci æstimationem eius, quod actoris interest, seruum non esse occisum, vt si eum seruum certa die daturum se promiserit sub pœna certa, quæ seruo occiso commissa fuerit: committitur enim pœna semper, quæ in stipulatum deducta est, etiamsi nihil intersit actoris, sicut homine occiso nihil interest, quod ad stipulationem attinet tradendi hominis, *l.* 3. *de verb. oblig. l. cum pœna, de recept. qui arbitr. recep.* Hoc vero etiam in actione leg. Aquil. æstimabitur, nempe quod actor pœnæ nomine stipulatori præstitit, nempe ob seruum sua die non traditum. Et hoc est, quod lex 22. in princ. subiicit, causas etiam corpori occiso cohærentes æstimari, vt si ex comœdis vnus occisus sit, æstimatur quanto ob id cæteri comœdi depretiati sunt. Item si ex Symphoniacis vnus occisus sit, vnius occisio, amissio chorum viliorem facit. Et hoc quoque æstimatur in actione l. Aquil. Idemque erit, si ex fratribus gemellis vnus occisus sit: nam ex gemellis vno interempto, vilescit quodammodo, & depretiatur alter. Et huius quoque damni per iudicem ratio habetur in actione leg. Aquil. Idem erit si ex pari mularum, quæ forte rhedæ vel carrucæ subiungebantur, vna occisa sit, vel si ex triga, vel ex quadriga equus vnus, vt *l.* 34. *de ædil. edict.* Item si seruum meum heredem ab aliquo institutum occideris, antequam iussu meo hereditatem adierit, in actione legis Aquiliæ hereditatis amissæ habenda est ratio, *l. seq. in princ.* Et generaliter igitur, in hac actione non tantum corporis æstimatio fit, sed etiam eius quod interest.

Ad lege 24.

Hoc apertius est circa vulneratum hominem: nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus, æstimationem cuius vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus?

SEquitur in *l.* 24. eum qui falso confitetur, se seruum alienum vulnerasse, si seruus à nemine sit vulneratus, non teneri ex sua confessione lege Aquilia, quia nihil subest damni, quod æstimari possit. non potest etiam repetitio vlla iniri, vt sit seruo vulnerato, triginta dierum, quum ex eo tempore ea ineunda, & retroducenda sit. cuius, inquit, vulneris æstimationem faciemus, quod nullum subest: vel ad quod tempus recurremus, cum illati vulneris nullum tempus sit? Vbi non potest iniri vlla æstimationis, aut temporis ratio, consequens est necessario cessare actionem legis Aquiliæ, *l. si quis testamento, inf. hoc tit.* Quemadmodum, inquit, ratio inhibitur? *l. naturalis §. vlt. de præscr. verb.* Seneca 3. de Benefic. multas actiones impediri propter difficultatem æstimationis. Idemque esse si quis confiteatur, se hominem occidisse, nec sit occisus. Idem esse ostendit *l. prox. §. vlt. sup.* Sed si sit occisus, aut vulneratus ab aliquo, etiamsi non ab eo, qui confitetur se occidisse, aut vulnerasse, ipse ex sua confessione tenetur in simplum, in simplum æstimationem damni esse actione legis Aquiliæ, quæ confessoria appellatur in *l.* 23. §. *vlt.* In qua iudex datur non rei cognoscendæ, & iudicandæ, quæ iam satis cognita est ex ore rei, sed datur rei æstimandæ, vt si actor non sit contentus æstimatione damni, quam offert reus, qui confitetur se damnum dedisse, si actor desideret maiorem æstimationem, eam rem iudex disceptet, atque dirimat, vt in hac *l.* 24. sicut in specie *l. vinum, de reb. cred.* quæ ita est explicanda breuiter.

Ad leg. vinum, de rebus credit.

Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est, quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret: vtrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur. Sabinus respondit: si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non quanti, tunc quum petitum esset. Interrogaui, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit: si conuenisset, vt certo loco redderetur: quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti vbi esset petitum.

REo parato soluere æstimationem vini, quod debet, quod copia non sit vini eo anno, atque adeo parato reo tantum soluere æstimationem vini, nec faciente moram, iudex datur, non iudicandæ rei, sed æstimandæ actione triticaria, de qua est *lex vinum,* sicut & *l. vlt. de condict. tritic.* quæ idem omnino dicit. Vtraque docet, quomodo vinum æstimari officio iudicis oporteat, cuius temporis causam, cuiusue loci rationem habere oporteat in æstimando vino, cuius æstimationem reus offert, si actor non sit ea contentus: sed pluris litem æstimet. Et ita lex *vinum* est accipienda de debitore, vt *l. vlt. de condict. trit.* qui non fuit in mora, qui paratus est soluere litis æstimationem. at *l. pen. d. condict. tritic.* quæ pugnare videtur cum illis, satis demonstrat per se in ea agi de debitore qui moram fecit. Nam post moram grauior fit æstimatio, quanti scilicet vinum plurimi fuerit, vt latius in ea l. explicaui: Sed hoc obiter. Summa hæc sit: in omnibus casibus, in confitentes nullas esse partes iudicandæ, id est, cognoscendæ rei, quæ satis ex confessione patet: quandoque superesse tantum æstimationis rationem, de qua si non conueniat inter partes, eam iudex æstimat & arbitratur.

Ad legem 30. ad legem Aquil.

Qui occidit adulterum deprehensum seruum alienum, hac lege non tenebitur.

1. §. *Pignori datus seruus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an & creditori danda sit utilis? quia potest interesse eius, quod debitor soluendo non sit, aut quod litem tempore amisit: quaeritur. sed & hic iniquum est, & domino, & creditori eum teneri, nisi si quis putauerit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem: & quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem: & ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, vt prosit hoc debitori: ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.*

2. §. *Si quis alienum vinum, vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare: ideoque utilis danda est actio.*

3. §. *In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus & culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam, vel spinam, comburendae eius causa, ignem immiserit: & vlterius euagatus, & progressus ignis alienam segetem, vel vineam laeserit; requiramus, num imperitia eius, aut negligentia id accidit: nam si die ventoso id fecit, culpae reus est: nam & qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, & qui non obseruauit, ne ignis longius procederet. at si omnia, quae oportuit, obseruauit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.*

4. §. *Si vulneratus fuerit seruus non mortifere, negligentia autem perierit: de vulnerato actio erit, non de occiso.*

QVod initio legis proponitur est apertissimum: maritum, qui domi suae deprehensum seruum alienum in adulterio occidit, non teneri domino actione leg. Aquiliae, quia nimirum id fecit permittente leg. Iulia. Et quod lege permittente fit, nullam poenam meretur, *l. Gracchus, C. ad l. Iul. de adult.* Vox illa est frequens in decl. Quint. *quod lege agitur, non solet lege vindicari.*

Ad §. 1.

AT mox in §. 1. huius l. Paulus tractat de seruo à debitore creditori pignori dato, & occiso ab alio quodam, an sicut ex l. Aquilia actio in occisorem debitori competit tamquam domino, sicut actio serui corrupti, *l. 14. pignoris, de ser. corr.* pignus enim manet in dominio debitoris, *l. 8. C. de pign. act.* an ita vero saltem vtilis actio leg. Aquiliae creditori detur? Et negat dari, nisi eius intersit. Et ex his duabus causis ex alterutra harum duarum, vel quia debitor redactus sit ad inopiam, ita vt inanis sit actio personalis, quam aduersus eum habet, vel quia ipse temporis praescriptione actionem personalem amisit, quo genere etiam simul non amisit hypothecariam actionem: imo temporis praescriptione sublata actione personali, salua manet pignoris, vel hypothecae causa, *l. seruum quem, inf. de pign.* quod & alias saepe contingit, vt sublata personali actione, non tollatur hypothecaria, *l. debitor, ad Trebell. l. in ratione 2. §. si filio, ad l. Falcid. l. 1. & 2. C. de luit. pignor.* Et his quidem duobus casibus, quibus maxime creditoris interest, non occidi seruum pigneratum, tam creditori, quam debitori danda videtur esse actio l. Aquil. in occisorem. Debitori directa, tamquam hero: creditori vtilis, siue vt loquitur *l. seruum quem*, quasi damni iniuriae actio, quasi, id est, vtilis vel in factum actio, *l. 17. hoc tit.* & creditori praeterea vsque ad debiti quantitatem tantum: Ita vt si creditor pecuniam creditam vtili actione l. Aquil. ab occisore consequutus fuerit, ea res proficiat debitori, id est, debitorem in totum liberet, quem neque praescriptio temporis liberauit naturali obligatione, vt sentit recte Bartolus in *l. vlt. rem. rat. haberi.* A neque inopia etiam liberauit vllo modo. Adnotandum hic est, longe aliam esse naturam, siue conditionem actionis furti: nam seruo pignorato subrepto, non tantum debitori, sed & creditori actio furti directa competit, etiamsi debitor soluendo sit, nec sit creditori perempta personalis actio. Et rursus creditori competit, non vsque ad modum debiti tantum, vt vtilis Aquilia, sed in solidum. Ita tamen, vt quod amplius à fure creditor consequutus fuerit, id actione pignoratitia debitori restituere cogatur, *l. 12. §. vlt. l. 15. de furt.* Actio furti directa datur ei, cuius quacunque ratione interest, etiam non domino & creditori, vtique semper interest pignus habere, pignori incumbere, quia plus cautionis in re est, quam in persona, vt est in regula iuris. Actio B autem legis Aquil. directa hero tantum datur. Ei vero cuius interest, ne vtilis quidem datur, non domino, etiamsi eius intersit, nisi ex illis causis, quae hoc loco proponuntur, vel quia debitor non est soluendo, vel quia tempore perempta est obligatio personalis. Hic locus singularis est & valde notandus.

Ad §. si quis.

SEntentia haec est: eum, qui alienum vinum, aut frumentum absumit, abutitur, non videri damnum iniuria dare, id est, eum, qui vinum alienum bibit, qui ex alieno frumento pinsit farinam ex alieno tritico, & conficit panem quo vescatur, non videri damnum iniuria dare. Abutitur quidem C vino vel frumento alieno: sed id quoque erat abusui, non vsui. Et nihil praeter vsum naturalem rei fecit, qui abusus est potius, quam vsus, quoniam vtendo deperit vinum aut frumentum: & ideo non tenetur directa actione l. Aquil. tenetur tamen vtili, quae in factum dicitur, *l. qui seruandarum §. vlt. de praesc. verb.* Et eleganter Graeci hoc loco: *Omnem actionem vtilem esse in factum.* Tenetur, inquam, qui vinum alienum absumit, aut frumentum, vtili actione, vt aestimationem vini, quod consumpsit, aut frumenti, domino praestet, & si quid praeterea domini amplius intersit.

Ad §. *in hac quoque actione.* Duo sunt capita legis Aquil. quae in vsu manserunt. Primum est de occiso homine, aut pecude. Tertium (nam secundum caput exoleuit) tertium inquam caput l. Aquil. est de vulnerato homine, vel pecu- D de, vel alio quocunque animali occiso, aut vulnerato, & de quacunque re vsta, rupta, fracta. Vtroque capite non tantum dolus, sed etiam culpa vindicatur, *§. illud palam, Instit. eod.* etiam culpa leuissima, *l. 44. inf. hoc tit.* Et ad tertium caput pertinet species proposita in hoc §. *si quis in stipulam, vel in spinam*, qua scatet ager, siue eius comburendae gratia, ignem immiserit, vt fit: vt Poeta ait,

Sepe etiam steriles incendere profuit agros,
Atque leuem stipulam crepitantibus vrere flammis.

Et ille ignis euagatus ad vicini agrum peruenerit, & in eo segetem, aut vineam exusserit, quaeritur, vtrum in hac specie lex Aquilia locum habeat, an in factum, id est, vtilis duntaxat? Quod & Vlpianus tractat apud Licinium Rufinum *de incendiariis.* & ex Celso refert. si non ille principaliter exus- E serit agrum vicini, sed dum incendit, exusserit suum, ignis fugerit, auolarit, longius processerit, lege Aquilia eum non teneri, sed in factum agendum esse ad exemplum legis Aquiliae, id est, vtili actione, quia non curauit, non obseruauit, ne ignis longius procederet, quod tamen obseruare debuit. Idemque est multo magis si die ventoso, & vt idem Poeta ait, *si furentibus Austris, agro suo ignem immiserit.* Nam qui occasionem damni praestat, damnum fecisse videtur, vt in *l. 4. §. pen. vi bon. rapt.* At si die non ventoso, si clemente coelo in stipulam suam ignem supposuerit, & omnem curam adhibuerit, ne ignis peruaderet vicini agrum, sed forte subita vis venti ignem longius produxerit, omni culpa caret, nec vtili Aq. tenetur. Et secundum haec accipienda est alia sententia Pauli, quae exstat apud eundem L. Rufinum, in haec verba: *Fortuita incendia, quae casu venti furentis vel incuria ignem supponentis ad vsque vicini agros euaserint, si ex*

si ex ijs seges, vel vinea, vel oliuæ vel fructiferæ arbores concrementur, datum damnum æstimatione sarciatur. In fine huius l. docet Paulus, seruo vulnerato, non mortifere, sed negligentia mortuo, cum nulla ei adhiberetur curatio, eum qui vulnerauit, domino teneri ex tertio capite, quanti plurimi is seruus fuerit in diebus 30. proximis, non ex primo capite, quanti plurimi in eo anno fuerit; teneri, inquam, de vulnerato, non de occiso. Idem erit omnino, si cum dubitaretur, an esset vulneratus mortifere, mox ruina, vel naufragio, vel alio ictu peremptus sit, ita vt liquere non potuerit, an pridem vulneratus fuerit mortifere, quoniam & hic pro vulnerato habebitur, non pro occiso, *l.* 15. §. 1. *sup. h. t.*

Ad l. decimam, de noxal. action.

Sed & eo nomine agere cum socio poterit, quod seruum communem deteriorem fecit: quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriorem fecisset. Ceterum, si nihil præterea post noxæ deditionem commune habebit, pro socio: vel si socij non fuerunt, in factum agi poterit.

Explorati iuris est, multum interesse seruus domino sciente, an insciente alij furtum fecerit, damnumve dederit: nam si domino sciente, dominus suo nomine in solidum tenetur, detracta noxæ deditione, ita vt non possit liberari noxæ dedendo seruum. Si domino nesciente, serui tantum nomine tenetur noxali actione, *l.* 2. *in princ. hoc tit. l. pen. C. eod.* At quid, si seruus fuerit communis duorum, & vno sciente, altero nesciente deliquerit? Hæc est quæstio legis. Et est quidem in arbitrio eius, cui seruus noxam nocuit, vtrum malit cum sciente experiri in solidum sine noxæ deditione, an cum ignorante noxali actione, *l.* 5. *sup. hoc tit.* Et si quidem elegerit scientem, & condemnauerit, alter ab eo liberatur, nec qui condemnatus est, ab eo quidquam consequi potest, quia sui facti pœnam exsoluit, meruit, vt ait *l.* 9. *sup.* quæ verba sunt adhibita distinctione *l.* 17. *inf.* explicanda hoc modo: vt is quo sciente seruus fecit, si actori præstiterit litis æstimationem, nihil à socio consequatur, nisi partem pretij serui, pro quo soluit: quia & pro sua parte socius eum debere coactus fuisset, nisi ob scientiam, integram ille litis siue damni æstimationem præstitisset, persoluisset. Is autem, qui iussit seruum delinquere, & condemnatus præstitit, nihil omnino à socio consequatur, ne partem quidem æstimationis serui: eadem ratione, & multo magis, qua vtitur etiam *d. l.* 17. ex suo delicto damnum patitur, nec fit æquum alterum pati. Facienda est igitur in hac re differentia inter scientem & iubentem, quod & in l. 17. explicabitur. Et hoc, si scientem elegerit. Sed si ignorantem elegerit, & ab eo consequutus fuerit litis æstimationem, puta duplum ex causa furti: vel quia vtilius esse existimauit duplum præstare, quam seruum noxæ dedere, vel quia socius nolebat partem suam dedere, atque ideo conuentus noxali actione, non poterat in solidum seruum noxæ dedere, quod tamen requiritur, vt ignorans noxæ deditione liberetur, *l.* 8. *sup.* Hoc vero casu ignorans, qui duplum præstitit, id est, æstimationem litis, partem à socio, quo sciente seruus deliquit, consequitur actione communi diuidundo, si qua præterea alia communia habeant, *d. l.* 9. Potest etiam, vt subiicit Paulus in hac *l.* 10. cum socio, quo sciente seruus deliquit, agere actione serui corrupti in duplum: nam est in duplum, quod seruum cōmunem deteriorem fecerit, qui non prohibuit, ne delinqueret, cum posset prohibere. Hoc enim est scire in hoc tractatu, nempe pati & non prohibere, quod perinde est ac si ipsemet delinqueret, *l.* 2. *in princ. h. t. l.* 11. *in fin. de his qui not. inf.* Arnob, 2. aduersus gentes: *Non prohibendo, quod oportet prohibere, cessatione crimen facimus proprium.* Et Agapetus ad Iustinianum, ἴσον τὸ πλημμελεῖν, &c. *Existimato idem esse,* inquit, *delinquere & non prohibere delinquentem, quum scilicet prohibendi facultas est.* Et ita recte Cyrillus interpretatur hęc verba legis decimæ: *sed & eo nomine cum socio agere poterit, quod seruum communem deteriorem fecerit,* interpretatur ea scilicet de actione serui corrupti, quod Accursius non intellexit: qua actione constat etiam socium socio teneri ex *l.* 9. *de ser. corr.* Denique sicut vnus ex dominis cum extraneo agere potest serui corrupti, qui seruum communem corrupit, ita & cum socio. Hæc est sententia huius loci. Hęc autem ita se habent, si, vt posui initio, dominus, quo ignorante seruus deliquit: præstiterit litis æstimationem. quid si seruum noxæ dederit: puta hoc facile ferente socio, quo sciente seruus deliquit? Etiam hoc casu partem à socio consequetur actione communi diuidundo, si quæ alia, vt dixi, communia habeant, vel si nihil præterea commune habeant, actione pro socio, si socij fuerint: vel si non fuerint, partem consequetur in factum actione, id est, vtili actione communi diuid. nam & vtilis communi diuid. datur post interitum rerum communium, *l.* 11. *com. diuid.* non vt diuisio fiat, quæ frustra desideraretur, sed vt in eam deducantur personales præstationes: nam actio communi diuidundo est mixta in rem, & in personam, *l.* 11. *cōm. diuid.* Et ita etiam Cyrillus rectissime in hac l. 10. in factum actionem interpretatur esse vtilem communi diuidundo. Sed restat adhuc hæc quæstio, an electo domino quo ignorante seruus deliquit, & seruo noxæ dedito, an alter, qui sciuit, ab eo liberetur, cui seruus damnum dedit? Hoc Paulus eodem libro definiuit coniuncta, vt verissimile est, scriptura in *l.* 17. *hoc tit.*

Ad legem 17. eodem.

Si ex duobus dominis vno sciente, altero ignorante, seruus deliquit: si ante cum altero, qui nesciebat, actum sit: & noxæ dediderit seruum: iniquum est, vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari. Igitur agetur & cum altero: &, si quid amplius est in damni persecutione, consequetur, computato pretio hominis noxæ dediti. Ipsi tamen inter se sic debent pensare communi diuidundo iudicium: vt (si) ille, quo sciente fecit, præstiterit: non totius partem ferat, sed partem eius, quanti seruus est. Sic etsi alter aliquid præstiterit, eius partem fieri. Illud iniquum est, eum qui iussit seruum facere, consequi aliquid à socio: cum ex suo delicto damnum patiatur.

1. §. *Si plures eiusdem serui nomine, noxali mecum agere velint: vel si vnus pluribus iudiciis eiusdem serui nomine agat, in quo vsusfructus tuus, proprietas mea sit: officio iudicis continebitur, cum eum noxæ dedero, vt etiam vsumfructum actoris faciam, sed per prætorem id consequar ego dominus proprietatis, vt aut cogat prætor te pro æstimatione vsusfructus conferre ad litis æstimationem, aut vsumfructum cedere, si hoc expediat. &, si ego dominus proprietatis eum seruum nolui defendere, defensio tibi permittenda est: &, si damnatus hominem tradas, & aduersus me tueris.*

Definiuit scilicet, vilissimi hominis deditione, quam fecit is, qui ignorauit, cum electus esset & conuentus, alterum, qui sciuit non liberari, hoc esse iniquum, sed alterum qui sciuit, posse conueniri in id, quod amplius est in æstimatione damni, quam in pretio serui noxæ dediti: quod tamen imputari oportet, vt *l. quod ait, hoc tit.* & residuum damni à sciente peti: socios autem quod prestitum erit inter se pensare debere in iudicio communi diuidundo. At non eodem modo vtrumque, & scientem, & ignorantem: sed ita, vt si ille, quo sciente seruus fecit, præstiterit, non totius pecuniæ, quam soluit ex suo delicto, à socio innocente ferat partem, sed pretij serui partem tantum, pro quo soluit. Imo nec eius quidem pretij partem, si non tantum sciuerit, sed & iusserit seruum delinquere. Plus enim est iubere, quam pati, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *hoc tit.* Et secundum has distinctiones, iam dixi esse ita accipiendam *l.* 9. *huius tit.* dum ait, eum qui sciuit, & præstitit litis æstimationem, nihil à socio innocente consequi, quia sui facti pœnam meruit. Qua ratione Paulus vtitur in *h. l.* 17. illo loco, *cum ex suo delicto damnum patiatur.* Et hæc de eo, qui sciuit & præstitit damni æstimationem. Sin vero ille, quo ignorante seruus fecit, præstite-

rit, proculdubio totius, quod præstitit, & impensarum quoque in litem factarum partem à socio, qui sciuit, feret.

Ad §. si plures.

Dixit ante Paulus de pluribus dominis, qui serui communis nomine tenentur noxali actione. In hoc §. *si plures*, incipit dicere de pluribus, qui eiusdem serui nomine agunt noxali actione aduersus dominum, vel de domino vno qui eiusdem serui nomine agit pluribus actionibus noxalibus, ex pluribus & diuersis noxiis. Ita incipit de his dicere Paulus in hoc §. sed eam rem tamen non persequitur. Verum quasi oblitus eius propositionis tractat alia de re, nempe de proprietario conuento noxali actione, quemadmodum ei prospiciatur, vt fructuarius pro rata vsusfructus huius iudicij exitum perferat. Nihil tractat de illa propositione, labes est, & quasi lacuna manifesta.

Ad l. 19. eod.

Si in re communi mea & tua, damnum nobis dederit Titij seruus, si cum eo agemus erit noxali Aquiliæ actioni locus : ne damnatus in solidum singulis noxæ dedere cogatur. Sed potest dici, quasi vnius damnum sit, & vna obligatio, aut vtriusque pecuniam offerendam, aut officio iudicis simul vtriusque noxæ dedendum. Sed etsi alterutri nostrum in solidum noxæ deditus fuerit, & ob id ab vtroque dominus sit absolutus, recte dicitur, eum, cui noxæ deditus sit, alteri teneri communi diuidundo iudicio, vt communicet seruum noxæ sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium peruenerit.

1. §. *Si serui, in quo vsusfructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit : verba efficiunt, vt cum noxæ deditione damnetur.*

2. §. *Si seruus tuus nauem exercuerit : eiusque vicarius & idem nauta in eadem naue damnum dederit : perinde in rem actio danda est, ac si is exercitor liber, & hic vicarius seruus eius esset, vt de peculio serui tui ad noxam dedere vicarium damneris : vt tamen, si serui tui iussu, vel sciente, & patiente eo, damnum vicarius dederit, esse noxalis actio serui tui nomine, debeat. Idemque sit, etiamsi nautam facere iusserit.*

Verum idem Paulus in l. 19. illam propositionem resumit, nec rursus tamen eam ad plenum persequitur, quia in ea l. 19. loquitur tantum de pluribus, qui rem communem habent, & qui de damno, quod seruus alienus in ea re dedit, cum domino agunt noxali actione. Nihil autem tractat de pluribus, quibus in re prppria cuique sua separatim seruus alienus damnumdedit. Et vt dispiciamus, quid de illis statuat, qui rem communem habebant, in qua seruus alienus damnum dedit, quique eo nomine agunt noxali actione cum domino : Illos quidem ait, recte simul agere cum domino noxali actione l. Aquiliæ, ne damnatus dominus in solidum, singulis seruum noxæ dedere cogatur, ad quod cogi posse videbatur, si non simul agerent noxali actione, sed singuli separatim ; neque tamen id vnquam fieri posse : non posset singulis seruus in solidum noxæ dedi, hoc est non possent duo fieri domini eiusdem hominis in solidum, *l. 5. §. vlt. commod.* noxæ deditione fit dominus, qui seruum noxium accipit. Illos igitur recte simul agere noxali actione, noxali iudicio, ne damnatus dominus in solidum singulis dedere cogatur, quod etiam fieri non potest, sed vt noxæ dedat seruum simul vtrisque, cum & vtrique simul agant, vel si hoc malit, vtrisque offerat pecuniam, id est, litis æstimationem, vt in *l. 17. §. pen. de rei vindic.* Et vtitur hac ratione, quia in ea re illi duo qui rem communem habebant pro vno habentur : atque ideo vni damnum datum videtur, & vna obligatio esse contracta : quamobrem aut vtrisque quasi vni noxæ dedetur seruus, aut vtrisque quasi vni integra litis æstimatio præstabitur. Sed si forte, vt subiicit in *d. l. 19.* alterutri eorum dominus in solidum noxæ dedat seruum noxium, absoluitur ab vtroque. Verum is, cui in solidum noxæ seruus deditus est, tenetur socio suo actione communi diuidundo, vt eum seruum, qui in solidum noxæ deditus est, communicet, quoniam ad eum ob rem communem peruenit vt *l. 3. comm. diuid.* Potest vni seruus noxius noxæ dedi in solidum, non pro parte, quia noxæ deditio diuisionem non recipit, *l. 8. hoc tit.* At litis æstimatio siue pecunia potest cuique præstari pro parte sua, & hoc etiam modo satisfieri vtrique, *l. si seruus seruum §. item si seruus, ad l. Aquil.* M. Tullius pro Roscio Comædo, loquens de eadem specie : *Lite contestata,* inquit, *iudicio damni iniuriæ constituto, de seruo communi interfecto, tu sine me cum reo decidisti,* (id est, transegisti) *& me interrogante, vtrum pro me decideris, an pro te, an pro me, respondes tu, pro me tantum. potui quidem exemplo multorum : licitum est, iure fecerunt multi alij, nihil in ea re tibi iniuriæ feci, exige pro te, & pro tua parte, & aufer quod tibi debetur : suam quisque partem possideat,* inquit, *& consequatur. At enim tu tuum negotium gessisti bene. gere & tu tuum bene, magno tuam partem dimidiam decidisti, magno & tu tuam decide.* Ita plane §. *item si seruus,* ostendit, seruo communi occiso aut vulnerato, nihil refert, singulos ex duobus dominis separatim posse agere pro parte sua, & pro parte sua litis æstimationem ferre. Et hæc sunt quæ pertinent ad id, quod hac de re scribit Paulus in l. 19. illud non attingit in ea l. nec vsquam alibi, aut certe, quod attigerat, non est relatum in his libris. At quid dicemus, si pluribus seruus alienus damnum dederit, non in re communi, vt in superiori specie, quæ sola tractatur in *l. 19.* sed in re cuique sua propria ? quid inquam in hac specie dicemus ? id Paulus non retulit, sed ex Vlpiano definitum exstat in *l. 14. sup.* vbi Vlpianus, quia non potest singulis in solidum seruus noxæ dedi, vt certissimum est, quia duo non possunt esse domini in solidum, non ideo dominum necesse habere offerre litis æstimationem his, quibus dedere noxæ non potest seruum iam vni noxæ deditum : Et sane noxæ dedere in solidum debere noxium seruum ei, qui prior agere occupauerit, & non agere tantum, sed etiam causam tenere, *gaigner son procez,* id est, sententiam pro se consequi, is dicitur prior occupasse, qui prior peruenit ad sententiam, qui prior vicit, etiam si non prior egit : Non tam spectandum, quis prior egit, quam qui prior vicit. Nam qui prior vicit, occupasse intelligitur, vt & seruatur in actione de peculio, *l. 10. de pecul.* Ergo in hac specie dominus debet seruum in solidum noxæ dedere ei, qui prior occupauerit, id est, qui prior ad sententiam peruenerit, eoque facto, necessario absoluitur ab alio, quia desiit seruum penes se habere, adeo vt nec si alius postea vicerit, iudicati in eum agere, & litis æstimationem ab eo petere possit, licet egerit prior, quia non etiam prior, vt necesse est, vicit, causam tenuit. Non potest igitur, qui posterior vicit, cum domino, agere iudicati : potest tamen, si is, qui posterior vicit, facta noxa fuerit vetustior, quia noxa caput sequitur, potest, inquam, agere cum eo, cui seruus noxæ deditus est in solidum ex recentiori noxa, potest cum eo agere noxali actione, *l. 2. in princ. si ex nox. causa agat.* cum domino non potest agere iudicati ad litis æstimationem. Et ita illa *lex 2.* est concilianda cum *l. 14.* cum qua videbatur pugnare. At quid dicemus, si ei qui prior ad sententiam peruenit, id est, qui prior causam tenuit, causam obtinuit, non sit seruus noxæ deditus in solidum, sed dominus maluerit ei litis æstimationem offerre retento seruo, an tunc alij deinde agenti ex alio maleficio nihilominus dominus teneatur ? Sic videtur, quia seruum noxæ dedere potest, quem retinuit. Et ita est proditum in *l. 20. hoc tit.* Eadem hæc seruantur, si, (quæ propositionis huius §. *si plures*, pars est altera) si inquam ex pluribus delictis serui alieni, vnus egerit eiusdem serui nomine. Nam si primum ei ex vno delicto seruus noxæ deditus sit in solidum, vt oportet, nullam amplius habet actionem in priorem dominum ex aliis delictis, vt ait *d. l. 20.* quia, inquit, actio noxalis, caput sequitur, id est, quia noxæ deditione serui noxij dominio quæsito, is, cui seruus deditus est,

tus est, in ea causa esse cœpit, vt eius serui nomine noxales A actiones, si quæ oriantur excipere & pati debeat: ergo iam non potest agere noxali actione iuxta regulam *l. pen. C. de furt.* quia si iam ageret actione noxali, in hoc ageret, vt fieret dominus serui noxij, hoc est, vt sibi dederetur seruus noxius. Noxalis actionis exitus hic est, vt noxę deditione actor serui noxij dominium quærat, & quia iam factus est dominus noxæ deditione, iam amplius dominus fieri non potest: ergo iam amplius ex aliis delictis actione noxali aduersus eum, qui dominus fuit, agere non potest: sed si ille ex vno delicto tulerit litis æstimationem, tunc non prohibetur ex alio delicto agere noxali actione, quia serui dedendi dominus facultatem habet, *l. 14. & 20. h. t.* Hoc cognito, in quo dixi abruptum esse tenorem huius §. *si plures*, quod tamen B operæpretium putaui prius explicare; de illo videamus quod in eo §. *si plures*, extra propositionem euagante Paulo, tractatur. Nam vt initio dixi manifesta labes facta est scripturæ Pauli. Finge: serui, qui alij damnum dedit, proprietas est mea, vsusfructus tuus, ergo seruus totus est meus, *l. recte dicimus, de verb. signif.* quoniam proprietas est mea, licet vsusfruct. sit tuus: ego vero teneor noxali actione, quasi in totum dominus serui, tu non teneris actione noxali, vt in *l. 18. h. tit.* quia imo tu haberes noxalem actionem aduersus me, si quid tibi is seruus cuius vsusfructus est tuus, nocuisset, *l. 14. §. si is in quo, de seruo corrup.* Ergo tu non teneris noxali actione. Hæc regula est certissima. Qui noxali actione tenetur, non potest agere noxali; & contra qui potest agere noxali, non tenetur noxali, *d. l. pen. C. de furt.* Denique ego teneor noxali actione, non tu, & teneor vtique, vt Paulus ait in *l. 19. §. 1.* etiamsi a te conduxero operas serui, quæ in fructu sunt, atque adeo tibi soli C debentur: nam conductione operarum non desino esse dominus serui. Conducimus etiam rei nostræ fructum & vsum sæpe, & possessionem, *l. si alias, de adq. poss.* Verum si ego conueniar noxali actione, officio iudicis incumbit, vt si malim seruum noxæ dedere, eius plenum dominium transferam in accipientem, cui noxam nocuit, non detracto vsufructu: nam noxæ deditio plena esse debet, nec diuisionem vllam recipit. Et sicut heres, a quo seruus legatus est, plenum dominium serui legatario præstare debet, *l. Maeuius §. pen. de leg. 2.* ita etiam is, qui conuenitur noxali actione, si malit noxæ dedere, si malit tradere seruum in noxam, plenum dominium eius transferre debet. Denique ego, si conueniar noxali actione si malim noxæ dedere seruum, serui plenum dominium transferre debeo, alioquin non liberabor. At quæso qua ratione id efficere po- D tero, vt plenum dominium transeat in actorem cum nudum tantum dominium habeam, non plenum? Et docet eleganter in hoc §. *si plures*, me postulante, prætorem te compellere, vt vsufructu cedas, vt abdices te vsufructu, si vtilius sit seruum noxæ dedere, quam litis æstimationem sufferre, cuius quantitas longe superat pretium serui, vel si vtilius sit litis æstimationem sufferre, quod seruus sit maioris pretij, prætorem te compellere, vt tu qui ex seruo omne emolumentum capis, ad litis æstimationem conferas pro rata, siue pro æstimatione vsusfructus. Alioquin tibi prætor denegabit persecutionem vsusfructus, *l. 27. inf. hoc tit.* nisi me cessante in defensione serui, nec volente vel E recusante & cunctante noxale iudicium accipere, tu qui serui vsumfructum habes, paratus sis excipere noxale iudicium & seruum defendere: ne, vt fit, me cessante seruus ducatur ab actore iussu prætoris. Defensio enim tibi fructuario est permittenda. Et fortasse vinces. sed si vincaris, si damnatus seruum noxæ dedas, postea quandoque finito vsufructu, me vsumfructum repetente ex stipulatione fructuaria, quæ interponi solet ex titulo *vsufruct. quemadm. cau.* tu merito tueri te poteris exceptione doli mali, vel in factum hoc modo: si non is seruus a me noxæ deditus sit, te cessante in eius defensione. Quæ est sententia huius §. Restat ex *l. 19. §. vlt.* non minus difficilis.

Ad §. vltim. leg. 19.

Species §. hæc est: Seruus tuus nauem exercet, vt ex ea quæstum faciat, & habet vicarium seruum, qui quodammodo eius seruus est, sed reuera ambo sunt conserui, tu dominus amborum: si eo, inquam, vicario seruus ordinarius, qui nauem exercet (sic appellatur, qui sub se vicarium habet) vtebatur pro nauta siue remige in eadem naui, & is vicarius idemque nauta, vt dixi, in eadem naui, cuidam vectori damnum iniuria dederit, Paulus ait, perinde in te dandam esse actionem, atque si exercitor nauis liber homo, & hic vicarius eius seruus esset: nam ex facto serui sui liber homo, qui nauem exercet proculdubio tenetur noxali actione, *l. vlt. §. seruorum, naut. caup. stab.* Et simili modo, quia cum seruo tuo, qui nauem exercet, nulla est actio, tu vice serui tui, serui eius vicarij eiusdemque nautę nomine pati debes damni dati noxalem actionem, vt inquit, *de peculio serui tui ad noxam dedere vicarium damneris.* errant qui scripserant hoc modo, vt & Accursius adnotauit, *vt de peculio serui tui, aut noxæ dedere vicarium damneris*, haud quaquam hoc ferente natura rerum, vt concurrat actio noxalis cum actione de peculio. Castissima hæc lectio est, *vt de peculio serui tui, ad noxam dedere vicarium damneris*, qui scil. in eadem naui vectori damnum dedit. Et ait, *de peculio*, quia vicarius ille seruus est in peculio serui tui. Omnis vicarius seruus est peculiaris serui sui ordinarij, *l. si Sticho, de pecul. leg.* Hoc ergo ait Paulus, debere te de peculio serui tui, qui ordinarius est, vicarium seruum detrahere, eumque in noxam dedere vectori, cui damnum iniuria dedit. Et hoc, si vicarius damnum dederit insciente ordinario seruo tuo: Nam vt subiicit si iussu eius, si iussu ordinarij serui tui, aut si sciente, aut patiente eo, te autem insciente id vicarius seruus fecerit, tu non iam vicarij nomine, sed serui tui nomine teneris noxali actione, vt seruum tuum ordinarium, si nolis sufferre litis æstimationem, noxæ dedas, quia ipse fecisse videtur qui iussit, quive passus est. Et postremo ait, idem esse, si alius nauta, puta liber homo; vel seruus alienus, non serui tui seruus vicarius vectori damnum dederit iussu serui tui, te insciente: Nam & hoc casu tu serui tui nomine teneris noxali actione; si, inquam, serui tui iussu alius fecerit: non etiamsi sciente & patiente seruo tuo alius fecerit, vel liber homo, vel seruus alienus: Hoc non repetiit Paulus, & recte: quia nil deliquit seruus, quo sciente damnum dat liber homo, vel seruus alienus, quia in eum imperium non habet. denique eum prohibere non potest: Vicarium autem prohibere seruus tuus ordinarius potest, quia eius quasi dominus est, & vicarius seruus eius serui, *l. si seruus meus, de pecul.* Et in hac specie, quum quæritur de delictis serui exercitoris, aut vicarij eius, non distinguimus, seruus voluntate domini nauem exerceat, an non. Huic distinctioni tantum locus est in contractibus, non in delictis. in contractibus, puta vt ex eis dominus teneatur in solidum actione exercitoria, si voluntate domini seruus nauem exerceat: sin minus, id est, si non voluntate domini, de peculio duntaxat, *l. 1. §. si is, qui nauem, & l. pen. de exercit. act.* In contractibus, inquam, hac distinctione vtimur, ergo & in contractu recepti, de quo est prior pars edicti, nautæ, caupones, stabul. Ad quam partem omnino referenda est lex *si seruus nauem, de furt.* nempe hoc modo, vt si voluntate domini seruus nauem exerceat, & perierit in naue, quod is seruus saluum fore receperat, ex illo edicto dominus teneatur in solidum, cuius voluntate seruus illud negotium gessit, *l. 4. §. si filiusf. nau. caup. stab.* Si non voluntate domini, de eo, quod ibi perierit: si facto nautæ aut vectoris perierit, dominus teneatur de peculio duntaxat, *l. 4. §. item si seruus.* Si facto ipsius serui exercitoris, tunc dominus teneatur noxali actione, vt *d. l. si seruus nauem.*

Ad l. 8. de interrog. in iure fac. &c.

Si quis interrogatus de seruo, qui damnum dedit, respondit suum esse seruum: tenebitur l. Aquil. quasi dominus, & si cum eo actum sit, qui respondit, dominus ea actione liberatur.

HÆc lex pertinet ad noxalem actionem leg. Aquil. Si quis in iure interrogatus de seruo, qui damnum dedit, an eius seruus esset, temere & falso responderit, suum esse seruum, ex sua confessione tenetur nox. act. l. Aquil. quasi dominus. At si damnatus præstiterit litis æstimationem, neque enim potest noxæ dedere seruum, cuius dominus non est reuera, si inquam, damnatus præstiterit litis æstimationem, verus dominus liberatur noxali actione, *l. 26. §. si seruus, de noxal. act. l. 20. inf. hoc tit.* si, inquit, cum eo actum sit, qui respondit, actum scil. & exactum: nam vtrumque requiritur, & verus dominus liberatur. Quare? quoniam bis quæri non debet eiusdem hominis noxa, *l. pen. §. vlt. nau. caup. stab.*

Ad legem penult. commod.

Si seruus, quem tibi commodauerim, furtum fecerit: vtrum sufficiat contraria commodati actio: quemadmodum competit, si quid in curationem serui impendisti: an furti agendum sit, quæritur. & furti quidem noxalem habere, qui commodatum rogauit, procul dubio est. contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse seruum, ignoranti commodauit.

HÆc lex est etiam de noxal. actionib. Cuius species hæc est. Si seruus, quem tibi commodaueram, alij furtum fecerit, habes aduersus me noxalem furti actionem, siue sciens, siue ignorans eum seruum esse furacem, eum tibi commodaui. contrariam autem commodati actionem, perinde, atque si quid in curationem eius impendisses, in me eo nomine non habes aliter, quam si sciens talem esse seruum, eum tibi ignoranti commodauero. hac actione commodati, id est, contraria commodati omnimodo consequeris integram litis æstimationem: illa autem noxali actione hoc tantum consequeris, vt tibi seruus forte vilissimus noxæ dedatur. Et hæc est sententia huius l. pen. quæ sane vera est summo iure: ex æquitate, falsa: Nam, vt plenius ostenditur in *l. 61. de fur.* ex æquitate verum est, me, si sciuero talem esse seruum, quem tibi commodaui, liberari noxæ dedendo seruum: si ignorauero, nullo modo teneri. Et ratio æquitatis hæc est: quia cum in commodato solius commodatarij commodum versetur, non est æquum grauari nimis commodatorem, cuius in commodato nulla vtilitas est. Hæc est ratio *l. 61. § circa commodatum, de fur.* Et hoc exemplo pronum est intelligere, multas leges scriptas in Pandectis esse, quæ scriptæ sint & sumptæ ex summo iure, ex subtili iure, quas tamen æquitatis ratio alibi corrigit, ita vt plerumque quæ ab Accursio dicuntur solutiones, aliæ de rigore, aliæ de æquitate, sane pleræque sint veræ, vt simpliciores, & veriores, ita vt frustra in quærenda alia solutione, alij sibi pene cerebrum excutiant.

Ad l. 45. locari.

Si domum tibi locauero, & serui mei damnum tibi dederint, vel furtum fecerint: non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione.

1. §. Si hominem tibi locauero, vt habeas in taberna, & is furtum fecerit: dubitari potest vtrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bonafide actum, vt quid patiaris detrimenti per eam rem, quam conduxisti: an adhuc dicendum sit, extra causam conductionis esse furti crimen, & in propriam persecutionem cadere hoc delictum, quod magis est.

COniungenda est hæc lex cum *l. 45. loc.* quæ est ex eodem libro. Initio legis proponitur me tibi domum locasse, & seruos meos tibi damnum dedisse, vel furtum fecisse. Quo casu, nec si cogniti mihi fuerint seruorum meorum mores, sane ego tibi non teneor ex conducto in solidum, sed teneor tantum noxali actione furti, vel l. Aquiliæ. Cur non ex conducto? Ratio est euidens, quia domum locaui, non seruos, tu domum conduxisti, non seruos meos. Denique quæritur in eadem *l. 45.* an idem sit dicendum, si seruum meum tibi locaui, vt eius opera vtereris in taberna tua: & is tibi furtum fecerit. An dicemus non esse tibi actionem ex conducto in me in solidum? Actione furti noxalem in me competere certissimum est, sed de actione ex conducto dubitatur, an competat, quasi id non videatur actum, quod etiam a bona fide abhorret, vt tu quidquam detrimenti patiaris per seruum, quem conduxisti. hac ratione poterit contendi, eo nomine etiam te in me posse agere ex conducto in solidum, sed vt concludit, verius est, hoc etiam casu, quia furtum quod seruus meus admisit, nihil habet commune cum conductione, quia furtum illud est extra causam conductionis, eo nomine non ex conducto actionem tibi competere, quæ si competeret, competeret in solidum, in integram æstimationem damni, sed esse tantum actionem furti noxalem, quod vtique ita procedit ex æquitate, etiam si sciuero seruum talem esse, quem tibi locaui: quia, vt in commodato, ita & in locatione præcipue versatur vtilitas conductoris, qui maxime indiget opera serui mei, vel qua alia re conducta. Et ideo si ignorauero seruum locatum esse talem, nullo modo teneor: si sciero esse talem, etiam non teneor in solidum, sed in hoc tantum, vt seruum noxæ dedam, *d. l. 61. § circa.* Iterum dico, si sciuero, in hoc tantum teneor vt seruum noxæ dedam, qua actione? vel furti actione noxali, vel etiam ex conducto, vt in *l. 14. §. his consequenter, de ser. corr.* Actione, inquam, ex conducto, non in solidum, sed vt noxæ dedam tantum, exemplo legis *inter causas §. pen. mand.* vbi agitur mandati, vt reus noxæ dedat tantum. Adi quæso, quæ de hac re fusius dixi, omnibus speciebus pertentaris, quæ his adfines & propinquæ sunt, ad Africanum in *l. 31. de pignorat. act.* & in *d. l. 61.*

Ad l. 41. de oblig. & act.

Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim cauerit, vt sola ea actione vtamur: etiam veteres eo nomine actiones competere.

1. §. Si eodem facto duæ competant actiones, postea iudicis potius partes esse, vt quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat. si tantundem aut minus: id consequatur.

QVotiens, inquit, *lex obligationem introducit, &c.* Exemplo vtamur huiusmodi. De succisis alienis arboribus variæ sunt actiones: actio leg. Aquil. actio arborum furtim cæsarum ex 12. tab. Interdictum quod vi aut clam, & actio ex locato, si colonus succiderit. *l. 32. hoc tit. l. in duobus § colonus, de iureiur.* Et quotiens lex Aquil. etiam de arboribus succisis introduxit actionem, quia non adiecit nominatim vt ea sola actione vteremur, non antiquauit actionem arborum furtim cæsarum ex 12. tab. nec enim leges tacite antiquantur. Possumus eadem de re veteri actione ex 12. tab. vti, quæ fuit in singulas arbores æris 25. auctore Plinio initio libri 17. hodie est in duplum: & ideo si prius actum sit l. Aquil. recte ait lex *pen. arb. furt. cæs.* quæ est ex eod. libro Pauli, absolui quidem reum interdicto quod vi, aut clam, quia prima condemnatione ex l. Aquil. satis grauatus est: quandoquidem interdicto minus inest, quam actioni legis Aquil. non absolui tamen ab actione 12. tab. quæ est grauior, quam l. Aquil. Verum ex eo, quod sequitur in l. 41. dicemus officio iudicis conuenire, vt qui prius egit ex l. Aquil. postea agendo ex l. 12. ex eodem facto, id tantum consequatur, quod amplius in ea actione est, quam in actione

actione l. Aqui. *Si*, inquit, *ex eod. facto duæ competant actiones, postea iudicis potius partes esse, vt quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem aut minus: nihil consequatur*, atque ita frustra agat reliqua actione. *nihil consequatur*, vt iam pridem scribendum docui, non, *id consequatur*, ineptissime. nihil, inquam, consequatur, ne scilicet idem bis consequatur, in totum, vel pro parte.

Ad leg. 1. vi bon. raptor.

Qui rem rapuit, & furti nec manifesti tenetur in duplum, & vi bonorum raptorum in quadruplum. Sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti. Si ante furti actum est, non est illa deneganda, vt tamen id, quod amplius in ea est, consequatur.

IDem alio exemplo, hoc eodem lib. Paulus confirmat in *l. 1. vi bon. rapt.* Raptor ex eodem facto duabus actionibus tenetur, & furti nec manifesti, si apprehensus non fuerit in duplum, & vi bon. raptorum in quadruplum: nam & raptor fur est, & quidem improbior. At si ante actum sit vi bon. rapt. nihil actor consequetur actione furti nec manifesti, quia minus in ea est, quam quæ tulerit iam actione vi bon. rapt. Sed si actor ante egerit furti in duplum, post actione vi bon. rapt. actor feret quod plus in ea est, vt *l. si quis egerit, de fur.* Et ita hæ leges inter se coniungendæ sunt, quas euidens est pertinere etiam ad actiones noxales: nam illæ actiones, de quibus loquuntur, sunt noxales, si seruus quid eorum admiserit, quæ supradictis actionibus vindicantur.

Ad l. 131. de reg. iur.

Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.

VLtima hæc lex est huius libri, & etiam proprie: nam ei locus est etiam in multis aliis locis; sed proprie pertinet secundum inscriptionis fidem ad noxales actiones: namque dominus, qui seruum, de quo erat actio noxalis, dolo malo desiit possidere ne secum ageretur actione noxali, perinde tenetur & damnatur, atque si possideret, quia dolus pro possessione est. Quod & ita esse in actione noxali sui natura ostenditur in *l. 12. & 24.* & tota *l. 26. de nox. act.* nempe vt dominus (quod notandum) qui seruum noxium dolo malo desiit possidere, teneatur in solidum honoraria actione sine noxæ deditione, perinde atque is, qui possidet, & mentitur se non possidere: Nam & hic non liberatur noxæ dedendo seruum: sed tenetur in solidum suo nomine propter suum mendacium, quod species doli est. Et ille æque tenetur propter dolum suum. Et ita proprie huic legi aptanda est hæc interpretatio, quæ non conueniret æque cuilibet speciei.

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI, in Librum XXIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 1. fin. regund.

Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

HIc totus liber est de actionibus, quæ mixtæ esse videntur. Primum quidem, quia tam in rem, quam in personam esse videntur, quia cum re personales præstationes persequuntur, siue, vt dicam apertius, quia rem vindicant simul, & aduersarium intendunt obligatum esse ad dandum aliquid vel faciendum. Deinde quia in eis actionibus vterque est actor, vterque reus, vterque petit, & ab vtroque petitur: Nam non illa tantum ratione, quod sint tam in rem, quam in personam, sed & hac ratione mixtæ & duplices esse dicuntur, *l. 37. de oblig. & act. l. 10. hoc tit.* Eius autem generis sunt hæ tres actiones, quæ omnes sunt ex 12. tab. finium regundorum, famil. ercisc. communi diuid. Prima est actio finium regundorum, siue de finibus regundis, quæ redditur inter vicinos, siue affines, qui inter se iurgant de terminatione finium: vnoquoque sibi vindicante ampliores fines, ac propterea intendente sibi dari aliquid, aut præstari oportere, vel quod vtilitatis ex eo loco vicinus percepit, qui suus fuit, vel quod ipse impendit agrimensoris adhibendi causa, vt *l. 4. §. 1. fin. reg.* vel quod vicinus circa fines malitiose egit, *§. vlt. Instit. de offic. iud.* & statim in *l. 1. fin. regund.* ex hoc Pauli libro proponitur, hanc actionem finium regundorum esse mixtam tam in rem, quam in personam his verbis: *finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*, id est, licet principaliter sit rei vindicatio, nempe finium vindicatio, vt *l. 10. C. de euict. & Nouell. 69.* tamen est etiam in personam. Vel, vt etiam de petitione hereditatis dicitur, quæ etiam mixta est actio, tam in rem, quam in personam, sed non etiam duplex, in qua vterque & actoris & rei ius habeat: vt, inquam de petitione hereditatis dicitur in *l. 25. §. petitio, de pet. hered.* petitionem hereditatis quamuis in rem actio sit, vt *l. 27. §. sed & is qui, de rei vindicat.* tamen & præstationes quasdam personales habere, vt puta præstationes pecuniarum a debitoribus hereditariis exactarum, & præstationes pecuniarum redactarum ex pretio venditarum rerum hereditariarum: denique mistam esse petitioni hereditatis etiam personalem, vt ait *l. 7. C. de petit. hered.* Quod inquam ita dicitur de petitione hereditatis, idem omnino dici potest, & dicere voluit Paulus in hac l. 1. de actione finium regundorum. Idem & de actione familiæ erciscundæ dicit *l. 22. § pen. tit. seq.* & de actione communi diuidundo *l. 4. §. pen. comm. diuid.* nimirum eas esse actiones in rem, sed mutuari quædam ex actionibus personalibus, & vt cautius dicitur in *§ quædam, Inst. de action.* mixtam causam eas habere videri potius, quam mixtas esse: nam & duæ differentes species in eodem indiuiduo esse non possunt, species non miscentur: si miscerentur, fieret, vt essentiæ intenderentur, ac remitterentur, at essentiæ partitionem non recipiunt. Sequitur ex eodem libro & eod. tit. lex 4. fin. reg.

Ad l. 4. fin. regund.

Sed & loci vnius controuersia in partes scindi adiudicationibus potest, prout cuiusque dominium in eo loco iudex compererit. §. 1. In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, quod interest. Quid enim si quis aliquam vtilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? Inique damnatio eo nomine fiet: sed etsi mensor ab altero solo conductus sit: condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis. 2. §. Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam & culpa, & dolus exinde præstantur, sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit: & lucrari eum oportet, si eos consumpsit: aut mala fide: & condici oportet. 3. §. Sed etsi quis iudici non pareat in succidenda arbore, vel ædificio in fine posito deponendo, parteue eius: condemnabitur. 4. §. Si dicantur termini deiecti, vel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest. 5. §. Si alter fundus duorum, alter trium sit: potest iudex vni parti adiudicare

locum, de quo quæritur, licet plures dominos habeat: quoniam magis fundo, quam personis adiudicari fines intelliguntur. hic autem, cum sit adiudicatio pluribus, vnusquisque portionem habebit, quam in fundo habet: & pro indiuiso. 6. §. Qui communem fundum habent, inter se non condemnantur: neque enim inter ipsos accipi videtur iudicium. 7. §. Si communem fundum ego, & tu habemus: & vicinum fundum ego solus: an finium regundorum iudicium accipere possumus: & scribit Pomponius, non posse nos accipere, quia ego & socius meus in hac actione aduersarij esse non possumus, sed vnius loco habemur. Idem Pompon. vtile quidem iudicium dandum dicit: cum possit, qui proprium habeat, vel communem, vel proprium fundum alienare, & sic experiri. 8. §. Non solum autem inter duos fundos, verumetiam inter tres, pluresque fundos accipi iudicium finium regundorum potest, vt puta, singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte, vel quatuor. 9. §. Finium regundorum actio & in agris vectigalibus, & inter eos, qui vsumfructum habent, vel fructuarium, & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos, qui iure pignoris possident, competere potest. 10. §. Hoc iudicium locum habet in confinio prædiorum rusticorum: vrbanorum displicuit: neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur: & ea communibus parietibus plerunque disterminantur, & ideo, etsi in agris ædificia iuncta sint, locus huic actioni non erit, & in vrbe hortorum latitudo contingere potest, vt etiam finium regundorum agi possit. 11. §. Siue via publica interuenit, confinium non intelligitur: & ideo finium regundorum agi non potest.

Sciendum est, aliam esse controuersiam de fine, aliam de loco, quod ex Frontini & Vrbici libris de limitibus agrorum notissimum est, & ex *l. pen. C. eod. tit.* illo loco, & *finalis iurgij, vel locorum.* Controuersia de fine, vt iidem auctores limitum docent, est de latitudine quinque pedum, qui ex legibus, finibus relinquendi sunt determinandis: Controuersia de loco, est de maiore latitudine. Vtraque controuersia, est de latitudine, *l. vlt. de pign. act.* Et de vtraque idem iudex cognoscit. Et officio eiusdem iudicis vtraque finitur adiudicationibus, & condemnationibus, si obscurata est facies finium & locorum, vt eius obscuritatis amouendæ gratia necesse sit nouam rationem iniri, nouos fines constitui, ex alterius vicini agro parte aliqua adiudicata alterius agri domino, & vicissim certa pecunia condemnato ei, cuius agri pars adiudicatur. Et hoc est quod ait Paulus initio *l. 4. Sed & loci vnius controuersia*, id est, non finium tantum, sed & loci vnius controuersia in partes scindi, & ita dirimi, diuidi adiudicationibus potest, prout cuiusque dominium in eo loco iudex compererit. Et ad adiudicationes huiusmodi pertinet etiam *§. si alter fundus, inf. in hac lege.* Post hæc in hac l. 4. Paulus exemplis quibusdam docet, personales præstationes quasdam venire, & deduci in iudicium finium regundorum, veluti vt præstetur quanti interest vicini, puta quod ex eo loco, quem eius esse apparet, alter vicinus lucratus est: vt si alter vicinus ex eo loco poma decerpserit, qua appellatione omnes fructus significantur, si ex eo loco ligna deciderit, deiecerit. Quos fructus, quia sine cura & labore nostro proueniunt, etiam bonæ fidei possessor domino loci restituere debet, *l. fructus, de vsur.* Et vt ait, *non inique eo nomine damnatio fiet.* Sic legunt auctores limitum, in quorum libris totus hic titulus exstat. Legunt enim, *non inique.* In aliis desideratur negatio, qua tamen omissa etiam idem sensus existit, si modo in fine huius clausulæ apponatur interrogationis nota. Item in hoc iudicium venire, vt honorarium quod agrimensori, siue finitori vicinus præstitit in solidum, id a vicino, cum quo ei lis est de finibus, pro parte consequatur, quoniam vterque debet conferre ad honorarium siue mercedem mensoris. Merces dicitur hoc loco, quod honorarium *l. 1. §. 1. si mensor. fal. mod.* Et honestius honorarium, quia Geometria ars est liberalis, quam mensores profitentur. Et in honorem eius, hoc etiam eis datum est constitutione Theodosij & Valentiniani, quæ exstat apud Iulium Frontinum, vt si eam artem profiteantur & doceant publice, *spectabiles* vocentur: si nondum profiteantur, clarissimi tantum. Hos mensores iudex finium regundorum adhibere solet plerumque, & dirigere ad loca, de quibus est controuersia *l. 8. §. vl. h. tit. l. 3. C. eod.* Quod fit sumptibus vtriusque vicini, vtriusque partis, vtraque mercedem mensoribus, id est, honorarium præbente, & quod dicebatur *pulueraticum*, quasi pro docto puluere, pro parte quisque sua, adeo vt si vnus prorogauerit solidum honorarium, hoc veniat in actionem finium regundorum, vt partem honorarij repetat a vicino. Veniunt etiam in hoc iudicium, & in restitutionem, omnimodo fructus post litem contestatam labore & impendio nostro percepti, quos vocant ἐργχομένυς, illos αὐτομάτυς, qui sine labore, vel sumptu nostro proueniunt. Venire igitur omnimodo fructus post litem contestatam perceptos, quia post litem contestatam omnis causa venit, & dolus & culpa omnis, *§. post litem*, vbi additur, *ante litem contestatam perceptos non omnimodo venire in iudicium finium regundorum*, quia dicit, *non omnimodo venire*, significat venire quidem, sed non omnes indistincte venire. Idque mox declarat, quoniam bona fide perceptos, & consumptos lucratur is, qui percepit & consumpsit, nec eorum ab eo vlla ratio reposcitur: mala autem fide percepti, & consumpti ei condicuntur, quasi sine causa, vel ex iniusta causa percepti, vt *l. 3. C. de cond. ex lege.* Exstantes autem venire etiam perceptos ante litem contestatam.

Ad l. penult. fam. ercisc.

Non solum in finium regundorum, sed & famil. ercisc. iudicio præteriti quoque temporis fructus veniunt.

ET hoc loco omnino coniungenda est lex *pen. tit. seq.* quæ est ex eodem lib. & ait: Non solum in finium regundorum, sed etiam in famil. ercisc. iudicio præteriti quoque temporis, id est, ante litem contestatam fructus venire. Quod confirmat etiam *l. inter §. fructus, & l. fundus qui, eod. & §. si familiæ, Inst. de offi. iud.* Veniunt igitur, vt iterum dicam, in actionem finium regundorum etiam fructus percepti ante litem contestatam, qui modo exstant, nec consumpti sunt: veniunt etiam absque dubio, vt ante dixi, fructus percepti ante litem contestatam, sine cura vlla, aut sudore, id est, αὐτομάτυς.

Ad §. sed & si quis.

SEquitur in *§. sed etsi quis*, contumaciæ quoque nomine in iudicio finium regundorum condemnationem fieri, veluti si quis iudici non pareat in succidenda arbore, quæ confundit forte, & obscurat rationem finium, iudice iubente eam succidi: vel si non pareat iudici in deponendo ædificio in fine posito, & in ponenda parte eius, quæ finium perspicuitati officit. Adde aliam speciem contumaciæ ex *§. vlt. Inst. de offic. iud.* si iubente iudice agros suos metiri non patiatur, si missum agrimensorem non admittat. Hæc sunt apertissima. Apertissimum est etiam, quod sequitur, si dicantur, inquit, termini deiecti, aut exarati. Ait iudicem, qui de crimine cognoscit, id est, de termino moto, quem veluti sacrum mouere nefas est, de termino deiecto, vel exarato (de exarato termino est lex Numæ apud Festum.) eum, inquam, iudicem qui de termino moto cognoscit, de crimine termini moti, etiam de finib. cognoscere, & fines regere posse, siue distinguere. Et similiter dicam ex hoc loco, eum, qui cognoscit de latrocinio, & de bonis a latrone ereptis cognoscere posse, etiam si iudex sit, cui data tantum sit notio criminum, non notio causæ pecuniariæ: Nam ratione connexi, qui de crimine cognoscit, etiam cognoscit de pecunia, quæ per causam eius criminis alij erepta est. His adiicit Paulus, de adiudicatione in hoc iudicio, eam pluribus fieri posse, vt si vicini fundi tres sint domini,

domini, qui mecum tantum, vel mecum, & cum socio meo certent de loco, potest iudex illis tribus locum, de quo quæritur, adiudicare, re æstimata iusto pretio, quia vnius loco habentur, vt ait in §. *si communem inf.* Vnus est fundus communis inter eos pro indiuiso, vna pars, cui locus adiudicatur, non personis. Recte: Nam & hoc iudicium recte dicitur accipi inter fundos, non inter personas §. *non solum, inf.* Si adiudicatio fieret personis, videretur omnino iudicium accipi inter personas potius, quam inter fundos, nec tam expedire, tamve iure adiudicatio fieri posset pluribus personis, quam vni fundo, vt seqq. iudiciis famil. ercisc. & communi diuidundo. Si sint plures ex vna parte, vel ex vtraque, adiudicatio non fit pluribus, sed singulis sua quæque res adiudicatur in solidum. Denique adiudicatio non fit pluribus simul. Et ita hoc iudicium non fit pluribus, quia fundo potius fieri videtur communi plurium, in quo & plures illi vnius loco habentur. Quam autem quisque partem pro indiuiso in fundo habet, eam quoque proculdubio habet in parte adiudicata. Pars adiudicata sequitur ius fundi, cui adiudicatur, non personæ, Si adiudicaretur personis, quisque haberet in re adiudicata partem æqualem, partem virilem, sed hoc casu habebit inæqualem, si in fundo partes, quas habent inter se, sint inæquales. Et hæc de sententia §. *sed & si quis.*

Ad §. si alter fundus.

SI fundi vicini tres sint domini, qui certent de fine, vel de loco, cum duobus dominis alterius fundi: his vel illis licet plures sint, iudex potest adiudicare locum, de quo quæritur re æstimata iusto pretio. Pluribus ergo in hoc iudicio eiusdem rei adiudicatio fieri potest pro indiuiso, & tamen in iudiciis sequentibus fam. ercis. & communi diuidundo adiudicatio eiusdem rei pluribus fieri non potest pro indiuiso, ne scilic. qui iudex sumptus est tollendæ communionis, iudex diuisionis ipse nouam communionem inducat, sed debet iudex singulis res singulas adiudicare in solidum, vel vnius rei certam cuique partem, vel si fundus sit diuisus regionibus, regionem cuique suam, vt §. *si familiæ, Instit. de offic. iud.* Et vno tantum casu in his iudiciis famil. ercisc. & commun. diuid. vt pluribus eiusdem rei adiudicatio fiat pro indiuiso necessitas facit, videlicet si pluribus coheredib. vel sociis vnius rei, præceptio testamento relicta sit, *l. 22. §. 1. tit. seq.* Cur vero in iudicio finium regund. pluribus eadem res pro indiuiso adiudicari possit, ratio hæc est, quia iudicium fin. regund. inter fundos confines potius accipitur, quam inter personas litigantium, siue iurgantium, vt §. *non solum, inf.* Ac proinde adiudicatio fit, si qua fit fundo potius communi plurium, vel parti fundi, quam personæ, & fundus vnus est, parsue fundi vna, cui ex altero fundo vicini, aut vicinorum fundus aut fines adiudicantur. Quo fit vt & plures domini vnius fundi pro indiuiso, in hoc iudicio vnius loco habeantur, quia vnus est fundus, qui adiudicatur, non plures, §. *si communem, inf.* Et quemadmodum Paulus ait in *hoc* §. *si alter*, eo etiam fit, vt quam quisque partem habet in fundo communi (fac habere diuersas & inæquales, vnum dimidiam, alterum tertiam, alium quartam) eam quoque partem habeat in loco adiudicato, qui si adiudicaretur personis, non fundo, adiudicari intelligeretur ex æquis partibus: vbi enim non sunt adscriptæ partes, semper æque intelliguntur, *l. 29. in princ. pro soc. l. legata inutiliter* §. *vlt. de leg. 1. l. quoties* §. *heredes, de hered. instit.* Et ita meo quidem iudicio facilima videtur esse sententia §. *si alter.*

Ad §. qui communem.

QVi communem, inquit, &c. An hic est sensus horum verborum, non posse in vno eodemque fundo communi pro indiuiso inter socios accipi iudicium finium regundorum? Non sane, non hic est sensus, nec grauis, vt est, auctor Paulus esset, si hoc scriberet, quod nemo non videt, non nouit, vbi nulli sunt fines, iudicium de finibus esse non posse. Quod si hic non est sensus, est igitur horum verborum sensus hic qui sequitur, quia tertius applicari non potest, is, inquam, qui sequitur, & qui statim proponitur in §. *si communem.* Verba illa, *qui communem fundum habent*, vt paulo inf. demonstrabo, sunt Sabini cuius subiicitur interpretatio ex libris Pomponij ad Sabinum, statim in §. *si communem*, nempe hæc interpretatio, vt si ego & tu communem fundum habemus, & ego solus in confinio proprium meum habeam fundum, inter nos iudicium de finibus regundis fundi communis, & fundi proprij neque directum, neque vtile reddi possit, quia quod ad hanc actionem attinet, in fundo communi qui vnus est, & nos vnius loco habemur, non potest autem iurgium siue lis esse inter vnum, non potest esse nisi inter duos, denique ego & tu non possumus in hac actione aduersarij esse, quia vnius loco habemur. Itaque si velim regi fines fundi communis & fundi proprij mei, vel debeo partem, quam habeo in fundo communi vendere, vel fundum proprium: si vendidero partem fundi communis, agam cum emptore & socio eius, nomine fundi mei proprij, de finibus regundis: si vendidero fundum proprium, ego & socius meus, nomine communis fundi cum emptore agemus finium regund. Et hoc Paulus ex Pom. tradit in hoc §. *si communem.* Ex quo intelligimus, tantum abesse. vt venditor emptori teneatur de euictione ob controuersiam finium, quam ei extraneus facit, nec enim ideo venditor tenetur de euictione, licet in quæstione finium vincat extraneus, lis finalis non pertinet ad venditorem, *l. 19. C. de euict.* Tantum vero abesse, vt teneatur venditor emptori de euictione euictis finib. ab extraneo, vt etiam ipse venditor emptori finium controuersiam facere possit, qui tamen de proprietate frustra ei moueret controuersiam, *l. vindicantem, inf. de euict.* Et recte ait Pom. in hoc §. in hac actione: nam in aliis actionibus aliud dicendum est, veluti in actione, quæ de seruitutibus prædiorum competit, aliud dicendum est. Si enim ego & tu prædium commune habeamus, & vicinum prædium ego solus, & ex prædio communi in meum proprium aliquid non iure sit immissum, inter nos possumus accipere de seruitute iudicium, me negante, ius esse in meum immittendi, *l. sed si inter me, de seruit. vrb. præd. l. si cum meus* §. *1. si seruit. vindic.* Aliud etiam dicendum est in actione aquæ pluuiæ arcendæ: nam si communi agro meo & tuo ex agro tuo proprio aqua pluuia decurrens noceat, vel contra, si agro tuo proprio ex agro communi, inter nos accipere possumus iudicium aquæ pluu. arcendæ, vt pars damni præstetur, l. 6. §. *inde quæritur*, *l. 11.* §. *pen. de aq. & aqua pluu. arc.* Videamus quamobrem & inter nos accipere non possumus ne vtile quidem iudicium finium regund. Iam reddidi specialem rationem, videamus quæ sit ratio differentiæ. Ratio differentiæ inter has actiones mihi hæc esse videtur: Quia seruitutes diutino vsu, & longo tempore acquiri possunt, *l. si quis diuturno, si seruit. vindic.* atque etiam vsucapi possunt cum prædiis, *l. 10.* §. *1. de vsurp. & vsucap.* Finium autem, qui quinque pedibus circumscribuntur ex 12. tab. & ex l. Manilia, neque vsucapio est, vt M. Tullius scribit 1. de legibus, neque præscriptio longi temporis, *l. pen. C. fin. reg.* Vnde si fines fundi communis inter me & te, & fundi mei proprij confusi aut perturbati manserint diutino tempore, nihil damni facimus, quia latitudo, vel causa finium tempore non perimitur. Sed si ex prædio communi, quid immissum sit in proprium, vel si opere a te facto paries communis incumbat in prædium meum, aut vice versa, si quid ex prædio meo proprio immittatur & incumbat in commune, vel si ex communi prædio aqua pluuia decurrens noceat prædio meo, vel contra, periculum est ne vsucapione, vel præscriptione longi temporis ius meum minuatur, & rem perdam quæ ad me pertinet. Itaque his casibus vtilitas exigit, vt inter nos de seruitute, vel de aqua nobis agere liceat,

d.l.sed si inter me. mihi,inquit, tecum agere licebit actione negatoria, aut rem perdere. sane si non egero, rem perdidero. Quod periculum rei perdundæ nullum subest in causa finali, in causa finium, quia nullo tempore perimitur. Et hæc quidem de seruitutum vindicationibus relata sunt ex Pomponij 33.ad Sabinum in *d.l.sed si inter, & d.l.si cum meus*, quæ est etiam ex eodem libro. Quare facile adducor vt credam, & quæ Paulus ex Pomponio tradit in hoc §.*si communem* de actione fin. reg. sumpta esse ex illo Pomponij lib. ad Sabinum,in quo Pomponius superiores actiones inter se contulerit, id est, actionem finium reg. cum ceteris,& ex eodem lib.Pomponij repetitis his Sabini verbis, *qui communem fundum habent*, & mox subiectam fuisse interpretationem Pomponij, *si communem fundum ego & tu habemus, &c.* Denique §.*si communem*, est interpretatio §. *prox. super.* qui quidem proponit sententiam Sabini. Et de his hactenus.

Ad §. non solum.

SEquitur in §.*non solum*, iudicium finium regundorum accipi non tantum inter duos fundos,sed & inter tres, aut plures. Fac tres aut quatuor fundos esse confines fundis totidem, ita vt fiat trifinium, & quadrifinium, hoc perinde est, ac si diceret Paulus, secundum idioma mensorum, non solum ad confinium, sed & ad trifinium, & quadrifinium pertinere iudicium finium regundorum.

Ad §. finium.

MOx additur in §.*finium*, hoc quoque iudicium non tantum pertinere ad agros, qui dominij nostri sunt, sed etiam ad agros vectigales,id est,emphyteuticarios, vel quod idem est fere, non in Italia tantum huic actioni locum esse inter dominos prædiorum, sed etiam in prouinciis,inter possessores vectigalium,vt & sequentibus iudiciis familiæ erciscundæ & communi diuid.*l.10.tit.seq.l.7.comm. diuid.*Itemque iudicio finium regund.locum esse inter fructuarios vicinorum fundorum, & inter fructuarium vnius fundi, & dominum alterius fundi vicini, & inter creditores, qui iure pignoris confinia singuli separatim prædia possident: Nam & horum omnium interest fines regi, finium constare rationem. Et his etiam accommodantur fundorum ipsorum vindicationes vtiles.

Ad §. vltimum.

IN §. vlt. ostenditur, hanc actionem locum habere in confinio tantum prædiorum rusticorum: quod etiam supra ostendit *l. 2. h. tit.* his verbis: *hæc actio pertinet ad prædia rustica, quamuis ædificia interueniant*, vt scil.in confinio poni aliquando ædificia indicat §.*sed & si quis*, huius legis:& locum igitur hanc actionem non habere in prædiis vrbanis. M. Tullius in Top. *in vrbe fines non regi.* Neque enim,inquit Paulus, qui prædia vrbana possident,confines sunt, sed magis vicini dicuntur. Quare minus proprie loquimur, quum dicimus hanc actionem reddi inter vicinos. Vicinos,inquit,accipimus pro agris vicinis siue confinibus qui & adfines dicuntur,*l.pen hoc tit.*demonstrationem adfinium, id est possessionem adfinium, nouos fines inter fundos constituere. Et illo loco Sallustij: *Vt quisque potentiori adfinis erat, sedibus pellebatur.* Quod fit frequentissime. Et addit Paulus,prædia etiam vrbana non finibus,sed plerumque communibus parietibus disterminari. Quocirca plerumque in prædiis vrbanis locum non habere actionem finium regund.sed de communibus parietibus agi communi diuidundo,vt *l.4. de seruit.leg. l.si ædes, comm.prædior.* Aliquando tamen,quod notandum, in prædiis rusticis locum non habet actio finium regundorum, vt si in agris ædificia multa coniuncta sint, quæ communibus parietibus disterminentur: & vice versa aliquando in prædiis vrbanis hæc actio locum habet, vt si hortorum latitudo, qui in vrbe sunt,id ferat & exigat, de hortorum finibus regundis quæretur hoc iudicio etiam in vrbe. Et postremo docet Paulus,agros confines non videri, si intercedat via publica,aut flumen publicum: & ideo inter eos accipi non posse iudicium finium regund.quia magis est in confinio flumen, vel via publica, quam ager vicini. Florentiæ scriptum est hoc modo, *siue via publica interuenit*: sed lex, quæ sequitur,& auctores limitum ostendunt esse legendum, *siue flumen, siue via publica.*

Ad l. 6. eod.

Sed si riuus priuatus interuenerit, finium regund. agi potest.

NEc omittendum quod ait lex 6.ex eodem libro Pauli, riuum priuatum,puta meum proprium,qui intercedit inter meum & tuum agrum,non impedire actionem finium regundorum, quo minus instituatur inter tuum & meum agrum: quia cuius riuus est in confinio,& ager eius in confinio esse videtur. Est enim latitudo riui adeo parua, vt nulla esse videatur.

Ad leg. 9. famil. ercisc.

Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes vsuceperint, cum defuncto tradita essent: hæ quoque res, quæ heredibus traditæ sunt, cum defunctus emisset.

POst actionem finium regund. quæ redditur inter adfines vt de limitibus quæstio dirimatur, dicendum est de actione fam.ercisc.quæ redditur inter coheredes,vt a communione discedatur: & explicanda omnia sunt,quæ in hoc lib.23.de hac actione scribit Paul.*l.9.11.15.21.& 23.*quę sunt præcipue de iis, quæ in hoc iudicium veniunt, aut non veniunt. Et in l. 9. statim docet, in hoc iudicium venire non tantum bona, quæ defuncti, cum is moreretur, fuerint,vt diuidantur, sed etiam bona, quæ defuncti nunquam fuerunt, vt res defuncto bona fide accipienti tradita a non domino ex iusta causa acquirendi dominij, & vsucapta non ab eo ipso,sed ab herede eius,nimirum impleta ab herede vsucapione a defuncto cœpta. Itemque res emptæ a defuncto & a domino,eodemque venditore, traditæ heredi eius, traditione facta heredi, quæ defuncti non fuerunt, hæ res neque sunt hereditariæ,neque ex hereditate, siue ex rebus hereditariis. Qua de causa nec veniunt in petitionem hereditatis, *l. & non tantum §. quod si pro emptore, de petit.hered.*& veniunt tamen in actione fam. ercisc. vt diuidantur. Latius patet familiæ, quam hereditatis nomen. Familiæ appellatio comprehendit omnia quæcunque a defuncto profecta sunt, licet dominium eorum penes defunctum non fuerit, sed post mortem eius penes heredem esse cœperit. Hereditatis autem nomen comprehendit tantum ea, quæ in iure & dominio defuncti fuerunt. Sic igitur res vsucaptæ ab herede, vel quas defunctus cœperat bona fide possidere ex iusta causa, vel res traditæ a domino heredi,quas defunctus emerat,veniunt quidem in iudicium fam.ercisc.vt diuidantur,sed non etiam in petitionem hereditatis, vt restituantur. Neque obstat huic sententiæ lex 25. §.*pen. de petit. hered.* quæ ait, Senatusc. Adrianum quod factum est de petitione hereditatis, etiam in famil. ercisc. iudicio locum habere, & quæcunque peti possunt, & diuidi posse, Nihil obstat, inquam, quia ille §. pen. loquitur de iis tantum, quæ illo Senatusconsulto cauentur venire in petitionem hereditatis, veluti fructus rerum hereditariarum, vel pecunias redactas ex pretio rerum ex hereditate venditarum: & omnia augmenta hereditatis, quæ etiam proculdubio veniunt in actionem fam. ercisc. vt diuidantur.

dantur. At non loquitur ille §. penult. de ceteris omnibus rebus, quæ in hereditatis petitionem veniunt, quæ omnes etiam non veniunt in familiæ erciscundæ iudicium. Vt nomina & cautiones veniunt in petitionem hereditatis, vt præstentur actori siue restituantur, non veniunt tamen in actionem familiæ erciscundæ vt diuidantur, quia ipso iure diuisa sunt inter coheredes ex l.12.tab.pro hereditariis portionibus, *l. fundus qui dotis* §.*vlt. inf. h. t.* Item pecunia ab statulibero vni ex heredibus conditionis implendæ gratia data de peculio, venit in petitionem hereditatis, sed non etiam in actionem famil.erciscundæ. Cuius differentiæ rationem exponam in *l.* 21. Item vsusfructus venit in petitionem hereditatis, in actionem famil.erc. non venit, ipso iure scil. sed officio iudicis tantum adhibito cautionum remedio quodam, quod ostenditur in *l.* 15. Ac præterea, quod ait ille §. penult. quæcumque peti possunt, & diuidi ea posse, verum quidem est, vt hic proponitur: sed ex diuerso non est verum, vt quæ diuidi possunt, peti possint. Res quas heredes vsuceperunt, vt ait hæc l.9. per actionem famil.erc. diuidi possunt, sed non etiam peti. Itaque sermo ille §.*pen.l.25.de petit.hered.* non conuertitur. Quod & ibi notauerunt Græci his verbis, ὐκ ἀντιστρέφει ὁ λόγος.

Ad l. 11. eod.

Partum quoque editum, & post aditam hereditatem.

QVod tamen Paulus ait in *l.* 11. *h. t.* partum ex ancilla hereditaria etiam post aditam hereditatem editum venire in iudicium fam. ercisc. verum est, eundem etiam partum venire in petitionem hereditatis quasi augmentum hereditatis, quia ex ipsa hereditate est, ex ancilla hereditaria, *l. item veniunt* §. *item non solum*, *de petit.hered.* Et hoc certissimum est. At de vsufructu dubitatur maxime, an veniat in iudicium familiæ erciscundæ. Prima facie videtur venire posse, quia diuisionem recipit, *l.1.§.si vsusfructus, ad leg.Falcid.* non quidem vsusfr. quem defunctus habuit, qui simul cum eo interiit, sed vsusfructus, qui cœpit ab heredibus, vt si fundus ab heredibus legatus sit deducto vsufructu: nam ex hac causa in heredum persona nunc primum vsusfructus constitui potest, & legatario proprietas nuda præstatur. Idemque euenit, si ante aditam hereditatem, in qua est seruus, seruo hereditario legatus sit vsusfructus, quod legatum valet, & adita hereditate eius, qui legauit vsumfructum, eius legati dies cedit vtiliter, si modo, quod notandum est, & iam ante hereditatem, in qua seruus ille est, heredes adierint, in quorum persona constitui vsusfructus possit: nec enim potest esse vsusfructus sine persona, cui debeatur, cuique cohæreat, quia ius personale est, *l.vsusfructus de stip.seru.l.si seruo, quib.mod.vsusfr.amit. l.1.§. dies, quando dies vsusfr. leg.ced.* At contra hic etiam vsusfruct. qui cœpit ab heredibus videtur non posse diuidi inter coheredes, vel, vt diuidatur, ferri in iudicium familiæ erciscundæ, quia hoc fieri non potest sine interitu eius: quia per diuisionem vsusfructus a personis discedit, quibus inhæsit initio, quod fieri non potest sine interitu eius, vt eleganter Paulus ait in *l.* 15. Et ideo verissimum est, eum vsumfructum ipso iure diuidi non posse, quia non potest eius diuisio fieri sine commutatione personarum. Et commutatio personarum interitus est vsusfructus. Sed quod ipso iure fieri non potest, vt ostenditur in *l.* 16. *in principio*, facile fiet remedio cautionum interpositarum officio iudicis: facile fiet, inquam, vt discedant a communione vsusfructus, puta si caueant sibi inuicem qualiter fruantur, si dicant sibi inuicem certas leges, demonstrentque certas regiones quibus fruantur, vt ne plus sibi quisquam adroget, quam inter eos conuenerat. sæpe quod iure fieri non potest, fit remedio cautionis. Aliud exemplum attulisse satis erit. Non potest constitui vsusfructus eius rei quæ vsu consumitur, quia in abusu est: non in vsu, vt vini, frumenti vsusfructus iure, aut natura constitui non potest. Constituitur tamen remedio cautionis, si is, cui legatus est, exempli gratia, vsusfructus vini, quod ex illo fundo percipietur, vel quod est in ἀποθήκῃ, vinum sibi vindicet, & caueat de æque bono restituendo, quum finitus aut amissus vsusfructus erit. Et ita remedio cautionis fit, vt vsusfructus qui ipso iure inter coheredes non potest diuidi, quodammodo diuidatur. Ad hæc si quæras, an vsusfructus veniat in petitionem hereditatis, dicam statim & breuiter, non venire quidem eum vsumfructum, quem defunctus habuit, quia morte eius finitus est, sed venire eum, qui cœpit ab herede, vt si deducto vsufructu, ab herede fundus legatus sit, vel si seruo hereditario vsusfructus legatus sit, quia ad heredem pertinet iure hereditario. Et alia est ratio seruitutum prædialium, quæ non veniunt in petitionem hereditatis, quia nihil eo nomine restitui potest: fructus restitui possunt, *l. & non tantum* §. *vlt. de pet. hered.* Et ideo vsusfructus venit in petitionem hereditatis, qui tamen non omnino venit, non iure, vt dixi, venit in actionem fam. ercisc. Simile aliud addamus ex *l.* 20. §. *vlt. inf. h. t.* in fam. ercisc. iudicium non venit, quod statuliber vni ex heredibus dedit de peculio conditionis implendæ causa. Fac libertatem seruo datam pluribus heredibus institutis sub conditione, si Mæuio vni ex heredib. dederit decem, & ei dedisse 10. de peculio suo, vt potest, *l.13.§.1.de statulib.l.3.§.vlt.de cond. caus. data.* Quæro an Mæuius debeat pecuniam acceptam de peculio statuliberi communicare coheredibus, an deinde, quasi communem in diuisionem deducere? Et constat non debere, quia totam eam pecuniam Mæuium habere defunctus voluit, in cuius persona conditionem dandæ pecuniæ impleri voluit a statulibero, si vellet ad libertatem peruenire. Arbiter familiæ erciscundæ omnimodo conseruare debet voluntatem defuncti. Eam igitur pecuniam de peculio a statulibero datam vni ex heredibus conditionis implendæ causa, non venire in iudicium familiæ erciscundæ. Et venit tamen in petitionem hereditatis, *l.13.§.sed Sabinus, de pet.hered.* quia hereditaria pecunia est, quæ datur de peculio, quod remanet in hereditate, qua ratione & heredi in Falcid. imputatur, *l. id autem quod, ad l. Falcid.* & venit in restitutionem fideicommissariæ hereditatis, *l.quod statuliber, de mort.caus.donat.* Atque ita hoc etiam casu, quod venit in petitionem hereditatis, non venit in iudicium fam. ercisc.

Ad l. 21. eod.

Idem & in communi diuidundo.

ET subiicit Paulus in l. 21. pecuniam quoque illam, quam statuliber vni ex heredibus dedit, non venire in iudicium communi diuidundo, quod scil. in rebus communibus concurrit cum iudicio familiæ erciscundæ, *l.inter.inf. h.t.* Et fere quod seruatur in iudicio fam. ercisc. idem seruatur in iudicio communi diuidundo.

Ad l. 23. eod.

Propter spem postliminij, scilicet cum cautione: quia possunt non reuerti, nisi si tantum æstimatus sit dubius euentus.

SEquitur in *l.* 23. in iudicium familiæ ercisc. venire etiam rem, quæ est apud hostes, & consequenter eius rei nomine in hoc iudicium venire præstationes quoque personales, vt si quid vnus ex heredibus ex ea re solus perceperit antequam veniret in potestatem hostium: vel si quid in eam rem impenderit solus. Et sane si rei peremptæ præstationes veniunt in iudicium familiæ ercisc. vel communi diuid. *vt l.24. & 31.h.t.& l.11.tit.seq.* & multo magis veniunt præstationes rei, quæ est apud hostes incolumis. denique res, quæ est apud hostes, & consequenter præstationes eius rei veniunt in iud. famil. ercisc. Vtrumque venit hac ratione, vt Paulus ait in hac *l.* 23. propter spem postliminij, quia spes est fore, vt eam rem recipiamus virtute nostra & recuperemus, vel extorqueamus ab hostibus: ergo propter spem postliminij, ea res quæ est apud hostes,

eiusque rei præstationes, id est, causæ, quæ ex ea re pendent, in hoc iudicium veniunt. hæc spes etiam facit, vt ea res quæ est apud hostes, legari possit, *l.9.l.seruus ab hostibus, de leg.*1. vt vendi, vt promitti possit, *l.vlt.de action. emp.l.qui res §.vlt.de solut.* vt libertas possit dari seruo, qui est apud hostes, *l.si serui, de manumiss. testam. l. serui qui apud hostes, ad leg. Falcid.* Ergo & adiudicari potest ea res, quæ est apud hostes ab arbitro famil. ercisc. æstimata iusto pretio. Nam adiudicatio fit verbo tantum, non re. Virtus populi Rom. facit, vt qui apud hostes sunt, pro præsentibus habeantur, quasi certa spe postliminij: & quasi bonum omen, bona scæua victoriæ accipitur de verbis iudicis, qui rem adiudicat, quæ est apud hostes, aut de verbis testatoris, qui eam rem legat, quive seruum captum ab hostib. nec dum reuersum liberum esse iussit. In hoc autem iudicio eam rem, quæ est apud hostes, Paulus, dicit in hac l. 23. adiudicari cum cautione de indemnitate in hunc casum, si forte ea res ab hostibus recuperari non potuerit: vt si is, cui ea res adiudicatur iusto, pretio æstimata, vt fit, non maiorem partem habeat, quam æquum sit, ideo ei adiudicatur ea res, quæ nondum rediit in potestatem nostram cum cautione indemnem damno seruari eum, cui adiudicatur, si forte nunquam reciperare potuerit. Sed addit exceptionem, *nisi*, si, inquit, *tantum æstimatus sit dubius euentus*. Fac seruum qui est apud hostes, dignum esse 20. & adiudicari non pro viginti, non iusto pro pretio, sed pro 10. tantum, propter incertum postliminij: quia potest non reciperari ab hostib. aut non reuerti: atque ita fac paruo æstimatum eum seruum fuisse adiudicatum vni ex heredib. pro 10. tantum propter dubium euentum, id est, propter incertum postliminij: suscepisse videtur in se omnem euentum, qui paruo æstimatum accepit: & ideo cauendum ei non est de indemnitate: multum interest, vtrum ipse seruus æstimetur iusto pretio, an viliore propter incertum & dubium euentum. Et eleganter Basilica hæc verba Pauli, *nisi si tantum æstimatus sit dubius euentus*, sic interpretantur, εἰ μὴ ἄρα διὰ τὸ ἀμφίβολον ὀλίγου διετιμήθη, id est *nisi, propter ambiguum, & incertum,* (post liminij scilicet) *seruus paruo æstimatus sit.*

Ad leg. 25. eod. tit.

Heredes eius qui apud hostes decessit, hoc iudicium experiri possunt. 1. §. *Si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit: non est locus famil. ercisc. iudicio: Diuisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium, quemadmodum cessat famil. ercisc. iudicium, cum nihil in corporibus sed omnia in nominibus sunt.* 2. §. *Quantum vero ad accipiendum famil. ercisc. iudicium, nihil interest, possideat quis hereditatem, nec ne.* 3. §. *De plurib. hereditatib. quæ inter eosdem ex diuersis causis communes sint, vnum famil. ercisc. iudicium sumi potest.* 4. §. *Si inter me & te Titiana hereditas communis sit: inter me autem, & te & Titium Seiana, posse vnum iudicium accipi inter tres, Pomponius scribit.* 5. §. *Item, si plures hereditates inter nos communes sunt, possumus de vna famil. ercisc. iudicium experiri.* 5. §. *Si testator rem communem cum extraneo habebat, siue rei suæ partem alicui legauit, aut heres ante iudicium famil. ercisc. acceptum, partem suam alienauit: ad officium iudicis pertinet, vt eam partem quæ testatoris fuit, alicui iubeat tradi.* 7. §. *Quod pro emptore, vel pro donato (puta) coheredes possident, in famil. ercisc. iudicium venire negat Pomponius.* 8. §. *Idem scribit: cum ego, & tu heredes Titio exstitissemus: si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, a Sempronio petieris: & victus fueris: mox eandem partem a Sempronio emero, & traditus mihi fuerit: agente te famil. ercisc. iudicio, non veniet, non solum hoc quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore: Cum enim per iudicem priorem appar.uit, totam non esse hereditatis: quemadmodum in familiæ erciscundæ iudicium veniat?*

HÆc lex multa & varia continet de iudicio famil. ercisc. de his, qui inter se iudicio experiri possunt, vel non possunt, ac nonnihil etiam de reb. quæ in hoc iudicium veniunt, aut non veniunt. Et initio quidem huius l. ostenditur, hoc iudicio experiri posse heredes eius, qui apud hostes decessit. Recte: quia etsi ex *l.12.tab.* is qui apud hostes decessit, heredes non habeat, habet tamen ex l. Cor. vel testamentarios vel legitimos, perinde atque si, ex quo tempore captus est, vita decessisset, nec vnquam in hostium potestatem peruenisset, quod lex Cornelia fingit, *l.10.& 12.§.si quis capiatur, de capt. & postlim. l.filiusfam.ad leg. Falcid.*

Ad §.1.

SEquitur in §. 1. hoc iudicio experiri non posse heredes militis, quorum vnus scriptus est ex bonis castrensibus, alter ex bonis paganis. ratio hæc est, quia quasi duorum hominum duæ hereditates sunt, militis scilicet, & pagani, *l.si certarum §.1. de mil.testam.* Ipso iure, id est, constitutionibus principium inter eos diuiso patrimonio. Ergo nec vlla inter eos existente communione, quæ vbi non existit nec locus est iudicio fam. ercisc. Et pari ratione, si in hereditate pagani qui plures heredes reliquit, omnia consistant in nominib. *en debtes*, id est, in debitis & creditis, in nominibus (vt loquuntur) actiuis & passiuis, nihil consistat in corporibus, heredes hoc iudicio experiri non possunt, quia ipso iure, id est, ex 12. tabul. nomina inter coheredes diuisa sunt in portiones hereditarias, ex quib. heredes sunt, *§.idem iuris, inf. in hac l.l.2.§.vlt.l.4.fundus qui dotis §.vlt.h.t.l.6. C.eod.* Sume exemplum ex Quint. declam. 336. Ego & tu heredes sumus Titij ex inæquis partib. tu ex quadrante, ego ex dodrante: in hereditate sunt centum, quæ defuncto debuit Caius: tu a Caio petere potes 25. duntaxat, ego 75. quia nomen illud Caij lex diuisit in portiones herededitarias, in quadrantem & dodrantem, vel quod idem est in 25. & 75. Vel si in hac hereditate sint 100. quæ defunctus Caio debuerit, Caius a te petere potest 25. duntaxat, a me 75. Iura siue nomina lex 12. tab. diuisit in portiones hereditarias, ergo frustra de iis diuidendis agitur iudicio diuisionis, quale est iudicium famil. ercisc. lex 12. tab. corpora non potuit diuidere: iura potuit diuidere, non corpora, quia in corporib. diuidendis opus est facto vel opera, vel iudicio hominis, puta arbitri familiæ ercisc. Cæterum ea corpora arbiter quoque diuidere debet pro portionibus hereditariis, nisi communionem factis adiudicationibus dirimere ei vtilius & commodius esse videatur.

Ad §. quantum.

SEquitur in hoc §. arbitrum fam. ercisc. dari, vt diuidantur, vt dixi, quæ ipso iure non sunt diuisa, dari aduersus coheredes siue possideant aliquid ex bonis hereditariis, siue nihil. Et hoc distat hæc actio a petitione hereditatis: Nam petitio hereditatis datur tantum aduersus possessorem iuris aut corporis, & qui possidet non quocunque titulo, sed pro herede, vel pro possessore. Actio famil. ercisc. datur etiam aduersus non possessorem, qui scilic. nullum corpus hereditarium possidet: denique & inter eos hoc iudicium accipi potest, qui ex hereditate nihil possident: nam & sine traditione diuisio fieri potest, vt idem iudicium communi diuidundo reddi potest inter socios, etiam si neuter rem, vel res communes possideat, *l.pen. tit.seq.*

Ad §. de plurib.

ADditur in §. *de pluribus*, non de vna tantum hereditate siue familia, sed & de pluribus, quæ inter eosdem ex diuersis causis communes sunt, vnum sumi posse iudicium, vnumque iudicem famil. ercisc. Sicut, quod Accursius notat, ad plures societates sufficit vnum iudicium pro socio, *l. cum duob. §.si plures, pro soc.* Sed hoc in iudicio pro socio facilius est, quia generale est iudicium, *l.38.eod.* Familię appellatione, an etiam familiæ plures continerentur dubitari poterat: Sed magis est, vt contineantur, sicut & titulo superiore dictum est, confinij appellatione etiam trifinium, & quadrifinium contineri. Accursius etiam adducit *l. bona, C. eod.*

C.eod.tit. quasi idem dicat, quod hic *§. de pluribus*, quæ tamen lex certe non loquitur de pluribus hereditatibus, sed de pluribus rebus vnius hereditatis. Et ita nihil pertinet ad hunc casum. Ad plures autem hereditates communes inter eosdem adeo sufficit vnum iudicium fal. ercisc. vt etsi Titiana hereditas sit communis inter me & te, & Seiana, inter me & te & Caium, si in Titiana sumus duo, in Seiana tres de vtraque posse inter nos tres vnum iudicium accipi, ita vt Caius ex Titiana nihil ferat. Hæc est sententia *§. si inter me*, qui sequitur. Sicut autem de pluribus hereditatibus vnum arbitrium sumi potest, vnum iudicium, ita & separatim de vna tantum ex plurib. si coheredes nondum ceteras hereditates diuidere velint, *§. item si plures*. Hæc sunt facilima.

A

B

Ad §. si testator.

QVi etiam sequitur *§. si testator*, & existimatur esse difficilis, facilimus videbitur, & elegantissimus, si vt Accursius fecit, tres casus ponas, non vnum tantum, & aliter tamen explices secundum & tertium, quam fecit Accursius, qua de re inferius: si, inquam, ponas tres casus, non vnum tantum, vt Ioannes fecit. Quorum trium vnus casus hic sit. Si testator rem communem cum extraneo habuit, hoc casu ad officium iudicis famil. ercisc. pertinere ait, vt partem, quæ testatoris fuit, totam iubeat tradi alicui ex heredibus vt fiat communis inter eum & extraneum ne extraneo plures iungantur socij ea parte diuisa inter coheredes. Et ad hunc casum proprie pertinent ea verba huius *§. vt eam partem, quæ testatoris fuit, alicui iubeat tradi*, id est, alicui ex heredib. adiudicet in solidum, nec eam partiatur, aut distribuat inter coheredes. Sed eadem tamen ratio seruanda est in aliis duobus casibus, si testator rei suæ propriæ in solidum alicui partem legauit: nam alteram partem, non inter heredes partiri iudex debet, ne plures legatario adiungat socios, sed vni ex heredib. totam eam adiudicare debet. Et hic est secundus casus. Item, qui est tertius casus, si vnus ex heredibus ante acceptum iudicium fam. ercisc. partem suam alienauerit, quod potest, non etiam post acceptum iudicium, *l. 13. h. t. l. 1. C. comm. diuid.* partem, inquam, suam, quam habet in fundo hereditario, vel in aliqua alia re hereditaria, non partem hereditatis. Hoc quoque casu partem alteram, cuius rei hereditariæ iudex totam vni ex heredib. adiudicare, aut tradi iubere debet, ne plures emptori adiungantur socij, quod plerumque molestum est, & ne etiam paruum tot minutiæ, & sectiones fiant. Totum iudex addictus iudicio famil. ercisc. debet diuidere in partes, non partem, aut partes rursus in alias partes, alioquin nullus esset exitus. Nec obstat, quod ab vno ex heredibus rei hereditariæ parte sua abalienata dicitur in *l. ex heredi ate inf. h. t.* nec eam partem venire in iudicium famil. ercisc. quæ alienata est pro indiuiso, quia exiit de hereditate, neque alteram partem, quæ mansit in hereditate: quia vt respondeamus, non venit quidem altera pars reddito iudicio famil. ercisc. inter eum, qui alienauit partem suam, & cæteros coheredes, quia ille in altera parte nihil iuris habet, sed venit tamen inter cæteros coheredes, vt alicui eorum in solidum adiudicetur. Et ita explicandus hic §. Accurs. recte posuit primum casum: secundum non recte statuit esse hunc, si testator partem, quam habet in re communi cum extraneo legauerit vni ex suis heredibus vel partis eius partem, quia hic sensus nullomodo conuenit verbis. Ait enim rei suæ, non rei communis. Et rei igitur suæ in solidum, ἐξ ὅλου, vt Græci hoc loco interpretantur. Item ait, *alicui legauit*, simpliciter, non *alicui heredi*, ergo alicui extraneo. Rursus ait *legauit* non *prelegauit*: quod dixisset, si vni ex heredibus intellexisset testatorem rei suæ partem reliquisse. Et eum quoque casum Accursij Fulgosius refellit, & quem nos posuimus, idem Fulgosius sequitur, itemque Albericus. male etiam Accurs. hunc statuit esse tertium casum: Si extraneus, cum quo testator rem communem habuit ex parte heres scriptus suam partem alienauerit ante acceptum iudicium

C

D

E

famil. ercisc. male, quia primum extraneum illum fuisse heredem scriptum, ex verbis Pauli nullo modo apparet: nihil comminisci nobis licet, quod verba non ferant, nisi res vehementer cogat. Summa cum religione sunt tractanda scripta veterum. Deinde quia de re iure hereditario communi in hoc 3. casu agitur, cuius partem suam vnus ex heredibus alienauit, non de re alio iure communi: non fuit autem communis cum extraneo iure hereditario, sed alio iure: denique & de iudicio familiæ erciscundæ hic agitur, non de iudicio communi diuidundo. Male etiam ad id, quod dicit Paulus, his tribus casibus, partem quæ mansit in hereditate totam vni heredum officio iudicis adiudicari debere, male supplet Accurs. itemque Ioannes, qui vnum tantum casum posuit perquam inepte, nec ideo sequaces vllos habuit: male, inquam, supplet vterque, si ea res commode diuidi non possit. Infuscatur hoc emplastro lepos & elegantia Pauli: nec enim his trib. casib. tantum vel, vt Ioannes vno hoc casu, sed omnib. quibuscunque, vbi res diuidi commode non potest, necessitas facit, vt tota vni adiudicanda sit. Quis hoc nescit? Nos eam, quam initio posuimus interpretationem, retineamus.

Ad §. quod pro emptore.

MVlta adhuc restant de iudicio familiæ erciscundæ. Ac primum ea, quæ sunt in hoc §. In quo proponitur hæc definitio Pomponij, *quod pro emptore, &c.* quod ex eodem Pomponio est relatum in *l. 45. inf. hoc tit.* Iam vero diximus in *§. quantum*, iudicium famil. ercisc. reddi non tantum aduersus coheredem possessorem, sed etiam in coheredem non possessorem, id est, qui nihil possidet ex hereditate. Et hoc maxime distare iudicium famil. ercisc. a petitione hereditatis, quæ datur tantum aduersus possessorem iuris, vel corporis hereditarij. Addamus, & eo distare inter se hæc duo iudicia, quod petitio hereditatis datur aduersus eum, qui heres non est, sed putat se esse: & hac opinione, hocve errore ductus pro herede possidet, & petitori controuersiam hereditatis facit, *l. 11. de petit. hered.* Itemque datur aduersus eum, qui pro possessore possidet, veluti prædo: nam & hic intelligitur petitori facere controuersiam hereditatis. familiæ autem erciscundæ iudicium non datur aduersus possessorem, sed datur aduersus eum, qui heres est, atque non opinione, sed reapse pro herede possidet, & non datur aduersus eum, qui pro possessore possidet, quia vt dixi, hic intelligitur facere controuersiam hereditatis, & iudicium familiæ erciscundæ redditur inter eos tantum, qui de hereditate inter se non controuersantur, sed qui fatentur & agnoscunt se esse coheredes, *l. 1. §. etsi possessor, si pars hered. pet.* Sed hoc tamen commune est inter hanc & illam actionem, inter petitionem hereditatis, & actionem familiæ erciscundæ, quod neque hæc, neque illa datur aduersus eum, qui quid ex hereditate pro emptore, vel pro donato, vel pro dote possidet: non petitio hereditatis, quia qui pro emptore, vel pro donato possidet, controuersiam hereditatis non facit, non dicit se esse heredem: quam facit tamen, qui pro herede possidet existimans, se esse heredem, aut facere intelligitur, qui pro possessore possidet: non item datur actio fam. ercisc. aduersus coheredem, qui quid pro emptore, vel pro donato possidet, quia eam rem intendit suam esse propriam iure emptionis, vel iure donationis a se, aut sibi factæ: & negat, eam iure hereditario esse communem. Itaque in fam. ercisc. iudicium venit tantum res, quam coheres pro herede possidet, tanquam hereditariam & communem, non quam possidet tanquam propriam pro emptore, vel pro donato, quod in hoc §. Paulus tradidit ex Pomponio, vt initio dixi, id est, ex *l. 45. inf.* & Accursius luculenter explicat, argumentis quæ in contrarium duci possunt ex *l. 9. & 14. h. t. & l. vlt. §. quatuor. de leg. 2.* dilutis & infirmatis rectissime. Itaque sicut coherede meo possidente, & contendente se ex asse heredem esse, me coheredem non esse, prius agere de-

beo, aduersus illum petitione hereditatis, quam familiæ erciscundæ, *l.1.hoc tit.* Si vicero petitione hereditatis, tum agam famil. ercisc. Ita vero coherede meo possidente rem certam,& contendente eam rem suam esse propriam, non communem siue hereditariam, prius ea de re agere debeo rei vindicatione, & eius rei vindicare partem incertam, partem pro indiuiso, vt *l. quæ de tota §. 1. de rei vindic.* Deinde si hoc iudicio vicero, possum eam rem deducere in actionem familiæ erciscundæ vt diuidatur.

Ad §.idem scribit.

AD hanc vero Pomponij sententiam, subiicitur in §. *idem scribit*, exemplum, quod Iuliano tribuitur in *l. si mater §. item Iulianus, de except. rei iudic.* hoc tribuitur eidem Pomponio. Exemplum est huiusmodi. ex hereditate Titij, quæ mihi & tibi communis est, Sempronius fundum possidet, cuius fundi tu partem tuam, cum diceres totum fundum esse hereditarium, ille contenderet partem tantum fundi esse hereditariam, ab eo petiisti per rei vindicationem,& superatus es, quia pronuntiatum est, *totum fundum hereditarium non esse*, & ideo partem eius fundi tuam non esse. Te superato & excluso ab eo fundo, mox eandem partem, quam amisisti, re contra te iudicata a Sempronio mercatus sum, & Sempronius mihi totum fundum tradidit. Partem scil. meam, quia mea est iure hereditario,& partem alteram mihi tradidit, quasi emptam a me,partem scilic.quondam tuam,quam amisisti re iudicata inter te & Sempronium. Tu nunc si mecum agas fam. ercisc.in hoc iudicio neque veniet pars, quam pro herede possideo, quia vt alienata, ita & amissa parte tua per sententiam iudicis, qui iudicauit inter te & Sempronium, altera pars fundi desiit tibi mecum esse communis, *l. ex hereditate, inf.hoc tit.* Neque etiam pars,quam possideo pro emptore,quia vtPomponius definit,quod pro emptore coheres possidet,non venit in iudicium familiæ ercisc.Est species elegantissima, & subtilissima, ex cuius definitione male colligit Accursius,rem inter te & Sempronium iudicatam mihi prodesse contra regulam iuris,quia non res iudicata efficit,vt totum fundum mihi habeam, sed emptio videlicet, quia partem tuam emi ab eo,qui eam aduersus te obtinuit in iudicio in rem,nimirum a Sempronio. Pars vero altera tota mea est iure hereditario, nec in ea quicquam iuris tibi superest amissa parte tua,quia amissione tuæ partis pars mea exiit de communione,& mea propria esse cœpit iure hereditario. ego meam partem retinui, tu amisisti.

Ad §.an ea stipulatio.

9.§.*An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in iudicium, dubitabatur? veluti si is, qui viam,iter,actum stipulatus erat, decesserit: quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non diuiditur; quia nec potest:Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem: &, si non præstetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.*10. §. *Contra, si promissor viæ decesserit pluribus heredibus institutis, nec diuiditur obligatio,nec dubium est, quin duret: quoniam viam promittere & is potest, qui fundum non habet. Igitur,quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, vt si quis ex his conuentus litis æstimationem præstiterit, id pro parte a cæteris consequatur.* 11. §. *Idem dicendum est, etsi testator viam legauerit.* 12. §. *In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat*, neque per se,neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit: *quoniam, vno prohibente, in solidum committitur stipulatio: ne vnius factum cæteris damnosum sit.*13.§.*Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub pœna promissa sit: nam licet hæc obligatio diuidatur per legem 12. tabularum, tamen quia nihilum prodest ad pœnam euitandam, partem suam soluere, siue nondum soluta est pecunia, nec dies venit: prospiciendum est per cautionem, vt de indemnitate caueat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solueretur: aut vt caueat, se ei qui solidum soluerit: partem præstaturum: siue etiam soluit vnus vniuersam pecuniam, quam defunctus promittit, ne pœna committeretur, familiæ erciscundæ iudicio a coheredibus partes recipere poterit.* 14. §. *Idem obseruatur in pignoribus soluendis: Nam, nisi vniuersum, quod debetur, offerretur, iure pignus creditor vendere potest.*15.§.*Si vnus ex coheredibus noxali iudicio seruum hereditarium defenderit: & litis æstimationem obtulerit, cum hoc expediret: id pro parte hoc iudicio consequatur. Idem est, & si vnus legatorum nomine cauerit,ne in possessionem mitterentur. Et omnino,quæ pro parte expediri non possunt, si vnus cogente necessitate fecerit: familiæ erciscundæ iudicio locus est.*16. §. *Non tantum dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias,quoniam hic propter suam partem, causam habuit gerendi: & ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in suis rebus.Eadem sunt, si duobus res legata sit: Nam & hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.*17.§.*Si incerto homine legato,& postea defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarij non consentiendo impedierit legatum: is, qui impedit, hoc iudicio cæteris, quanti interfit eorum, damnabitur. Idem est,si e contrario vnus ex heredibus, a quibus generaliter homo legatus est, quem ipsi elegerint, noluerit consentire, vt præstetur, quem soli omnibus expediebat: & ideo conuenti a legatario iudicio,pluris damnati fuerint.*18.§. *Item culpæ nomine tenetur, qui, cum ante alios ipse adisset hereditatem,seruitutes prædiis hereditariis debitas passus est non vtendo amitti.*19.§.*Si filius,cum patrem defenderet, condemnatus soluerit,vel viuo eo,vel post mortem: potest æquius dici, habere petitionem a coherede in familiæ erciscundæ iudicio.* 20. §. *Iudex familiæ erciscundæ nihil debet indiuisum relinquere.*21.§.*Item curare debet,vt de euictione caueatur his quibus adiudicat.*22.§. *Si pecunia, quæ domi relicta non est, per præceptionem relicta sit,vtrum vniuersa coheredibus præstanda sit,an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset,dubitatur: & magis dicendum est, vt id præstandum sit, quod præstaretur, si pecunia esset inuenta.*

SEquitur alia quæstio in §. *an ea stipulatio.* Sciendum est autem ac repetendum quod diximus in §.1.huius legis, nomina ex 12. tab. inter coheredes esse diuisa in portiones hereditarias,& ideo non venire in iudicium famil.erciscundæ, quod iudicium est diuisorium. Cæterum hoc intelligitur de nominibus,quæ diuisionem recipere possunt, veluti de debitis, aut creditis pecuniariis: hæc l.12.tabul.diuisit in portiones hereditarias,ita vt singuli heredes de his nominibus,vel agere,vel conueniri non possint, nisi pro hereditariis portionibus. At non omnia certe nomina diuisionem recipiunt,vt si via debeatur,vel iter, vel actus: hoc nomen diuisionem non recipit: seruitutes prædiorum sunt indiuiduæ,*l.via,de seruit.l.1.§.si vsusfr. ad l.Facild. l. stipulationes 72.D.de verb.oblig.*Et ideo, si via debita fuerit defuncto ex stipulatione, qui plures heredes reliquerit, non singulis via debetur pro portionibus hereditariis, sed singulis in solidum: hoc nomen est indiuiduum.Vnde quæritur, an hoc nomen veniat in iudicium familiæ ercisc.& si veniat, quo remedio veniat. Nam sane qua ratione hoc nomen non comprehenditur l. 12. tabul. quæ nomina diuidit in portiones hereditarias: eadem etiam ratione videtur non posse venire in iudicium familiæ ercisc. vt diuidatur, quia diuiduitatem non recipit? Et sane ita est: sed veniet tamen quodammodo adhibito remedio quodam officio iudicis: nam singuli quidem heredes stipulatoris in solidum actionem habent, qua viam sibi cedi & præstari petant in solidum,quia nec cedi nec præstari potest pro parte; & si ea via non præstatur actori, tunc pro parte tantum hereditaria in pecuniam numeratam, id est, in æstimationem eius, quod

quod intereſt, Baſilica hoc loco πρὸς τὸ διαφέρον ἑκάστῳ, *prout cuiuſque intereſt*, pro ſua parte condemnationem fieri oportet, vt *l. ſtipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.* Petet quidem vnus ex heredibus viam in ſolidum, ſed non ei præſtabitur, ſed præſtabitur ei tantum, quod intereſt pro parte hereditaria, quia pecunia diuiſionem recipit, atque ita quodammodo id nomen ſcindetur in partes. Et ex diuerſo, ſi defunctus viam debuerit ex ſtipulatione, & plures heredes reliquerit, ſane ſinguli heredes ſtipulatori in ſolidum viam præſtare tenentur, quia, vt eleganter oſtendit in hoc §. etſi non habeant in ſolidum ſinguli fundum, per quem viam defunctus promiſit, aut forte in ſolidum vni ſit adiudicatus is fundus, non ideo corrumpitur obligatio, imo durat, quia viam promittere poteſt, aut ex promiſſione viæ obligari poteſt in ſolidum, etiam qui fundum non habet. Et aliud eſt cedere, aliud debere ſeruitutem. Cedere eam non poteſt, niſi qui fundum habet in ſolidum, *l. 1. comm. prædior.* Debere poteſt ex ſtipulatione, vel ex legati cauſa, etiam qui fundum non habet, quoniam conuentus ex teſtamento, vel ex ſtipulatione in hoc damnabitur, vt litis ſiue rei, id eſt, viæ, quam debet æſtimationem præſtet: & ita quoque cedi via, vel quæ alia ſeruitus prædij ſub conditione non poteſt, *l. 4. de ſeruitut.* Deberi tamen poteſt ſub conditione, *l. exiſtimo §. 1. de verb. oblig.* Aliud ergo eſt cedere, aliud debere ſeruitutem. Secundum hæc dicimus, ſingulos heredes promiſſoris, viæ, aut via legata, ſingulos heredes teſtatoris teneri ſtipulatori in ſolidum, vel legatario, vt viam præſtent, aut litis æſtimationem in ſolidum: quam tamen ſi quis eorum præſtiterit, æquum eſt, vt a coheredibus id, quod præſtiterit, pro parte conſequatur iudicio familiæ erciſcundæ, vel ſi nondum quicquam præſtiterit, vt officio iudicis familiæ erciſcundæ ſibi inuicem caueant coheredes, ſi quis eorum conuentus ex ſtipulatione viæ, vel ex teſtamento viæ legatæ nomine ſolidam litis æſtimationem præſtiterit, id pro parte hereditaria a cæteris heredibus reſtituiri, *l. 2. §. ex iis, de verb. obligat.* Hæc eſt ſententia §. *an ea ſtipulatio.*

Ad §. in illa.

Sequitur, quod omnino coniungendum eſt in §. *in illa*, aliud genus ſtipulationis ſiue obligationis indiuiduæ, ſi debeatur, quod in facto conſiſtit: Nam & facta ſunt indiuidua, vt ſi ſtipulanti defunctus promiſerit, per ſe heredemve ſuum non fieri, quo minus L. Titio per fundum illum ire agere liceat. Quam formulam ſtipulationis Cato expreſſit duobus verbis, *iter fieri*, non iter dari, de quo actum eſt in §. *an ea ſtipulatio:* ſed iter fieri in *l. 4. § Cato, de verb. obligat.* Iter fieri, quod explanatius eſt, *per te heredemve tuum non fieri, quo minus Titio per fundum illum ire agere liceat.* Qui hoc promiſit, intelligitur promiſiſſe ſe, heredemve ſuum non prohibiturum L. Titium euntem agentem, imo curaturum ſe, ergo facturum ſe heredemve ſuum, vt L. Titio ſtipulatori ire agere liceat, *l. 50. l. 83. §. 1. de verbor. obligat.* Et vno ex heredibus prohibente & faciente contra ſtipulationem, non in ipſum pro ſua parte tantum, ſed aduerſus omnes heredes, perinde atque ſi omnes prohibuiſſent, committitur ſtipulatio. Et ſinguli pro parte ſua, quaſi fecerint contra ſtipulationem, conueniri poſſunt, quia, vt ait *d. §. Cato*, quod in partes diuidi non poteſt, ab omnibus quodammodo factum videtur. quod vnus fecit, fecit in totum, non in partem: quod prohibuit, prohibuit in totum, non in partem. Et vnius prohibitio tantum nocuit ſtipulatori, quantum ſi omnes prohibuiſſent. Aduerſus omnes igitur vno contra faciente, committitur ſtipulatio. Verum officio iudicis familiæ erciſcundæ, ne eius qui prohibuit factum coheredibus noceat qui non prohibuerunt, ille qui prohibuit cauere debet cæteris coheredibus, quod illi conuenti ex ſtipulatu eo nomine ſtipulatori præſtiterint, id eis reſtituiri, quod oſtenditur in *l. 2. § item ſi in facto, & in d. §. Cato*, & in *l. in executione §. quod ſi ſtipulatus, de verb. oblig. l. inter §. quod ex facto, inf. hoc tit.* Quod memini me latius explicare in *d. l. 2. § item in facto.* Conſule, ſi libido eſt, quæ in eum § adnotaui, eaque accomoda in hunc locum, & ſic intelliges, quod non eſt omittendum, hoc diſtare ſtipulationem viæ vel itineris, vel actus, de qua actum eſt in ſuper. §. ab ſtipulatione, per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus illi ire agere liceat: vel vno verbo, iter fieri, de qua agit in §. *in illa*, hoc inquam intereſſe, quod illa ſtipulatio viæ committatur in ſingulos heredes promiſſoris in ſolidum, vt aut viam præſtent, aut ſolidam litis æſtimationem. Hæc vero ſtipulatio iter fieri, vno ex heredibus faciente contra ſtipulationem, non committitur aduerſus ſingulos heredes in pecuniam numeratam, quæ tacite promiſſa intelligitur, id eſt, in id quod intereſt, niſi pro parte hereditaria. At id quod quiſque præſtiterit, ab eo qui fecit, vel prohibuit ſtipulatorem, iudicio familiæ erciſcundæ conſequetur: aut ſi nondum quiſquam quicquam præſtiterit officio iudicis familiæ erciſcundæ, ille qui prohibuit ſtipulatorem ire agere, cæteris coheredibus cauebit de indemnitate. Et quatenus in hac ſtipulatione iter fieri officio iudicis familiæ erciſcundæ cautione interpoſita, coheredibus proſpicitur, recte hæc ſtipulatio coniungitur ſuperiori: quia & in ſuperiori hoc genere cautionis coheredibus proſpicitur, ſed non quatenus illa committitur in ſolidum aduerſus heredes ſingulos, quia hæc non committitur in ſolidum aduerſus ſingulos heredes, ſed pro hereditaria parte duntaxat.

Ad §. idem iuris eſt.

Repetam paucis ea quę heri didicimus ex §. *an ea ſtipulatio*, & §. *in illa*, vt cũ eis mox ſimilia quæ ſequuntur connectam. in §. *idem iuris eſt*, didicimus, via, vel alia quacunque ſeruitute vrbana, vel ruſtica a teſtatore promiſſa, vel legata, qui plures heredes reliquit, quia ſinguli heredes tenentur in ſolidũ, vt aut ſeruitutem præſtent, aut integram litis æſtimationẽ officio iudicis familiæ erciſcundæ, heredes ſibi inuicem cauere debere, vt ſi quis ex iis conuentus a ſtipulatore, vel legatario, ſolidam litis æſtimationẽ præſtiterit, id pro parte a cæteris conſequatur, quæ cautio dicitur de indemnitate, cautio iudicialis, quia officio iudicis interponitur. Et eandem cautionem interponi, ſi teſtator promiſerit *iter fieri*, vel quod idem eſt, *per ſe heredemve ſuum non fieri, quo minus ſtipulatori ire agere liceat:* & plures heredes reliquerit; quia ſi vel vnus ex heredibus fecerit contra ſtipulationem, id eſt, ſi vel vnus prohibuerit ſtipulatorem ire agere, vniuerſi tenentur in ſolidum, & ſinguli pro parte hereditaria: Ideo officio iudicis familiæ erciſcundæ ſibi inuicem heredes cauere debent de indemnitate, puta vt ſi quis, vel ſi qui eorum fecerint contra ſtipulationem, quod propter factum illius, vel illorum cæteri præſtiterint, id ipſis redditum iri. Nunc ex §. *Idem iuris*, intelligimus, eandem cautionem interponi officio iudicis familiæ erciſcundæ ſi teſtator certam pecuniam pure, vel in diem promiſerit ſub pœna certa, ita vt ſi non ea ſors, eaue pecunia ſtipulatori ſolueretur ſua die, in pœnam conueniretur, & plures heredes reliquerit. Nam etſi ex 12. tab. obligatio tam pœnæ, quam ſortis, vt ait gloſſa recte (quia vtraque obligatio eſt pecuniaria,) ſit diuiſa inter coheredes pro hereditariis portionibus, tamen ſi pars tantum ſortis ſoluatur, pro ea quidem parte obligatio ſortis, obligatio perſonalis perimitur: At pœna in ſolidum committitur aduerſus omnes coheredes, & ſinguli in pœnam conueniri poſſunt pro portionibus hereditariis, quia quum debuit ſolui ſors tota, ſoluta non eſt. Denique ſi vel teruncius deſit, ſi vel nummulus deſit ſoluendæ ſorti, pœna in ſolidum committitur indiuidua eſt pœnæ cauſa, id eſt pœna non committitur pro parte, ſed in totum, etiamſi maxima pars ſortis ſoluta ſit ita vt ſuperſit teruncius tantum in reliquis. Et ſi quidem vnus ex heredibus vniuerſam pecuniam, vniuerſam ſortem ſoluerit ne pœna committeretur, partes ſolutæ

pecuniæ a coheredibus, quos pœna liberauit, reciperare potest iudicio familiæ erciscundæ, vel si nondum quisquam quicquam soluerit, quum agunt inter se familiæ erciscundæ, forte si nondum dies soluendæ pecuniæ venerit, sibi inuicem cauere debent de indemnitate, nempe, vt si quis eorum solidam sortem soluerit, solidam pecuniam pœnæ euitandæ causa, id a cæteris pro suis partibus recipiat, vel si per aliquem ex iis factum erit, ne omnis pecunia solueretur, atque adeo, vt pœna aduersus omnes committeretur, quod ex illius facto cæteri pœnæ nomine præstiterint, id eis ab illo recte præstetur, reddatur, restituatur. Ex his intelligimus, non aliter dissolui obligationem pœnalem, quam si tota sors soluta sit, si vel sorti solutæ nummus vnus desit, pœnam in solidum committi, sortis quidem obligationem perimi pro modo sortis solutæ: at pœnæ obligationem in solidum perseuerare, & ex ea in solidum agi posse. Quod confirmat etiam lex *in executione* §. *pen. de verb. oblig.* & *l. Lucius, de act. emp.* Itaque indiuiduam esse causam pœnæ, sicut pignoris, quod etiam mox Paulus confert cum pœna in hoc §. nam vt hic declarat, si defunctus certam pecuniam debuerit sub pignore certo, & plures heredes reliquerit, nihilum prodest ad pignus luendum, quod inter coheredes commune est, vnum ex heredibus soluere partem suam, soluere pro parte sua hereditaria, quia liberatur quidem ipse sortis obligatione, pro parte sua hereditaria, qua tenebatur obstrictus, sed ideo pignoris obligatio non minuitur: imo pignus in solidum obligatum manet, idque suo iure vendere creditor potest, quoad omnis pecunia soluta sit, *l. qui pignori inf. de pign. l.* 8. §. *si vnus, de pign. act. l.* 1. & 2. *C. de luit. pign. l.* 2. *in fi. C. debit. vend. pign. l.* 6. & 16. *C. de distr. pign.* Denique quamdiu vel vnus nummus in reliquis est, creditori pignoris distractio, & persecutio competit in solidum. Et hoc est, quod dicitur in *l. rem, de euict.* indiuisam esse pignoris causam; nimirum pro parte lui pignus non posse, parte pecuniæ soluta, pro reliqua parte pignus in solidum teneri. Et ait *indiuisam*, pro indiuiduam, vt in *l. via, de seruitut.* vsum seruitutum esse indiuisum, id est indiuiduum, quamuis proprie loquentibus aliud sint indiuisa, longe aliud indiuidua. Indiuisa pleraque sunt, quæ tamen sunt diuidua, non indiuidua: & iudicium familiæ erciscundæ recipit indiuisa, indiuidua non recipit, vt viam, iter actum, §. *an ea stipulatio, sup.* Illa vero, quæ ante dixi de pecunia debita sub pignore, cum ita se habeant, idcirco in iudicio familiæ erciscundæ coheredes officio iudicis sibi inuicem cauere debent, si quis eorum vniuersam pecuniam soluerit pignoris luendi causa, se ei partem præstaturos, vel si iam vnus soluerit vniuersam pecuniam, ne pignus venderetur, vt pignus relueretur, eodem iudicio a coheredibus partes recipere potest.

Ad §. si vnus.

SEquitur similis casus in §. *si vnus*, ait enim idem omnino seruari, si vnus ex coheredibus noxali iudicio seruum hereditarium defenderit, & solidam litis, damni, siue noxæ æstimationem actori præstiterit, cum id expediret magis, quam seruum forte immensi pretij noxæ dedi, quem vtique necesse habuisset in solidum noxæ dedere, quia noxæ deditio diuisionem non recipit, *l.* 8. *de noxal. act. l. si seruus seruum* §. *item si seruus, ad leg. Aquil.* Quamobrem & vbi vtilitas exigit litis æstimationem solui potius, quam seruum dedi ad noxam, non aliam solui conuenit litis æstimationẽ, quam solidam & plenam, quia succedit litis æstimatio in locum noxæ deditionis, cuius causa indiuidua est, vt fit in litis æstimatione, quæ succedit in locum debitæ viæ, & ideo vel ab vno ex heredibus præstanda est in solidum. Cæterum quod soluerit vnus ex heredibus noxali iudicio, id pro parte a cæteris coheredibus consequetur iudicio familiæ erciscundæ, vel si nondum quisquam eorum quicquam soluerit, nondum quisquam eorum conuentus fuerit noxali iudicio, vel nondum noxæ æstimationem præstiterit, prospicere sibi debent in futurum interpositis iudicis familiæ erciscundæ officio cautionibus mutuis de indemnitate, si quis forte eorum solidam litis, siue damni æstimationem præstiterit: vel si per quem eorum fiat, quo minus solida litis æstimatio prętetur, qua re contingat, vt ducatur seruus magni pretij in noxam. Idemque seruari docet §. *si vnus*, si vnus ex heredibus caueat legatariis legatorum nomine, ne contraheretur pignus prætorium, id est, ne legatarij mitterentur in possessionem omnium bonorum, quæ ex hereditate sunt, & forte conuentus ex ea stipulatione solida legata soluerit, cautio legatorum non recipit diuisionem. Caueri igitur debuit in solidum non pro sua parte tantum. & ex cautione igitur soluere debet in solidum. Verum quod soluerit, id a coheredibus recipiet pro portionibus eorum iudicio familiæ erciscundæ, vt *l.* 18. §. *vlt. sup. hoc tit.* vel officio iudicis, si nihildum soluerit, sibi prospiciet supradicta cautione interposita. Et tandem in hoc §. *si vnus*, cum satis dixisset Paulus de indiuiduis obligationibus & causis, quæ summe notandæ sunt, generaliter concludit, ea quæ pro parte expediri non possunt, si vnus ex heredibus cogente necessitate in solidum compleuerit, semper posse eum deducere in iudicium familiæ erciscundæ, postquam compleuit, vel antequam compleuit, si iudicium illud moueatur inter coheredes, nempe vt eius rei inter coheredes par & æqualis ratio habeatur.

Ad §. non tantum.

POst hæc ostendit in §. *non tantum*, in seruanda re hereditaria, quam penes se habet, coheredem præstare debere non tantum dolum, sed etiam culpam, idque venire & contineri iudicio familiæ erciscundæ, vt *l.* 16. §. *sed etsi dolo, sup. hoc tit.* hac ratione, quia coheredem non elegimus, sicut eum, cum quo contrahimus societatem, quem ob id, quod notandum est, plerique existimarunt, sicut depositarium dolum tantum præstare debere, non culpam, quia imputare nobis debemus, qui talem elegimus, vel socium, vel depositarium rei nostræ, *l.* 25. §. *pro soc.* & melius in §. *vlt. Inst. de soc.* Coheredem autem non eligimus, sed adiicitur nobis a testatore, vel lege ab intestato. Cum coherede nobis est societas non voluntaria, sed necessaria: cum coherede non sponte contrahimus societatem, sed incidimus in eum, & societas, quam cum coherede habemus, non est voluntaria, id est, ex contractu, sed hereditaria societas dicitur, quam delata communiter hereditas conciliauit. M. Tullius pro Quintio: *Cum eo tu voluntariam*, inquit, *societatem coibas, qui te in hereditaria societate fraudauerat.* Itaque a coherede, qui attingit, & attrectat res hereditarias, exigitur non tantum bona fides, sed etiam diligentia. Dolo aduersa est bona fides, culpæ aduersa est diligentia. Culpa nihil aliud est, quam negligentia, desidia, incuria. At non exactissima quidem a coherede diligentia exigitur, qualis a diligentissimo & accuratissimo patrefamil. Sed satis est, si rebus hereditariis talem diligentiam adhibeat, qualem suis rebus adhibere solet, quia propter suam quoque partem, causam habet gerendi, siue administrandi res hereditarias. Denique rebus hereditariis vtitur vt suis. Ideoque de eo, quod gessit in rebus hereditariis, familiæ erciscundæ non negotiorum gestorum actionem habet, quia non tam propter coheredem id gessit, quam propter se, nempe vt rem suam ageret, quam non poterat aliter agere, quin & simul ageret rem coheredis. vbi coheres quid gessit, quod non potuit expedire pro parte sua tantum, sed necesse habuit expedire in totum, & pro parte coheredum, id venit in iudicium familiæ erciscundæ, non in iudicium negotiorum gestorum, quia non fuit ei animus gerendi negotij coheredis, sed magis sui, & non tam sua sponte, quam coactus gessit negotium coheredis, quod aliter non posset suum negotium gerere. Vbi tamen pro parte coheredis, qui id gessit, quod poterat tantum pro sua parte gerere seorsim, non dubium est, locum esse actioni negotiorum aduersus coheredem, non familiæ erciscundæ aut communi diuid. *l. si communes, de negot. gest. l.* 6. §. *hoc autem*, & §. *si damni*

si damni, tit. seq. Quo pertinet etiam generalis definitio *§. prox. superioris.* Neque obstat huic distinctioni *l. 3. C. de negot. gest.* quam obiicit hic Accursius, nec explicat bene, nos eã explicabimus dilucide. Duæ sunt species illius legis. Prior est de creditore hereditario & chirographario, non hypothecario, id est, cui datum non erat pignus, & cui vnus ex heredibus soluit pro parte coheredis. Id quia vltro fecit, sua sponte, nec necesse habuit id facere suæ partis causa, cum potuisset pro parte sua soluere, non pro parte coheredis, sed liberare personali obligatione, coheredem non liberare: ideo hæc res venit in actionem negotiorum gestorum, non in actionem familiæ erciscundæ. Posterior species legis 3. est de creditore hereditario, & hypothecario, cui pignus siue hypotheca obligata fuit, & cui vnus ex heredibus soluit vniuersam pecuniam, vt pignus lueret. Hoc casu vtraque actio locum habet, familiæ erciscundæ & negotiorum gestorum, sed non vtraque eadem ratione: familiæ erciscundæ actio locum habet, quatenus pignus liberauit, quod non poterat facere pro parte, negotiorum autem gestorum actio competit, quatenus coheredem liberauit personali obligatione, à qua & seipse liberare potuisset non liberato coherede. Denique in ea specie familiæ erciscundæ actio competit, quatenus sustulit realem obligationem, id est, pignoris obligationem soluta omni pecunia, quod nec aliter expedire potuit, negotiorum autem gestorum actio competit, quatenus sustulit personalem obligationem in totum, quam pro parte sua tantum si voluisset, sustulisset. Et est igitur hoc casu in eius arbitrio, qua potius actione experiatur. Est elegantissima sententia legis tertiæ. Porro, quæ in hoc *§. non tantum* Paulus dixit de coherede, non doli eum tantum, sed & culpæ nomine familiæ erciscundæ iudicio teneri, quod est de præstationibus personalibus; subiicit, idem seruari in collegatario, & in actione communi diuidundo: Nam vt coheredes, ita & collegatarios coniunxit ad societatem non consensus, non contractus, sed res. Societas voluntaria, voluntariumue consortium consensu contrahitur: societas necessaria, reipsa. Hunc fortuna facit, illum voluntas nostra, atque conuentio. Denique illa est contractus, hæc quasi contractus, *l. 31. & tribus seq. l. 52. §. idem Papinian. l. 63. §. in heredem, pro soc.* Vtramque societatem expressit M. Tullius supradicta oratione his verbis: *socius cui, cum te voluntas congregasset, aut fortuna coniunxisset.* Duo exprimit genera societatum, vnum quod voluntate contrahitur, alterum quod forte fortuna, vt cum duobus eadem res legatur, cum duo heredes instituuntur.

Ad §. si incerto homine.

Ait Paulus, *Si incerto homine legato,* &c. Quod dixit in §. præcedenti, hoc iudicio coheredem teneri non tantum, si quid dolo malo commiserit in hereditate, sed & culpæ, id est, desidię, & negligentię nomine, id sane consequens erat iis, quæ iã ante dixerat in *§. in illa, & §. idem iuris,* quod ex facto, siue culpa vnius ceteri præstiterint, id ab eo ceteros pro parte consequi actione familiæ erciscundæ vel cautione interposita officio iudicis familiæ erciscundæ. Sed & hoc quoque aliis exemplis declarat esse verum in hoc *§. si incerto homine.* Porro incertum hominem legatum dicit, quem paulo infra hominem generaliter legatum. Ex quo apparet, idem esse hominem, id est, seruum incertum legare, & hominem generaliter legare, his verbis, *L. Titio seruum do lego, hominem do, lego,* vt *l. 13. de leg. 1. l. in executione §. pro parte, de verbor. oblig. l. 6. qui & à quibus manum.* Legato autem homine generaliter, nisi testator adiecerit, quem heres elegerit, vel quẽ heredes elegerint, electio est legatarij, maxime si legatus sit per vindicationem, *l. legato generaliter, l. si seruus legatus §. cum homine, de leg. 1. §. si generaliter, Institut. de legat.* Hoc præmisso, finge: L. Titio homo legatus est generaliter, & priusquam eligeret post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris vita decessit, & legatum transmisit ad heredes. Per vnum ex heredibus factum est, dum non vult consentire electioni cæterorum, vt legatum intercideret. Nam iure veteri dissensio heredum, διχονοια, vt hic aiunt interpretes Græci, perimit legatum. Hoc enim plerosque prudentum introduxisse Iustinianus scribit in *§. optionis, Inst. de leg.* quasi se ipsi heredes inuicem impediant, qui non consentiunt in certum hominem, alio alium eligente, vt *l. quotiens, de vsufr. leg. l. itineris, de seruit. rustic. præd.* Quod tamen noua ratione Iustinianus dirimi voluit, nempe data electione vni heredum, quam ei sors dederit, hanc dissensionem heredum volens, vt fortuna dirimeret, puta sors ducta. At iure veteri ante Iustinianum dissensio heredum hoc genus legati perimebat. Ceterum is, per quem factum erat, vt perimeretur legatum, coheredibus culpæ nomine hoc iudicio familiæ erciscundæ tenebatur in id, quod interest. Culpa est suam sententiam pertinaciter tueri aduersus plures collegas, & socios suos. Ex hoc loco intelligimus, homine generaliter legato, & legatario defuncto post diem legati cedentem antequam elegerit, electionem transferri ad heredes eius. Quod confirmat etiam lex *nec semel §. pen. quand. dies leg. ced.* Nam & similiter, si legetur, *illud aut illud,* per vindicationem, aut vtrum legatarius voluerit nominatim etiam per damnationem, nullo à legatario electo decedente eo post diem legati cedentem, ad heredes eius electio transfertur, *l. illud aut illud, de opt. leg.* At fingamus ex diuerso, hominem generaliter legatum, quem heredes elegissent, fingamus electionem esse heredum, non legatarij: Hoc quoque casu Paulus scribit hoc loco, heredem per quem factum est, dum non vult consentire in eum hominem, quem cæteri coheredes eligunt, & quem præstari legatario omnibus heredibus expediebat, culpæ nomine coheredibus hoc iudicio teneri, quanti eorum interest, si ex testamento conuenti a legatario, dum homo non præstatur, pluris dãmnati sint, quam is homo esset, quem præstare parati erant, si eis adsensus fuisset coheres. His adiicit tertium exemplum, in quo culpæ nomine demonstrat hoc iudicio coheredem heredi teneri, puta si vnus ex heredibus cæteris deliberantibus adierit hereditatem solus, vt potest, *l. 2. si pars hered. pet.* Si ante alios igitur solus per se adierit, & seruitutes prædiis hereditariis debitas passus sit non vtendo amitti: nam quemadmodum coheres vtendo seruitutibus, quę debentur prædiis hereditariis omnibus heredibus, etiam iis, qui nondum adierunt, eas vsurpat, & retinet, *l. 5. l. aquam, quemadm. seruit. amitt.* Ita non vtendo omnibus, eas amittit. vt vsu omnibus seruat, ita inusu omnibus amittit: coheres coheredibus vigilat & dormit.

Ad §. si filius.

Sequitur alia quæstio, & satis explicatu difficilis in *§. si filius:* Vt plerumque in iure filius, est filiusfamil. nisi quid adiiciatur, sane ita etiam filius hoc loco, id est, filiusfamil. Igitur filiusfamil. quasi defensor patris iudicium accepit, quod dictabat creditor paternus, atque ita iudicio accepto patrem liberauit, vt *l. si pro parte, de in rem verso.* Idque fecit vltro non iussu patris, & condemnatus soluit, corrasa, aut mutuata alicunde pecunia, id, inquam, vltro fecit, non iussu patris: & condemnatus soluit vel viuo patre, vel post mortem patris, nihil refert, & ex testamento patri heres extitit ex parte tantum, extraneus ex altera parte. Quod patrem liberauit pro eo suscepto iudicio, quodque pro parte soluit, id ei pater debuit naturaliter tantum, quia ciuilis obligatio non consistit inter patrem & filiumfamilias, quasi versum in rem eius, & quamuis id soluerit suo nomine, non quasi heres, non animo heredis, maxime si soluerit viuo patre. Atque ideo, quamuis id prima fronte videatur venire non posse in iudicium familiæ erciscundæ, quia id non gessit animo heredis, *l. qui erat §. vlt. inf. hoc tit.* tamen vt & in specie d. legis *qui erat,* potest æquius dici, inquit Paulus, in hoc §. quæ verba ponderanda sunt, quoniam

Paul. Q iiij

refragatur ius summum: Potest, inquit, æquius dici, filiumfam. habere petitionem eius, quod soluit pro patre, a coherede in iudicio familiæ erciscundæ, quia æquius est, vt hoc dicamus: ergo vtilem petitionem non directam, aut certè præceptionem eius potius, quod soluit, quam petitionem, quia ex naturali obligatione petitio non est (definitio est certissima) sed est tantum præceptio, retentio, reputatio, deductio, etiamsi pro parte sua ipso iure confusa sit obligatio naturalis adquisitione hereditatis patris, qui debitor fuit, *l. 6. C. ad leg. Falcid.* Et serua diligenter, aliud esse petitionem simpliciter, aliud petitionem vtilem a coherede in familiæ erciscundę iudicio: Hæc enim petitio nihil aliud est, quam præceptio debiti naturalis. Denique hoc tantum ait Paulus, posse filium id, quod soluit pro patre, præcipere, excipere, eoque excepto, siue præcepto, deinde reliqua bona, cum extraneo coherede partiri. Et hic etiam obseruandum est, multum interesse, debuerit defuncto coheres, an defunctus coheredi. Nam si defuncto debuit coheres, id venit in petitionem hereditatis, non in familiæ erciscundę iudicium, *l. fundus qui dotis §. vlt. inf. hoc tit.* Sin vero defunctus debuit, id non venit in iudicium familiæ erciscundæ iure recto, quia nomina non veniunt in hoc iudicium, vt iam sępe dixi, sed tamen in iudicio familiæ erciscundæ id præcipitur, antequam bona diuidantur, quæ distinctio maxime notanda est. Et ita lex 20. *§. 1. sup. hoc tit.* ait, filiumfamil. qui patri ex parte heres extiterit, in iudicio familiæ erciscundæ præcipere, quasi sibi debitum a patre, quod in rem patris vertit, vt in specie huius §. proponitur, in rem patris vertisse, nempe creditori paterno soluendo pro patre. Et ita explicandus est hic §.

Ad §. iudex.

SEquuntur alia quędam de officio iudicis familiæ erciscundæ, iudicem scilicet familię erciscundę nihil debere indiuisum relinquere, non debere primum difficultatem communionis augere, aut communionem nouam inducere, vt ostendi in hac l. §. *si testator,* & comprobat etiam *lex 16. §. 1. hoc tit.* Et nihil indiuisum debere relinquere, ac si quid forte indiuisum reliquerit, de eo scilicet iterum non agi familiæ erciscundæ, quia hæc actio non iteratur, nisi causa cognita, id est, nisi quę iusta causa dę vniuerso iure iudicium in integrum restitui postulet, vt *l. 8. C. de collat.* Sed de eo, quod iudex familię erciscundæ indiuisum reliquit, agi potest iudicio communi diuid. *l. 2. §. famil. sup. hoc tit. & Paulus 1. sent. eod. tit.* Item, vt subiicit, iudex familię erciscundæ si inter coheredes rem dirimat singulis rebus hereditariis æstimatis iusto pretio vt fit, iisque rebus singulis heredibus adiudicatis in solidum compensatione pretij inuicem facta, & eo cui res maioris pretij adiudicata est inuicem certa pecunia coheredi, vel coheredibus condemnato, æqualitatis constituendæ causa, vt *l. Mæuius §. arbiter inf. hoc tit. l. 3. C. comm. diuid.* Quoniam hęc res speciem habet emptionis venditionis, aut certè permutationis, quoniam diuisio illa rerum fit: neque enim potest aliter partibus inuicem permutatis, *l. cum pater, §. hereditatem, de leg. 2. l. 1. C. comm. vtr. ind.* Itaque curare debet iudex, qui ita rem dirimit factis adiudicationibus inter coheredes, vt inuicem sibi caueant de euictione, nisi velint vltro euentum omnem in se suscipere. quod etiam iudex communi diuid. curat, si adiudicationibus rem finiat, *l. 10. §. vlt. tit. seq.* Sed etsi id non curauit iudex familiæ erciscundæ vel communi diuidundo, si non curauerit mutuas cautiones interponi euictionis nomine, euictis rebus, quasi ex permutatione ei cui euictæ sunt, iure iudicioque aduersus coheredes competit actio præscriptis verbis, *l. 14. C. eod. tit. l. 7. C. commun. vtr. ind.*

Ad §. vltim. si pecunia

SEntentia huius §. vltimi hęc est. Tribus heredibus institutis ex ęquis partibus testator vni prælegauit trecenta, quæ extra portionem hereditatis præciperet, quę exciperet sibi, & pręcipua haberet, tum diuideret residua bona cum coheredibus. Hoc est, quod vocamus *prælegatum & præceptionem*, idemque *præcipuum*, & *excipuum* apud Festum. Eam vero pecuniam ceteri coheredes coheredi, cui prælegata est, cui relicta est per præceptionem, præstare debent, non vniuersam de suis portionibus, sed pro portione hereditaria tantum, quia sunt tres ex æquis partibus scripti, & cui prælegata sunt trecenta, alij duo debent præstare ducenta tantum, id est, singuli 100. non integra trecenta. Et hoc ita obtinuit non tantum, si pecunia sit inuenta in hereditate, sed etsi in hereditate nulla sit inuenta pecunia, quia non corpus pecuniæ legatum est, sed quantitas. Et in hereditate semper intelligitur esse pecuniæ quantitas, licet ne nummus quidem in ea sit, modo tanti sint alia bona. Tantum quis nummorum habere videtur, quantum potest reficere ex venditione aliarum rerum suarum: ideo valet legatum pecuniæ certæ, etiamsi ne teruncius quidem vnus sit in bonis, *l. 12. de leg. 2. l. deducta §. acceptis, ad Trebell. l. 88. de verb. signif.* Et hoc casu, si pecunia non sit inuenta in hereditate officio iudicis familiæ erciscundæ congruit, vt distracta re communi vna re hereditaria, vel pluribus, ex pretio inde redacto trecenta pernumerentur ei, cui pręlegata sunt, vt *l. seq.* vel vt ducenta tantum a coheredibus de suis portionibus coheredi præstentur, quoniam imputantur ei centum pro parte sua quæ capit iure hereditario. iure legati capit ducenta tantum, quia legatum consistit in ducentis tantum: pro parte enim eius cui legatum est, legatum inutile est: denique prælegati partem capit iure hereditario a semetipso, a coheredibus autem quod capit, iure legati capit, *l. in quartam, ad l. Falcid.* Et hoc idem Paulus eleganter scripsit 3. *sent. in princip. tit. de legat. per præceptionem,* inquit, *vni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio iudicis familiæ erciscundæ à coheredibus præstabuntur.*

Ad leg. 27. fam. ercisc.

In hoc iudicio condemnationes, & absolutiones in omnium persona facienda sunt: & ideo si in alicuius persona amissa sit damnatio: in cæterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valebit: quia non potest ex vno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.

HÆc lex est difficilis, vt & 29. Iudicium familię erciscundæ mixtam causam habere videtur, quoniam constat ex rebus, de quibus erciscundis agitur, & ex præstationibus, quę sunt personales actiones, *l. 22. §. pen. hoc tit.* Hęc *l. 27.* sit ne de rebus, an de pręstationibus, an de vtroque ambigitur, & mirum in modum disceptatur, siue controuertitur inter Doctores de eo, quod in ea definitur, sententiam iudicis pro parte valere posse, pro parte non valere, quoniam hoc videtur absurdum. Quidni enim possit sententia partim esse iusta, partim iniusta? Et vt tollatur omnis scrupulus diligenti cura nobis inquirendum, quis sit sensus huius l. & id potissimum sit ne de rebus, an de pręstationibus. Dicimus autem hanc legem esse non de rebus, sed de pręstationibus. Si esset de rebus, ita esset scripta, *in hoc iudicio adiudicationes & condemnationes in omnium persona,* &c. Quoniam adiudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur. Et ita quoque est scriptum, adiudicationes & condemnationes in *l. 36. hoc tit. & l. 2. sup. tit. prox.* At quia hęc lex est de pręstationibus personalibus ita scripta est: *in hoc iudicio, condemnationes & absolutiones,* καταδίκαι ἢ ἀπολύσεις, in Basilicis, quia condemnandi,

demnandi, & abſoluendi ordo non eſt,& omiſſa adiudicationum mentio ſatis indicat,non de rebus,quoniam eæ adiudicantur, ſed de perſonalibus præſtationibus tantum hanc l. eſſe. Puta ſi quid coheres dolo aut culpa in hereditate commiſerit, vt id coheredi, vel coheredibus pro parte eorum præſtet, vel eo nomine caueat, ſi quid impenderit in hereditate, vt id ei coheredes pro ſuis partibus præſtent: ſi quid ei prælegatum ſit, vt id ei æque coheredes pro partibus ſuis præſtent; ſi is ſolus fructus fundi hereditarij perceperit, vt id pro parte coheredibus præſtet. Quibus ex cauſis,& ſimilibus incurrunt in hoc iudicium tales præſtationes innumeræ. Si mutuæ petitiones ſint inter coheredes in iudicio fam.erciſc. iudex debet de omnibus vna ſententia pronuntiare, vel condemnato eo, a quo petitur,vel abſoluto,quia vt Paulus ait hoc loco, non poteſt ex vno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere. Quod ita exaudiendum eſt, vnum iudicium non poſſe ſcindi in partes, vt *l.* 41. *inf.* non poſſe ſcindi in partes, ita vt de ea re,quæ in iudicium venit,partim iudicetur, partim non iudicetur, non poſſe rem in iudicium deductam iudicari pro parte,nec rem iudicatam valere poſſe in partem tantum,de qua pronuntiatum eſt,in partem autem omiſſam non valere: ſed quæ cauſa tota in iudicium deducta eſt,& totam ſententia iudicis dirimi debere. Hoc eſt, quod dicitur, *plenam eſſe debere ſententiam iudicis,*& exemplo iudicis arbitri compromiſſarij, *l.* 19. §. 1. *de recept. qui arbit. recep.* non videri dictam ſententiam,niſi omnes controuerſias finierit,de quibus compromiſſum, quęque in iudicium conuenerunt, & *l.* 2. *& 3. C. Theodoſ. de ſent. ex peric. recit.* legibus contineri, vt in omnibus negotiis ex periculo,id eſt,ex libello,ex ſcripto, promatur deliberationis plena ſententia,& in proferenda ſententia iudicem iurgantibus ad plenum,(inquit) recenſere debere, quidquid negotij fuerit illatum. Et D. Auguſtinus *Breuiculi contra Donatiſtas collatione* 3. *legibus,* inquit, *iudex prohibetur ſemiplenam proferre ſententiam.* Quod ait Paulus *res iudicata,* belle conuenit cum eo,quod dixerat initio, condemnationes,& abſolutiones:nam res iudicata eſt, quæ vel condemnatione,vel abſolutione conſtat, *l.* 1. *de re iud. l.* 3. *C. de ſentent. & interloc.* Ergo, vt Paulus ait, in omnium perſona, qui inter ſe acceperunt iudicium fam. erciſc. a iudice condemnationes, & abſolutiones faciendæ ſunt. Et ideo ſi in alicuius perſona omiſſa ſit condemnatio, in ceterorum quoque perſona, quod fecit iudex non valebit. Hæc ſunt verba Pauli,ſecundum quæ,& quod ſubiicit neceſſario interpretari debemus. Quia non poteſt ex vno iudicio res iudicata in partem valere,in partem non valere, id eſt,non poteſt pars omitti, & pars iudicari: imo propter omiſſam partem, pars iudicata pro non iudicata eſt. Hic eſt ſenſus huius legis, & vel totiens repetita perſonarum mentio, *in omnium perſona, & ideo ſi in alicuius perſona omiſſa ſit condemnatio,*& *in ceterorum quoque perſona, quæ fecerit iudex, non valere*: vel,inquam,toties inculcata perſonarum mentio indicat, hanc legem eſſe de præſtationibus perſonalibus, non de rebus. Si igitur, vt hoc fiat exemplo dilucidius,quatuor ſint heredes, 1. 2. 3. 4. qui inter ſe agant familię erciſcundæ. & primo, qui impenſas vtiles neceſſariaſque in hereditatem fecit, ſecundus & tertius eo nomine damnati ſint pro ſuis partibus impenſas ſarcire,quartus non ſit condemnatus, quarti damnatio omiſſa ſit, ſententia non valet, quia non eſt plena. Et hæc de pręſtationibus perſonalibus. De rebus,id eſt,de hereditate diuidenda, iudex addictus,vt loquitur *l. debitor* §. *vlt. ad Trebell.* vel de communi re, communibuſve rebus diuidendis, nihil quidem debet iudex indiuiſum relinquere, *l.* 25. §. *iudex, hoc tit.* Sed ſi quid forte indiuiſum reliquerit, non ideo minus valet ceterarum rerum diuiſio.Poteſt autem agi communi diuid. de re quæ indiuiſa remanſit, *l.* 20. §. *famil. hoc tit. l.* 4. §. *hoc iudicium tit. ſeq.* Nihil etiam debet iudex,ſi hac via vti velit indiuiſum relinquere, ſed ſingulis ſingulas res adiudicare debet, æſtimans iuſto pretio, *l.* 3. *comm. diuid.* At ſi quid forte omiſerit,non ideo certe minus rata diſtributio,& adiudicatio ceterarum: plena eſt ſententia, etiam ſi qua res indiuiſa, vel inadiudicata relicta ſit, quia & non res ſingulæ ſpecialiter in iudicium venerant, ſed generaliter tantum res hereditariæ, reſve communes. ceterum plena non eſt ſententia,ſi de omnibus præſtationibus perſonalibus,quæ ſpecialiter in iudicium venerunt,quaſque a ſe inuicem hoc iudicio coheredes petierunt,iudicatum non ſit, & ideo non valet. Plena eſt,ſi de rebus hereditariis iudicatum ſit,de quibus etiam actum eſt generaliter non ſpecialiter,quamuis forte fortuna quædam res omiſſa ſit,de qua diuid. poſtea integrum eſt agere communi diuid. Plena eſt & integra ſententia, vt omnia ſubmoueantur, quæ in hanc rem adferri poſſunt:quæ fertur inter duos, qui omiſſis ceteris coheredibus ſoli inter ſe acceperunt iudicium fam. erciſc. aut communi diuid.Quia inter eos,inter quos cœptum iudicium eſt,ad plenum rem dirimit,nec curæ debet eſſe iudici ius ceterorum,qui eum non adierunt, *l.* 2. §. *dubitandum,hoc tit. l. coheredibus C. eod. tit. l.* 8. *in princ. tit. ſeq.* Plena vtique eſt ſententia, qua iudex famil. erciſc. nihil indiuiſum reliquit,etiamſi quid diuiſerit, quod diuidi non debuerit,aut non potuerit,vt ſi libertos defuncti inter heredes diuiſerit,quorum diuiſio nulla eſt,quia liberti non ſunt in hereditate, non ſunt in bonis defuncti, *l. quadam, inf. h.t.* quæ repetita eſt *in l. vlt. de iure patr.* Liberi homines non ſunt in hereditate: imo nec locupletior eſſe videtur,qui libertos habet, *l. nemo prædo* §. 1. *de reg. iur.* Poteſt ſententia pro parte valere,pro parte non valere. Quidni? Vt in hac ſpecie, in qua diuiſio libertorum non valet, diuiſio ceterarum rerum valet. At ſemiplena eſſe non poteſt, id eſt, qua de re iudicat,de ea debet ad plenum iudicare. Hęc lex hoc tantum dicit,aut ſentit,plenam eſſe debere ſententiam iudicis,id eſt,nullam omitti partem,nullam præſtationem perſonalem,id eſt,nullam perſonam eorum, qui inter ſe iudicium acceperunt. Sed non negat,quin ſententia plena poſſit pro parte valere, pro parte non valere. Atque adeo etiam receptum eſt, a iudice,ad quem appllatum eſt, pro parte confirmari,pro parte infirmari ſententiam prioris iudicis poſſe, *cap. dilectus,ext. de præbend. c. cum Ioannes,ext. de fid. inſtrum. cap. Reinaldus,ext. de teſtam.* Quod etiam Doctores vulgo colligunt ex *d. l. quadam,hoc tit. & d. l. vlt. de iure patron.* ſed non ſatis apte,verum coacte nimis,quia in ſpecie earum legum, quæ eſt eadem, mulier, quæ appellarat ad principem,poſtea mutata ſententia proponitur conſenſiſſe diuiſioni a iudice factæ, & reuocaſſe appellationem,quod poteſt, *l.* 28. *C. de appellat.* Olim intra triduum poterat reuocari appellatio, poſt oblationem libelli appellatorij factam iudici,ad quem appellatum erat, *l.* 56. *C. Theod. de appellat.* Hodie iure Pontificio reuocari poteſt appellatio, aut debet ante oblationem libelli. Poſt oblationem libelli non reuocatur appellatio, *cap.* 10. *de elect. in* 6. Moribus autem Galliæ appellatio quandocunque reuocari poteſt, antequam de cauſa appellationis iudicatum ſit,quod *d. l.* 28. innuere videtur, quæ huic rei finem nullum imponit, & ratio hoc ſuadere maxime videtur: quia damnati cauſa & gratia hoc lex dedit, vt poſſet appellare. Ergo huic auxilio, ſiue commodo, quandocunque poteſt renuntiare integra, antequam iudicata ſit a poſteriore iudice, ad quem appellatum eſt. Qua de cauſa & conuentione partium huic commodo renuntiatur, *l. vlt.* §. *vlt. C. de temp. appellat.* Et confeſſione nuda ſi quis ante ſentent. profiteatur ſe non prouocaturum, *l.* 1. §. *ſi quis, à quibus appell. non lic.* Proponitur ergo *in d. l. quadam, & l. vlt.* mulier renuntiaſſe appellationi, & conſenſiſſe diuiſioni factæ a priori iudice, ſed poſtea extra ordinem Principem conueniſſe, allegando ipſo iure nullam fuiſſe diuiſionem. Nam etſi ab appellationis auxilio ſubmota fuerit renuntiatione ſiue reuocatione,non ideo confirmata eſt ſententia iudicis, ſed cauſa ex integro agi poteſt apud principem, *l. ſi expreſſim, de appellat.* Et cum hoc allegaret mulier, ipſo iure nullam eſſe diuiſionem à priore iudice factam, tum princeps pronunciauit diuiſionem tantum libertorum nullam eſſe ipſo iure. non imbrobauit cetero-

rum diuisionem. His addamus plenam quoque esset sententiam iudicis, si vnius litis fuerint plura capita nihil sibi communia, plura capita, quæ inuicem non cohærebant, & de vno capite separatim iudex pronuntiauerit, dilata ceterorum disceptatione: nam & ita Iustinianum *in l. vlt. C. de sent. & interloc.* quæ est constitutio Græca à me ex Basilicis restituta iampridem. eam sententiam, quæ de vno capite, aut membro litis fertur, vocat πλείαν ἀπόφασιν, id est, *plenam sententiam.* Ad id pertinet etiam *lex pen. §. pen. de reb. cred.* & hæc adnotasse ad hanc legem satis est. lex 29. longe difficilior est.

Ad leg. 29. fam. ercisc.

Si pignori res data defuncto sit: dicendum est, in fam. erciscundæ iudicium venire: sed is, cui adiudicatur in familiæ erciscundæ iudicio, pro parte coheredi erit damnandus: nec cauere debet coheredi, indemnem eum fore aduersus eum, qui pignori dederat: quia pro eo erit, ac si hypothecaria, vel Seruiana actione petita litis æstimatio oblata sit: vt & is, qui obtulerit, aduersus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio, voluntaria: nisi si obiiciatur creditori, quod animose licitus est, sed huius rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: & eius, quod propter necessitatem impendit, etiam vltro est actio creditori.

ET sane negari non potest, quin ea lex sit mendis, & inani fuco glossarum, & interpretum respersa, quem memini me iampridem excussisse, non sine molestia, & mea & auditorum. Nam refutare ineptas obiectiones insuaue est: ideo nunc satis habebo, si verum sensum h. l. tradidero. Sciendum est, rem creditori pignori datam, defuncto eo pluribus relictis heredibus venire in iudicium familiæ erciscundæ non quidem, vt diuidatur, quia res aliena, qualis ea est, (neque enim decedit dominio debitoris, qui eam pignori dedit.) Res, inquam, aliena inter coheredes diuidi non potest, sed vt alicui heredum in solidum adiudicetur, quo modo etiam venit in iudicium communi diuid. *l. 7. §. inter eos, tit. seq.* Verum si, exempli gratia, duo sint heredes, & vni in solidum ea res adiudicata fuerit, quæ defuncto pignori data erat, is vicissim coheredi damnari debet, vt præstet, non partem iusti pretij, quanti ea res est, sed partem eius pecuniæ, quæ sub eo pignore debita fuit defuncto, & nunc debetur coheredibus pro portionibus hereditariis. Et hoc quidem ita recte Accursius interpretatur *ex d. §. inter eos.* Iudex igitur familiæ erciscundæ pignus totũ vni adiudicare potest, ea tamen lege, vt is coheredi soluat partem debiti pro portione eius hereditaria: nec si ita coheredi soluerit eam partem debiti, potest ab eo desiderare, cui soluit partem debiti, vt totũ pignus habeat: adiudicationis iure non potest ab eo desiderare, vt sibi satisdato caueat de indemnitate, puta vt caueat se heredemque suum defensum iri, & indemnem damno seruatum iri, si postea eandem rem, quæ sibi adiudicata est, ab eo debitor repetat, reposcat actione directa pigneratitia, quæ datur debitori de pignore suo reciperando. Cur non potest hanc cautionem à coherede desiderare, cui soluit partem pecuniæ debitæ? nempe, quia nemo superuacua satisd. onerandus est, *l. hæc stipulatio, vt legat. nom. cau.* vel eo maxime, quod fideiussores sint inuentu difficiles, & perquam molesta perquisitio eorum, *l. omnes §. præterea, C. de Episc. & cler.* Et superuacuum est, coheredem, cui res defuncto pignerata adiudicata est, a coherede, cui pro parte soluit pecuniam debitam, exigere cautionem de indemnitate aduersus debitorem, quum debitor non possit ab illo cum effectu rem, quam pignori defuncto dedit, repetere, nisi oblato omni debito, *l. si rem §. omnis, de pigner. act.* quoniam eam rem debitori repetenti directa pigneratitia, nec offerenti omnem pecuniam obstat exceptio doli mali, vt Paulus demonstrat hoc loco. Idem seruatur hoc casu, quod cum creditor egit hypothecaria, siue Seruiana actione cum extraneo pignoris possessore, & ab eo litis æstimationem, id est, pecuniam sibi debitam abstulit: neque enim possessori cauere debet de indemnitate in hunc casum, videlicet si forte postea eandem rem a possessore debitor vindicet. vindicationem debitor habet aduersus possessorem, non pigneratitiam actionem, quia cum eo pignus non contraxit. sed & quia eam rem ab eo debitor vindicare non potest, nisi oblato omni debito, quod pro eo possessor creditori soluit in cuius locum successisse intelligitur, quoniam vindicanti nec offerenti debitum obstat eadem exceptio doli mali: possessor securus est, qui eam exceptionem habet, nec est quod timeat sibi quidquam a debitore, quodve sibi aduersus eum superuacua cautione prospici desideret, qui satis tutus est exceptione doli mali, beneficio exceptionis doli mali, vt aperte ostenditur in *l. si creditor, de pigner. & l. 2. quibus mod. pig. vel hypoth. solu.* Ait hoc loco Paulus, hypothecaria, vel Seruiana actione, vt & *l. 4. §. si quis autem, de doli except. & l. 3. §. est autem, ad exhib.* Hypothecaria vel Seruiana, duplex est vnius actionis appellatio, non duæ, sed vna his verbis notatur actio, quæ & pigneratitia in rem dicitur, *d. §. inter eos.* Alia est pigneratitia in rem quæ proprie hypothecaria vocatur, siue Seruiana, alia est pigneratitia in personam, quæ duplex est, directa quæ debitori datur, contraria, quę creditori. At contra, vt sequitur in hac lege si coheres, cui pignus adiudicatum est, id debitorem velit reluere, vid. pecunia omni soluta, quæ luitio pignoris indiuidua est, *l. rem, de euict. l. 25. §. idem iuris, in fi. h. tit.* Luitio pignoris est indiuidua, id est, in partem fieri non potest, pignus in partem liberari, in partem nexum teneri non potest: Si, inquam, coheres, cui pignus adiudicatum est, id velit debitorem reluere, atque eo modo vltro se paratum esse dicat totum pignus ei reddere, quamuis debitor nondum velit pignus luere, audiendus est, instituta aduersus debitorem contraria actione pigneratitia, quæ hoc loco significatur hoc articulo. *Contra,* vt & alias his articulis, *ex diuerso, ex contrario,* significatur actio contraria, *l. 2. & vlt. de neg. gest.* Instituta, inquam, aduersus debitorem contraria actione pigneratitia in hoc, vt pignus totum recipiat, & soluat totum debitum: denique vt pignus luat. Cyrillus εἰς τὸ ἀναδίδοσθαι ὅλον τὸ ἐνέχυρον. Quod notandum est: glossæ enim aliter accipiunt hæc verba: *Si velit totum reddere,* nempe de debito ea accipiunt: qui sensus non congruit rei propositæ, cum sint accipienda de toto pignore, de vtraque parte: vt hic sit sensus: coheredem cui pignus adiudicatum est, vltro posse agere aduersus debitorem contraria pigneratitia actione, oblato ei toto pignore, vt id luat, exsoluta omni pecunia. Quod & hodie fit sępissime, debitore scil. nimium morante in solutione per iudicem compulso pignus luere & recipere. Ergo ei cui officio iudicis familiæ erciscundæ pignus adiudicatum est, soluta coheredi parte debiti hereditaria, non tantum damus exceptionem doli aduersus debitorem, qui directa pigneratitia agit reciperandi pignoris causa, nec offert totum debitum, sed cessante debitore, etiam ei, cui pignus adiudicatum est, damus actionem, qua vltro interpellat debitorem vt pignus luat soluta omni pecunia, quæ tamen nulla datur possessori, qui litis æstimationem creditori præstitit aduersus debitorem, quia nihil cum debitore contraxit, sed debitore tantum ab eo vindicante pignus, vt dixi sup. neque ei reddente litis æstimationem, quam subiit eius vice, tueri se potest exceptione doli mali. Et hæc quidem ita se habent, si, vt posuimus, vni ex heredibus officio iudicis fam. ercisc. pignus adiudicatum sit. Aliud enim dicendum est, vt & in hac l. Paul. demonstrat, si pignus ei non sit adiudicatum in solidum, si alteram partem pignoris à coherede non *emerit per adiudicationem,* vt loquitur, *l. 7. §. pen. tit. seq.* sed si sua sponte non interueniente iudice alteram partem pignoris a coherede emerit soluta ei parte debiti, vt totum pignus penes se haberet. Hoc enim casu, quia sua sponte accessit

ad

ad emptionem alterius partis, non habet actionem, qua debitorem pignus repignerare, siue reluere compellat, sed habet tantum exceptionem doli mali, si debitor pignus repetat ab eo, & non offerat debitam quantitatem. Et hoc est, quod ait Paulus: *non idem dici potest, si alteram partem crediti oremerit:* creditorem vocat vnum ex heredibus qui creditori successit. Et qui alteram partem pignoris sua sponte a coherede emit, vt haberet totum: heres creditoris creditor est. Differentia igitur hac in re est inter adiudicationem & emptionem: Nam si vni ex heredibus pars altera coheredis, atque adeo totum pignus adiudicatum sit, vltro potest agere aduersus debitorem, vt soluat pecuniam debitam, quam pro parte coheredi eius nomine prorogauit, vt pignus totum recipiat, id est, vt pignus luat. At si sua sponte a coherede etiam pignoris partem emerit, non æque potest agere aduersus debitorem, vt pignus luat. Et ratio differentiæ inter adiudicationem & emptionem hæc est: Quia etsi adiudicatio habeat speciem emptionis, propterea quod res, quę adiudicatur, æstimatur, & vicissim is, cui adiudicatur, coheredi damnatur in pecuniã certam, atque adeo & ei, cui adiudicatio fit, cauetur de euictione quasi emptori, *l. 25. §. pen. hoc tit.* nam & vt ante dixi, dicitur emere per adiudicationem, non emere simpliciter, tamen necessaria ea emptio est, atque coacta, quatenus fit officio iudicis fam. ercisc. Emptio simplex quæ separatur ab adiudicatione, est voluntaria, & ideo ei, qui emit imputari potest, quod sua sponte emerit, nimirum obiecturo debitore, si aduersus eum emptor experiatur contraria pigneratitia in hoc, vt debitor pignus luat, cui forte nondum est operæ, id luere. Cur emisti alteram partem? nemo te ad eam emendam compellebat, hoc tibi ipse intriuisti? At qui coactus emit cogente arbitrio iudicis, idem ei imputari non potest, præterquam vno casu, quem etiam notauit Paulus in hac lege, quo etiam ei, cui pignus adiudicatum est, denegabitur contraria actio pigneratitia, si debitori velit pignus reddere, debitor id nondum velit recipere. Casus hic est, si vt pignus totum penes se haberet, animose licitus sit, Basil. *εἰ μὴ ἀέρα ὑπὲρ τὸ δέον ὑπερθεμάτισεν.* solebat iudex ei, qui rem plus æstimasset, qui pluris licitus fuisset, eam rem addicere, *estrousser*, adsignare, adiudicare in solidum. Liceri est pretium ponere, pretium facere, vel pretio, quod alter fecit supra aliquid addere *l. arbor §. de vestibulo, tit, seq.* Et initio ait, *liceri*, & paulo infra, *pretium facere:* solebat, inquam, iudex, qui adiudicationibus factis inter coheredes litem dirimere, & communionem dissoluere parabat, ei, qui pluris rem licitus esset, eam eo pretio æstimatam adiudicare. Quod si quis forte heredum animosius, si immoderatius rem defuncto creditori pignori datam licitus sit, si insanierit, vt alij auctores loquuntur, quum calorem licitantis exprimere volunt, qui emptionem, aut locationem supra modum *inflauit*, vt loquitur, *lex locatio, de publican.* & iudex ei eam rem adiudicauerit, ab eo in licitatione coherede superato, tunc sane, quia nimis pronum animum habuit ad integrum pignus obtinendum, ei imputari potest, quod nimis incaluerit in licitando. Atque adeo, si velit pignus sibi adiudicatum, postea debitori reddere, & eo nomine agere contraria pigneratitia, inuito debitore non audietur. Exceptio tamen supradicta ei non denegabitur aduersus directam actionem pigneratitiam. Et hoc est, quod Paulus significat, dum ait, *nisi si obiiciatur creditori, quod animose licitus fuerit:* quæ verba sunt coaptanda, non proximis, sed his, quę sunt paulo supra, *audiendus est*, vt sit audiendus, nisi si obiiciatur creditori, quod animose licitus fuerit. Sed huius rei, vt subiicit, id est, animosæ licitationis ratio habebitur: animosa licitatio, & insania propria ei imputatur. Atque adeo is, cui animose licitanti pignus adiudicatum est, comparabitur hac in re voluntario emptori, nec vltro instituta contraria actione pigneratitia poterit compellere debitorem, cuius negotia nondum ferant, vt pignus luat, ad luendum pignus. Hęc est mens Pauli. Ceterum in eius scripto sunt periodi intercisę, nec admodum inter se aptæ sunt, sed veluti scopæ quędam dissolutæ, qui mos scribendi Paulo amicus, & familiaris est, & facit sæpe, vt is obscurior ceteris esse videatur. Tandem vero in extremo concludit Paulus, quod creditor egit, id est, vnus ex heredibus defuncti creditoris, qui & ipse creditor est: quod ergo vnus ex creditoribus in pignore egit, pro eo habendum esse, atque si id procurator debitoris egisset. Nam & hic creditor soluendo coheredi suo pro debitore partem, quæ contingit debitorem, suam nempe hereditariam, quasi voluntarij procuratoris officio fungitur. Vt autem, quod propter necessitatem procurator impendit pro domino negotiorum, vel negotij, id ab eo repetit contraria mandati, vel contraria neg. gest. Ita & hic heres creditoris, quod propter necessitatem adiudicationis præstitit coheredi pro debitore, id etiam vltro repetit a debitore actione contraria pigneratitia, non vt glossæ tentant, neg. gest. quia propter suam partem, & sui causa potissimum id fecit, vt totum pignus haberet, & coactus, vt dixi, necessitate adiudicationis. Ergo ea res non venit in contrariam actionem neg. gest. sed in contrariam pigneratitiam. *Ait eius, quod propter necessitatem impendit, etiam vltro est actio creditori*, id est, coheredi, cui pignus adiudicatum est, etiam *vltro*, id est, ea actio ei est etiam non lacessito actione directa pigneratitia. Contraria actio moueri potest sine principali, id est, sine directa *l. in commod. §. 1. commod.* Vt item si procurator se animosius gesserit in licitando, sua ei insania imputatur, non domino, nec eo nomine competit contraria actio mandati, vel neg. gest. Ita & si vnus ex heredibus rem defuncto pigneratam animosius licitus sit, id ei imputabitur non debitori, & consequenter non poterit vltro prouocare debitorem, & agere contraria pigneratitia, vt pignus luat, sed tamen aduersus agentem debitorem directa pigneratitia, poterit se tueri exceptione doli mali, nisi debitor ei refundat omnem pecuniam, quam defuncto debuit, cuius partem iam coheredi prorogauit.

Ad legem 1. communi diuid.

Communi diuidundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales inuicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum diuisionem. Denique cessat communi diuidundo iudicium, si res communis non sit.

Restant 3. leg es ex hoc libro, quæ sunt in *tit. comm. diuid. lex 1. 8. & 10.* In l. 1. ostenditur actionem communi diuid. quę redditur inter socios, hoc distare ab actione pro socio, quæ etiam redditur inter socios, quod actio pro socio vltro citroq; ex vtroque latere pertineat ad personales præstationes, id est, quod sit actio in personam tantum, non in rem. *Magis*, inquit, *ad personales inuicem præstationes pertinet.* Vbi *magis*, quod nec Accursius ignorauit, accipitur *ποθικῶς* non *συγκριτικῶς*. Actio autem communi diuidundo pertinet etiam ad communium rerum diuisionem, hoc est, non tantum est de personalibus pręstationibus, sed etiam de rebus. Denique mista est actio, tam in rem, quam in personam: vel potius actio in rem, quæ tamen admittit personales pręstationes, id est causas pendentes ex re communi, vel ex rebus communibus, vt ait *l. inter coheredes, in prin. sup. tit. prox.* Et ideo si nulla res communis sit, cessat actio communi diuidundo, *l. 9. comm. vtr. iud.* Denique si parte fundi petita rei vindicatione, iudicatum sit fundum non esse communem, postea eidem agenti communi diuid. obstat exceptio rei iudicatæ, *l. 8. de except. rei iud.* quia vbi res communis non est, cessat actio communi diuid. Eademque ratione, si agatur communi diuidundo, & fundus negetur esse communis, prius constare debet, fundum esse communem, petita parte fundi, quam præcedat iudicium communi diuid. *l. 18. de except.* Neque huic sententiæ obstat, quod etiamsi res communis esse desierit in rerum natura, si interierit, vel si vnus ex sociis partem suam alienauerit, quibus modis plane desiit esse communis, tamen inter eosdem, inter quos ante fuit communis, datur vtilis actio communi diuid. de personalibus præstationibus *l. 6. in princ. l. 7. l. 11. hoc tit.* Sed

hoc ideo, vt respondeam, quia hæ causæ, siue personales præstationes pendent ex re communi, id est, ex re, quæ fuit, communis. Hæ causæ sunt appendices rei communis, reliquiæ rei communis sunt. Et aliæ sunt differentiæ inter actionem pro socio & communi diuidundo. Hæc est quasi ex contractu, illa ex contractu societatis. Hæc non est famosa, quia potius in rem actio est, & nulla actio in rem est famosa, vel esse potest famosa, cum non in personam detur. Illa autem actio pro socio proculdubio est famosa & turpis. In actionem communi diuid. nomina non veniunt, quia ipso iure diuisa sunt ex 12. tab. pro portionibus, quæ cuique competunt: In actionem pro socio non corpora tantum veniunt, sed & nomina, *l. si actum, pro soc.*

Ad l. 8. eod.

Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his diuidere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest. 1. §. *Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat, inter legatarium & heredem communi diuidundo agi potest: aut incertæ partis vindicatio datur. Similiter fit, & si peculium legatum sit: quia in quantum res peculiares diminuit id, quod domino debetur, incertum est.* 2. §. *Venit in communi diuidundo iudicium etiam, si quis rem communem deteriorem fecerit: forte seruum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo.* 3. §. *Si communis serui gratia, noxæ nomine plus præstiterit: æstimabitur seruus, & eius partem consequetur.* 4. §. *Item si vnus in solidum de peculio conuentus, & damnatus sit, est cum socio communi diuidundo actio, vt partem peculij consequatur.*

IN principio h. l. ostenditur, si plures sint socij, qui rem communem habeant, inter pauciores ex pluribus accipi posse iudicium communi diuid. vt scil. inter eos res communis diuidatur: inter eos autem & cæteros communis remaneat, quod seruatur etiam in iudicio familiæ ercisc. quod ex pluribus heredib. inter pauciores accipi potest *l. 2. §. dubitandum, fam. ercisc.* Hoc quemadmodum fieri possit, valde disputatur ab Acc. & interpretibus. Sed nihil est facilius, vt pauciores rem communem diuidant, cæteri non diuidant. Nam hoc fit saluo iure, saluáque parte cæterorum pro indiuiso in re communi, vel in singulis rebus communibus, si plures sint, quam, quasve pauciores inter se diuiserint. Et fit etiam hoc sæpe inter pauciores diu nimis absentibus cæteris, *l. coheredibus, C. fam. ercisc.*

Ad §. 1.

SEquitur in *§.* 1. Iudicium communi diuidundo, prouocante legatario accipi posse inter legatarium, & heredem, vt inter eos res legata diuidatur, si lex Fal. interuenire videatur, quæ minuit legata, vt, inquam, diuidatur pro dodrante & quadrante: dodrans legatario, quadrans heredi assignetur. Et hoc ita fit, vt hac de re agatur iudicio communi diuid. non quidem, si certum sit legem Falc. locum habere, quia tunc ipso iure, id est, lege Falc. res legata diuiditur inter heredem, & legatarium pro dodrante & quadrante. Sed si sit incertum, an lex Falc. locum habeat, vt sc. hoc liqueat, hoc fiat certum arbitrio iudicis communi diuid. Et si cognouerit legem Falc. interuenire, iubeat eos inter se rem diuidere, ex l. Falc. pro dodrante, & quadrante. Incertum sæpe est an lex Falc. locum habeat propter incertam rationem æris alieni, qua subducta demum habetur ratio legatorum, & legis Falc. *l.* 1. § *si autem, si cui plusquam, per leg. Fal.* vel etiam, inquit, Paul. isto casu incertæ partis vindicatio datur, communi scil. diuid. actio legatario datur, si legatarium heres non negat esse legatarium, incertæ autem partis, puta dodrantis vindicatio legatario datur si legatarium heres negat esse legatarium, sicut fam. ercisc. iudicium datur ei, quem aduersarius non negat esse coheredem. Petitio autem hereditatis, quæ & ipsa vindicatio est, datur ei, quem aduersarius negat esse coheredem. Et est hoc casu petitione hereditatis agendum, priusquam familiæ ercisc. Ac similiter, rei vindicatione priusquam communi diuid. *l.* 1. *sup. tit. prox.* Eadem ratio interuenit, si peculium serui sui testator alij legauerit, quoniam & hoc legatum etiam cessante Falc. proprio quodam iure minuitur, nimirum ex rebus peculiaribus, deducto eo quod domino, id est, testatori debebitur, & nunc debetur heredi eius, quod quantum sit si ignoretur, si incertum sit, legatario cum herede est actio communi diuidundo, vt ea de re liqueat apud arbitrum, aut vindicatio incertæ partis secundum supradictam distinctionem. Et notandum, quod Paulus hic statuit, duo esse genera minuendi legati. Vel enim minuitur leg. Falc. vel habita ex peculio legato deductione eius, quod domino debetur, vel conseruis, vel liberis eius domini. Dixi autem vtroque casu, siue lex Falc. rem legatam, siue quod domino debetur, peculium legatum minuisse dicatur, legatario dari posse iudicium communi diuidundo, legatario prouocante posse accipi iudicium communi diuidundo inter legatarium & heredem. Dixi, inquam, legatario dari, non heredi, legatario prouocante, non herede, quia heres ipse vltro hoc iudicio prouocare legatarium non potest, quia retentionem tantum, & deductionem Falc. habet secundum ius, quod semper obtinuit ante Iustinianum, non vindicationem. Hodie ex constitutione Iustiniani quia & habet Falcidiæ vindicationem heres, proculdubio poterit etiam ipse prouocare legatarium iudicio cōmuni diuidundo, sed non eo iure, quod ante Iustinianum obtinuit, quia heres habuit tantum retentionem Falc. non petitionem, non vindicationem Falc. qua de re adi obseruationem 8. cap. 2. & eius similiter, quod defunctus seruus debuit, quasi debiti naturalis, neque enim seruus domino obligatur ciuiliter, sed naturaliter tantum, retentionem heres tantum habet, non petitionem. Ex naturali obligatione retentio est, non petitio, & qui retentionem tantum habet, non vindicationem, hoc iudicio, id est, communi diuidundo quod præcipue pro rei vindicatione est, experiri non potest, *l.* 14. §. 1. *h. t.* quod maxime notandum est.

Ad §. pen.

SEquitur in *h. l.* Venire in iudicium communi diuidundo, quod est de præstationibus personalibus, quod socius dolo malo, aut culpa in re communi admisit: vt si seruum communem vulnerauerit, aut fustibus debilitauerit, si eius animum corruperit, si arbores fundi communis exciderit. Quo exemplo etiam Caius vtitur in actione finium regundorum, quę & ipsa non tantum est de rebus, sed & de personalibus præstationibus, §. *pen. Instit. de offic. iud.* Et procedit idem exemplum etiam in actione fam. ercisc. Et notandum eodem nomine, puta quod socius rem communem deteriorem fecerit, socio in socium competere actionem legis Aquil. *l.* 10. *h. t.* vel actionem serui corrupti, si serui communis mores corruperit, *l.* 9. *de ser. corr. l.* 10. *de nox. act.* Hæ actiones, puta legis Aquil. vel serui corrupti huius facti pœnam & rem persequuntur: actio communi diuid. persequitur tantum rem, siue id quod interest.

Ad §. vlt.

PErtinet etiam ad personales præstationes, quod idem Paul. tradit in §. *vlt.* Si serui communis nomine vnus ex sociis ex delicto serui communis conuentus noxali iudicio litis æstimationem præstiterit, noxæ æstimationem, quum expediebat seruum potius noxæ dedere, quod forte æstimatio litis longe superaret pretium serui, eum, qui plus præstiterit, quam sit in pretio serui, actione cōmuni diuid. a socio consecuturum non quidem partem totius, quod præstitit, sed partem tantum pretij quanti seruus est, pro quo præstitit integram litis æstimationem, vt in *l.* 17. *de nox. act.* Contra si ex maleficio serui communis conuentus vnus ex sociis

sociis actione noxali, litisæstimationem præstiterit, cum hoc expediret, quod seruus esset pretiosior, tunc totius æstimationis, quam præstitit, hoc iudicio partem a socio consequetur, vt in *l.* 25. §. *si vnus, sup. tit. prox.* Item si serui communis nomine, vnus ex sociis conuentus actione de peculio ex contractu serui integram debiti quantitatem præstiterit, pari ratione eum pro parte peculij, aut sane peculij partem a socio consecuturum iudicio communi diuidundo, vt *l. & ancillarum* §. *vlt. de pecul.* Hæc omnia sunt de præstationibus ad quas etiam pertinet, quod est initio legis decimæ.

Ad l. 10. eod.

Item quamuis legis Aquiliæ actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socij præstet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliæ actio nascitur. 1. §. *Si vsus tantum noster sit, qui neque venire, neque locari potest: quemadmodum diuisio potest fieri in communi diuidundo iudicio, videamus. Sed prætor interueniet, & rem emendabit: vt, si iudex alteri vsum adiudicauerit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non vti: quasi plus faciat qui videtur frui: quia hoc propter necessitatem fit.* 2. §. *In communi diuidundo iudicio, iusto pretio rem æstimare debebit iudex: & de euictione quoque cauendum erit.*

SI vnus ex sociis seruum communem vulnerauit, id venit, vt dixi iam sup. in iudicium communi diuidundo, atque etiam in actione legis Aquiliæ, viuo scilic. socio, qui communem seruum deteriorem fecit, vulnerauit, & mortuo socio eo nomine heres quidem eius tenetur actione communi diuidundo, id est, alter socius agendo cum herede eius communi diuidundo, in hoc iudicium id quoque deducit, quo defunctus seruum communem deteriorem fecit. Cæterum heres eius, non tenebitur actione legis Aquiliæ, quia pœnalis est actio. communi diuidundo actio transit quidem in heredem, sed non actio pœnalis, veluti legis Aquiliæ.

Ad §. pen.

IN hoc §. penult. ostenditur, vsum communem rei certæ, fac vsum fundi esse legatum duobus coniunctim, hunc, inquam, vsum ipso iure non venire in iudicium communi diuid. quia indiuiduus est, *l. vsus pars, de vsu & habit.* neque enim fundo potest quis vti pro parte, pro parte non vti. qui vel minimo fundo vtitur, in totum eo fundo vtitur. qui vsum diuidit, naturam eius corrumpit, *l. via, de seruit.* Ac præterea vsus, neque vendi alij, neque locari potest. Quare? quia hoc vsuariis tantum datum est, vt re scilicet suo corpore vtantur: non etiam alieno corpore, non etiam, vt ex ea re quæstum faciant: nudus vsus eis datus est, non omnis vtilitas rei, non omne emolumentum rei eis concessum est, sed nudus tantum vsus, *l. sed neque, l. cæterum l. pen. de vsu & habit.* Licentia vendendi, aut locandi in fructu connumeratur: at vsuarij fructum non habent, vt neque vsus possit vendi, neque locari. Ergo nec adiudicari vni ex sociis, quia adiudicatio pro emptione est, aut certe pro locatione, quæ proxima est emptioni venditioni. Quid igitur fiet, si agatur de diuidendo vsu inter socios? necessitas rei efficit, vt permittamus iudici communi diuidundo vni ex sociis vsum in solidum adiudicare sub onere præstandæ alteri socio certæ mercedis, certæ pensionis pro eius parte. Atque ita, vt quasi quædam locatio vsus contrahatur, vt is, cui adiudicatur vsus, pro parte vsum locet socio, certa mercede: nec tamen ideo minus alter vti videbitur, quia locatio facit vt fruatur, quod plus est, quam vti. Inde in contractu locationis conductionis passim in *tit. locati,* subditæ leguntur hæ cautiones & formæ, frui licere: hoc genere negotij hoc agitur, vt conductor fruatur, non vt vtatur: tamen & qui fruitur, vtitur etiam, non e conuerso. Paul.

Et ita ait, eum, qui videtur frui, quia plus facit, & vti videri, quod est minus, quia qui quod plus est facit, & quod minus est, facit non retro. Et in hoc potest duci argumentum ex *l.* 7. *de aqua, & aq. pluu. arc.* Et hoc vero ita, si fecerit iudex communi diuidundo, quamuis iure non fecerit, tamen prætor tuebitur. Quod iure non fit, tuitione prætoris conseruatur, & necessitas facit, vt id prætor tueri debeat atque ita emendare ius ciuile, siue iuris ciuilis rigorem. Quo verbo etiam vtitur hoc loco Paulus, dum ait, *prætor. interueniet, & emendabit:* necessitas hoc facit, quoniam res aliter expediri non potest: & necessitati succumbimus, vt ait eleganter *l. pen.* §. *vlt. de excus. tut.* & confirmat *l.* 22. §. 1. *sup. tit. prox.* Quod denique iure non fit, id fit extra ordinem per prætorem: adiudicatio illa iudicis indiget tuitione prætoris: neque enim id per se iudex potest, sed quod fecerit iudex, id approbare & tueri prætor debet.

Ad §. vlt.

QVod est in extremo huius legis, iam explicatum est. In iudicio scilicet communi diuid. vt fit etiam in iudicio fam. ercisc. iudicem iusto pretio res æstimare debere, vt in *l.* 3. *C. comm. diuid.* Et curare etiam debere, vt eis, quibus res adiudicantur caueatur de euictione, vt *l.* 25. §. *pen. sup. tit. prox.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXIV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

QVantum potui coniicere perlectis omnibus legibus, quæ ex hoc libro sumptæ sunt, videtur Paulus tractasse de stipulationibus prætoriis tantum, quæ scilicet interponuntur ex edicto & iussu prætoris, & actionum instar obtinent, vt ait *l.* 37. *de oblig. & action. & l. non solum, rem rat. hab. & l. non solum, de procur.* Ac proinde primam, quæ se offert ex hoc libro *l.* 24. *de neg. gest.* refero ad stipulationem *rem rat. hab.* quæ est ex prætoriis stipulationibus.

Ad l. 24. de neg. gest.

Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, vt ea ipsa creditoris fieret: proprietas quidem per procuratorem non adquiritur: potest tamen creditor, etiam inuito me ratum habendo, pecuniam suam facere: quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit: & ideo creditoris ratihabitione liberor.

SPecies eius hæc est. Debitor procuratori creditoris sui pecuniam debitam dedit hac mente, vt eam faceret creditoris, id est, vt eam creditori traderet, cum ei creditor non mandasset, vt eam reciperet a debitore. Non fuit igitur procurator ex mandato, ex contractu, sed negotiorum gestor, quem idem Paulus in Sententiis, itemque Marcus Tullius, *procuratorem & amicum voluntarium* vocat. Ait autem Paulus in hac lege, *per eum procuratorem,* id est, per negotiorum gestorem, qui mandatum non habet, eius pecuniæ, quam accepit a debitore, dominium creditori non adquiri, etiamsi creditoris nomine acceperit, eodemque nomine debitor ei numerauerit: nisi ei postea procurator ipse eam creditori renumerauerit, quo solo genere fieri potest creditoris. Et longe igitur alia est ratio procuratoris, qui mandatum habet: Hic enim si mandatu creditoris pecu-

niam, vel quamlibet aliam rem a debitore acceperit nomine creditoris, eodem nomine ei datam, eius pecuniæ reive dominium creditori ipso iure adquiritur etiam ignoranti, etiam nondum ei re a procuratore tradita, *l. procurator, l. per seruum §. vlt. de adquir. rer. dom. l. qui mihi, de donat.* Quia creditor, qui mandauit procuratori suo, vt eam acciperet, vtique voluit eam sibi adquirere, & debitor quoque ipse, qui eam procuratori eius, nomine eius dedit, intelligitur eam ei dedisse, atque ita fecisse propriam creditoris, vt nec alia traditione sit opus. At si eam pecuniam procurator, qui mandatum habet, id est, mandatarius acceperit nomine suo, non nomine domini, nomine creditoris: tunc sane non ante proprietas, vel dominium eius pecuniæ creditori adquiritur, quam ille eam creditori tradiderit. Et ita accipienda est lex *res 59. de adquir. rer. dom.* quæ alioquin pugnaret cum d. l. *si procurator.* quod confirmat lex *quod meo, de adquir. poss. & lex 2. C. de iis, qui a non dom. man. sunt.* Et hæc quidem ita se habent in procuratore, qui mandatum habet. At etiam si procurator, qui mandatũ non habet, id est, negotiorum gestor, de quo in h. l. agitur, a debitore pecuniam acceperit nomine creditoris, debitor quoque ei numerauerit nomine creditoris, vt eam faceret creditoris, hoc solo, si non eam creditori numerauerit, dominium eius pecuniæ creditori non adquiritur, quia ea res gesta est sine mandato & voluntate eius. Sed vt Paulus eleganter docet in hac lege si postea creditor rem ratam habuerit, quod potest etiam inuito debitore, ratihabitione dominium pecuniæ ei adquiritur, & debitor ab eo liberatur. Denique ratihabitio mandato comparatur: ratihabitio tantum potest, tantumve efficit, quantum mandatum. Ideo autem etiam inuito debitore ratum habenti creditori pecunia adquiritur, quia voluntarius procurator accipiendo creditoris negotium gessit, non debitoris. Et ideo creditoris solius, non etiam debitoris voluntas spectatur. Proinde ratihabitione creditoris, etiamsi tum non eadem sit voluntas debitoris, quæ fuit initio, nempe vt pecuniæ dominium transeat ad creditorem: ergo etiam inuito debitore, qui mutauit sententiam, ea pecunia creditori, qui rem gestam ratam habet, adquiritur, & debitor etiam inuitus liberatur, qui & ab initio in danda procuratori pecunia, potuit eo nomine sibi prospicere, interposita stipulatione rem ratam haberi: quia non nisi creditor ratum habeat, debitor liberatur. Neque etiam aliter pecuniæ dominium creditori quęritur, quam si ratum habeat. Dominio pecuniæ creditori quæsito, consequens est, debitorem liberari: & retro dominio non quæsito creditori, debitorem non liberari. Notandum est, quod ait, procuratorem, de quo hic agitur, creditoris duntaxat negotium gessisse, non debitoris: Nam si debitoris negotium gessisset, & ex mandatu eius ab eo pecuniam accepisset perferendam ad creditorem & faciendam creditoris propriam, non posset re integra, id est, nondum perlata pecunia ad creditorem, aut promissa ei, constitutaue, non posset, inquam, ea pecunia inuito debitore creditoris fieri, etiamsi creditor ratum haberet, quia non est eius ratum habere, quandoquidem non est ei gestum negotium, sed debitoris. inanis ergo, imo stulta est ratihabitio, quę fit ab eo, cuius negotium gestum non est. Nec igitur eius voluntas spectanda est, sed debitoris tantum, cuius negotium procurator gerendum suscepit ex eius mandato: quod quidem mandatum secundum regulam iuris re integra debitor mutare & reuocare potest. Quod etiam hoc loco Accursius notauit rectissime.

Ad legem 6. si mens. fals. mod.

Siue de itineris latitudine, siue de seruitute immittendi proiiciendique quæritur: siue aream, vel lignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit.

QVæ sequitur in hoc libro in Pandectis Florentinis, est *l. 6. si mens. fals. mod. dix.* quæ tamen in aliis exemplaribus rectius tribuitur lib. seq. id est, lib. 25. vt & *l. 2. & 4. eiusdem tit.* Itaque, quoniam aliorum librorum inscriptio sane verior est, eam legem reiiciemus in libr. seq.

Ad legem 29. de const. pec.

Qui iniuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum tenetur actione, constituendo tenetur.

ETiam adfirmo vitiatam esse inscriptionem huius legis, quæ parua de re est, vt hic exponam breuiter, & obiter. Hoc tantum vult, non solum debitum ex quocunque contractu constitui posse, vt *l. 1. §. debitum, eod. tit.* sed etiam debitum ex quocunque maleficio. quod debes ex contractu, vel ex maleficio, id recte constituis te soluturum. Et ita obligaris ea ratione iure honorario actione constitutæ pecuniæ. Id vero nihil pertinet ad hunc librum 24. qui totus est de stipulationibus prætoriis, sed potius ad librum 29. cuius pars maxima est de constituta pecunia. Et vt in illo titulo de constituta pecunia sunt ex Pauli libro 29. leges 8. vel 9. ita & eidem libro supradicta lex 29. vindicanda est.

Ad legem 26. de admin. tut.

(Cum) curatore, & protutore etiam manente administratione, agi potest.

TRanseamus ad leg. 26. *de admin. tut.* quæ respicit ad stipulationem *rem pupilli, vel adolescentis saluam fore,* quę est ex stipulationibus prætoriis, ex qua cum curatore, & cum protutore qui non est tutor, sed qui pro tutore se gerit, vt ait hæc lex 26. etiam manente administratione statim agi potest, vt quæque res pupilli, vel adolescentis salua non esse cœperit, vt in *l. 4. §. hanc stipulationem, & §. pen. rem pupil. salu. fore. l. 1. §. sed pro tutore, de cont. tut. act. l. 1. §. cum eo, de eo qui pro tut. neg. gess.* Ergo ait recte *d. l. 26.* cum curatore, & protutore etiam manente administratione agi potest, ex stipulatione scilicet *rem pupilli, vel adolescentis saluam fore.* Ait cum curatore, vel protutore, ad differentiam tutoris, cum quo, vel cum fideiussoribus eius ex ea stipulatione agi non potest, antequam finita sit tutela, finita administratio, sicut nec tutelæ iudicio agi potest manente administratione, manente tutela, sed ea finita demum, *d. §. hanc stipulationem, l. 16. de tut. & rat. distr.*

Ad legem 1. rem pupil. saluam fore.

Cum pupillo rem saluam fore satisdatum sit: agi ex ea tunc potest, cum & tutelæ potest.

ET cum hac l. coniungenda est omnino lex 1. *rem pupil. salu. fore,* quæque est etiam ex eodem lib. Paul. Et ait non ante ex ea stipulatione agi posse, quam & tutelæ agi possit. Ergo non manente tutela, nonnisi finita tutela. Coniunctio vtriusque legis patefacit hanc differentiam. cuius rationem si requiras, dicam simplicius, eam esse positam in vtilitate pupillorum: hanc differentiam efficere rationem vtilitatis pupillorum. Quod etiam demonstrat *d. l. 16. de tut. & rat. distr.* nempe, vt quamdiu pupilli agunt sub tutoribus, quidquid negotij cum iis habent, differatur in tempus pubertatis, nec quidquam de eo cum tutoribus disceptetur antequam sua tutela functi fuerint. Quæ vtilitas etiam facit, vt & si negotium sit aliquod pupillo cum extraneo, si modo id sit de re pupilli summa, puta de bonis paternis, de statu capitis, differatur in tempus pubertatis ex Carboniano edicto, de quo extat titulus.

Ad l.

Ad legem 10. de auctor. tut.

Tutor, qui per valetudinem, vel absentiam, vel aliam iustam causam auctor fieri non potuit, non tenetur.

PORRO ad eandem stipulationem pertinet *lex* 10. *de auctor. tut.* ex eodem lib. Pauli, in qua docet, finita tutela, ex ea stipulatione tutorem non teneri ob id, quod pupillo auctor non fuerit, cum id maxime pupillo expediret, in gerendo negotio aliquo, vt auctoritatem ei præstaret: ob eam rem inquam, non teneri ex stipulatu, si per aduersam valetudinem, vel per absentiam Reipublicæ causæ, vel aliam iustam causam, id tutor præstare non potuerit, quia dolo & culpa caret. Nihil est æquius aut facilius.

Ad legem 7. de vi & vi arm.

Cum a te deiectus sim: si Titius eandem rem possidere cœperit: non possum cum alio, quam tecum interdicto experiri.

PVto etiam ad eandem stipulationem pertinere, aut inflecti posse commodissime hanc leg. 7. quæ est ex eodem libro, & ait ei, qui deiectus est de possessione, etiamsi postea alius forte sine vitio eandem rem possidere cœperit, non in eum dari interdictum vnde vi, ad quem eius rei possessio peruenit, sed tantum in eum, qui deiecit. Hoc interdictum personam sequi, non rem: & alio scil. iure esse actionem quod metus causa, quæ sequitur rei ab alio metu extortæ quemcumque possessorem, etiamsi crimine careat, quia in rem scripta est, *l.* 14. *§. in hac actione, quod met. c. aus.* Cæterum exemplo interdicti vnde vi, recte dices, si per tutorem factum sit, vt res quædam pupilli abesset, quamuis ea sit salua apud alium, nec vtilitatem quidem pupilli efficere posse, vt in alium committatur stipulatio rem pupilli saluam fore, quam in tutorem, vel fideiussores eius, quia cum alio contractum non est, *l. pen. rem pupill. salu. fore.*

Ad l. 1. iudic. solui.

In stipulatione iudicatum solui, post rem iudicatam statim dies cedit, sed exactio in tempus reo principali indultum differtur.

AD eas stipulationes prætorias etiam pertinere hanc l. manifestum est, quoniam ea lex ait, stipulationem iudicatum solui, quæ ex earum genere est, statim post rem iudicatam cõmitti, sed differri exactionem iudicati in tempus reo principali, qui iudicatus est, legibus & constitutionibus indultum iudicati faciendi causa. Et ait, *reo principali,* ad discretionem siue differentiam fideiussorum eius: quia mora eius temporis, quod humanitatis gratia indulgeri dicitur iudicatis, *l.* 16. *in fi. de compens.* reo tantum principali hoc iure ante Iustinianum, id est, ante *l. vlt. §. vlt. C. de vsur. rei iudic.* reo inquam tantum principali interuallum illud temporis proficiebat, non fideiussoribus eius: hoc reo principali dabatur benigne, & benigne concessa vni, ægre iuris auctores trahebant ad consequentias, *l. qui negotia, mand. l.* 13. *de legib.* Id vero tempus puto omnes scire olim fuisse triginta dierum ex 12. tab. in quibus *iusti dies* dicuntur. post fuisse duorum mensium: & ad extremum quatuor. moribus nostris huius temporis nulla certa intercapedo est, imo nec vlla solet respiratio iudicato indulgeri ad faciendum iudicatum, nisi perraro, & arbitrio iudicis dato interuallo aliquo, & reo postulante.

Ad legem 73. de verb. oblig.

Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit: veluti si id, quod in vtero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum A *naturam præstari potest. Sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit: tacite tempus complecti videtur, quo perueniri Carthaginem potest. Item si operas a liberto quis stipulatus sit: non ante dies earum cedit, quam indictæ fuerint; nec sint præstitæ.*

1. §. Si seruus hereditarius stipulatus sit: nullam vim habitura sit stipulatio, nisi adita hereditas sit: quasi conditionem habeat. Idem est & in seruo eius, qui apud hostes est.

2. §. Stichi promissor, post moram offerendo, purgat moram; certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit.

PORRO cum illa *l.* 1. *iudicat. sol.* coniungenda est *lex* 73. *de verborum obligat.* quæ est ex eodem libro, & quæ, vt B obligatio quæ nascitur ex stipulatione iudicatum solui, ex legibus dilationem capit, quamuis ea sit pura, & eius dies cedat statim post rem iudicatam, vt ait *l.* 1. Ita docet in illa *l.* 73. alias plerasque stipulationes puras ex re ipsa dilationem capere. Neque igitur hoc esse nouum in stipulatione iudicatum solui: vt si quis pure stipuletur fructus, aut partus futuros: neque enim ante incipit actio, quam partus editi, aut fructus producti, & coacti fuerint. Item si quis pure stipuletur domum ædificari: neque enim ante incipit actio, quam tempus prȩterierit intra quod promissor domum ȩdificare potuit, vt *l.* 14. *& l.* 84. *eod. tit.* Item si quis cum Romæ esset, pure stipuletur tot sibi Carthagini dari, ex hac etiam stipulatione agi non potest antequam tempus exierit, quo Carthaginem perueniri potest, *l.* 34. *§. Imperator, de statulib. l. si testamento §. vlt. de fideiuss.* C Item si quis a liberto suo operas aliquot officiales pure stipuletur, non ante peti possunt, quam indictæ, imperatæ, nec præstitæ fuerint, quia ex commodo patroni prȩstandȩ sunt, quum erit commodum patrono, non statim atque interposita est stipulatio: quod multæ admodum leges ostendunt in tit. *de oper. libert.* Et similiter si seruus hereditarius ante aditam hereditatem pure aliquid stipuletur, non ante ex ea stipulatione actio est, quam aliquis defuncto heres extiterit, qui agere possit: nam seruus causam agere non potest. Item si seruus eius, qui est apud hostes, pure aliquid stipuletur, non ante effectum habet stipulatio, quam dominus postliminio redierit, aut ibi decesserit, eique heres ex l. Cornelia aliquis extiterit. Hæc omnia proponuntur D in d. l. 73. Et vltimo loco additur in eadem l. promissorem Stichi, aut pecuniæ certæ, post moram offerendo Stichum, aut pecuniam, purgare, & emendare moram, quam fecerat. Priore etiam purgata mora per oblationem, si postea Stichus oblatus, aut pecunia oblata perierit, agenti stipulatori ex stipulatu obstare exceptionem doli mali. Communem moram stipulatori nocere potius, quam promissori, aut posteriorem moram tantum nocere, & obliterare priorem, quod etiam absque dubio obtinet in stipulationibus prætoriis.

Ad legem 32. de verbor. signific.

Minus solutum intelligitur, etiam si nihil esset solutum.

E POstremo quod ait Paulus ex hoc libro in hac lege minus solutum intelligi, etiamsi nihil sit solutum, pertinet etiam ad stipulationem prætoriam rem ratam haberi, cuius formula breuis hȩc est, amplius non peti, vel amplius non agi, *l.* 4. *§. Cato, de verb. oblig. l. amplius, rem rat. hab.* Et cum doceret Paulus in ea formula, verbum *amplius* ad eum quoque pertinere, cui nihil debetur, vel vt ostendit *l.* 82. *eod. tit.* hunc esse sensum stipulationis, *amplius non peti* ab alio quoquam, cui vel debeatur aliquid, vel nihil: id confirmat ex contrario, hoc modo, quoniam minus etiam soluisse dicitur, qui nihil soluit. non semper hæc vocabula amplius vel minus, esse in comparando. Item Paulus eodem lib. in l. 34. quum ait.

Ad l. 34. eod. de verb. sign.

Actionis verbo etiam persecutio continetur.

Actionis verbo etiam persecutionem contineri, respicit ad latiorem formulam stipulationis rem ratam haberi, quæ est eiusmodi, amplius non petiturum eum, cuius de ea re actio, petitio, persecutio erit, vt constat ex *l. 23. rem rat. hab. & ex Bruto M. Tull.* vbi eadem formula extat: & Paulus in ea formula interpretatur *actionem*, esse in personam actionem: petitionem in rem actionem: persecutionem, extraordinariam actionem, vt *l. 178. eod. tit.* adiecit & actionis verbo sæpe persecutionem contineri: actionis scilicet verbum & generale esse & speciale, quod etiam ait d. l. 178.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad libr. XXV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad legem secundam & quartam, si mens. fals. mod. dixerit.

Vel per litteras. 1. §. Sed si ego tibi, cum esses mensorem mandauerim, vt mensuram agri ageres: & tamen id Titio delegaueris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit: tu tenebris: quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti.

Ex libr. 25. supersunt quatuor leges, quæ pertinent ad actionem in factum, quæ datur in Geometram siue agrimensorem ex edicto prætoris, qui dolo malo, aut lata culpa, quæ semper in iure dolo malo comparatur, falsum modum renuntiauerit. Solentque ij adhiberi sæpe in iudicio finium regundorum, vel a iudice ipso, vel a vicinis siue affinibus, qui inter se iurgant de finibus, *l. 4. §. sed etsi mensor, l. 8. §. vlt. fin. regund.* Et in contrahenda quoque emptione & venditione, quotiens emptor aut venditor agri, qui veniit, modum agri scire cupit, quoniam pro modo agri pretium constituitur. Adhibentur ergo Geometræ, siue agrimensores, vt quis sit modus, quæ mensura agri, de quo agitur, ex fide bona referant, vel vt agrum discernant, disterminent, siue delimitent, ac suis restituant limitibus, non vt assignent vllum locum. Assignare est iudicis cognoscentis de modo finium regundorum, non agrimensoris. *Agrimensor,* inquit, Aggenus Vrbicus de limitibus constituendis, *assignare nullo modo potest, nisi sacra fuerit præceptione firmatus,* id est, nisi ius adsignandi à principe acceperit. Hac vero in re, si quem mensor fraudauerit, in eum ex hoc edicto datur actio in id, quod interest: Basilica: in duplum, forte, quia in casibus certis æstimatio eius quod interest non potest duplum excedere, *l. cum & forte, de act. emp. l. vn. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Denique in mensorem, qui non ex fide bona dolo malo modū agri renunciauit, ex hoc edicto datur actio in id, quod interest. Et non tantum si per se mensor falsum modum dolo malo dixerit, & renuntiauerit, sed si per nuntium, vel per epistolam, vt Paul. noster ait in *l. 2. eod. tit.* Quin etiam, vt ait, si ego mensori mandauero, vt agrimensuram ageret, & non egerit eam ipse, sed hoc negotium Titio demandauerit, delegarit, & Titius in ea re quid dolo malo fecerit, actio est ei cuius interest aduersus priorem mensorem, quia dolo malo versatus est, qui tali homini hanc rem credidit, forte & quia ipse aduersus illum hominem eo nomine agere potest mandati iudicio, vt *l. 8. §. si quis mandauerit, mand.* si quis, inquit, mandauerit, vt mensuram agri ageret, vt Plinius eleganter initio libri secundi: *Quasi vero,* inquit, *mensuram vllius rei agere possit, qui sua nesciat.* Hæc autem actio quæ in mensorem ex hoc edicto competit, est perpetua: quamuis nonnisi dolo mensoris interueniente competat: vt & similiter dicitur de actione tributoria, *l. 8. de tribut. act.* eam esse perpetuam, quamuis nonnisi dolo interueniente competat. Hæc igitur actio est perpetua. Hoc est valde notum vt sit perpetua, quia non solent actiones prætoriæ esse perpetuæ, sed annales tantum, quia & prætura annalis fuit magistratus, §. 1. *Instit. de perpet. & temp. action.* Et maxime annales sunt actiones prętoriæ, quæ dolum puniunt, quia ex delicto dari videntur, licet non pœnæ, sed rei tantum, id est, eius quod interest persecutionem contineant, vt pronum est dicere ex *leg. 9. quod falsa tutor. auct. & l. 8. de alienat. iudic. mut. causa.* hæc actio dolum punit, *l. 1. §. hæc actio, hoc tit.* Qua ratione etiam non datur in heredem mensoris, & aduersus dominum cuius seruus falsum modum dixerit, est noxalis, non de peculio, *l. 3. §. penult. & vlt. hoc tit.* sed tamen est perpetua, quia prætor in edicto nominatim eam anno vtili non circumscripsit, vt solet cæteras actiones. Quare æstimauit eam esse perpetuam?

Ad legem 4. eodem.

Hæc actio perpetua est: quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit.

Ideo esse perpetuam Paulus ait in *l. 4.* quia initium rei non a circumscriptione, siue dolo malo mensoris, sed a suscepto negotio, id est, ex contractu originem accipit. Contrahitur enim cum mensore mandatum sæpe numero, *l. 1. & 3. in princ. hoc tit.* cum illi mandamus, vt agrimensuram ineat, & ille se initurum suscipit, vel contrahitur cum illo locatio conductio, palam & sine rubore, constituta mercede certa pro vicissitudine laboris, siue operæ mensoriæ, vt *l. 4. §. sed si mensor, fin. regund. l. 1. §. penult. hoc tit.* Sunt enim plerique Geometræ ita sordidi, vt nonnisi mercede interueniente interuenire velint: atque adeo, quasi locata sua opera, non erubescant actione ex locato conuentam sibi mercedem præstari desiderare. Alij sunt honestiores, qui beneficij loco, vt ait *lex 1. hoc tit.* operam præbent, & si quid datur, accipiunt, non tanquam mercedem, sed tanquam ἀντίδωρον, honorarium vel salarium. salarij appellatio honestior est, quam mercedis, & eadem quę honorarij, siue honoris prorsus: neque etiam id sibi dari, si promissum fuerit, petunt, veluti ex locato, sed per prętorem, aut pręsidem, non per iudicem datum iure ordinario, vt & alij quoque mandatarij: nam & mandatum sui natura gratuitum est, sibi constitutum honorem, siue salarium extra ordinem petunt, *l. salarium, mand.* Causa igitur & prima origo dandæ huius actionis aduersus mensorem, qui falsum modum dixit, proficisci videtur ex negotio gesto, ex contractu: & ideo prętor non facit illam annalem. Eademque ratione significatur *l. 3. §. vlt. hoc tit.* tentari posse, si seruus dolo malo falsum modum dixerit, qui ignorat hanc artem, in dominum eius dari ciuilem actionem mandati, vel ex conducto non in solidum, sed de peculio potius, quam noxalem, quasi scilicet hęc actio sit ex contractu potius, quam ex delicto. Actio noxalis datur ex delicto serui, actio de peculio ex contractu seruij, *l. 1. §. cum vnus, de his qui deiec.* Tentari quidem hoc posse. Verum serui nomine placere magis ex hoc edicto noxalem, quam de peculio competere actionem, *dicta l. 3. §. vlt.* Competit quidem de peculio, sed magis noxalis competit, quam de peculio. Atque ita euenit, vt quasi duplex sit facies huius actionis, quod & in ea admodum singulare est:

& modo

& modo,ſcil.ſi ſpectetur quaſi orta ex contractu,vt ſit perpetua, maxime quia prętor in edicto eam vt cęteras ſolet, non circumſcripſit anno vtili. Item vt ſerui nomine, ſic de peculio,ſi is cuius intereſt,hac actione potius,quam noxali,quæ magis ei competit,experiri malit:modo autem quaſi orta ex delicto, & concepta in dolum malum,vt ſerui nomine ſit noxalis, & vt in heredem menſoris non detur. Et hoc utique tunc ſeruabitur maxime, ſi neque locatio, neque mandatum interceſſerit, vt ſi menſor a iudice adhibitus fuerit, & dolo malo falſum modum dixerit in fraudem eius,ad quem ea res pertineret,vt *l.3.§.idem Pomponius,hoc tit.* quia qua in ſpecie menſor, quem iudex adhibuit, & quem pars nulla rogauit, nihil negotij geſſit cum partibus. Deniq; in ea ſpecie nulla alia poteſt eſſe cauſa actionis,quā dolus malus. Alias ſi contractus interceſſerit, quaſi orta ex contractu videtur etiam in heredem competere, tametſi dolus interuenerit:nam illud notiſſimum eſt, ex contractibus actionem dari in heredes ,etiamſi in eis delictum verſetur,dolus malus interueniat, atque is etiam interſit, *l. ex depoſiti,de oblig. & act.* Retro autem quaſi orta ex delicto annua potius eſſe videtur quam perpetua : & tamen obtinuit eam eſſe perpetuam. Denique hæc actio faciem habet variam, ad omnium actionum ſpeciem. Et hoc in ea proprium, vt dixi, & ſingulare eſt.

Ad legem 6. eod.

Siue de itineris latitudine, ſiue de ſeruitute immittendi proiiciendique quæratur : ſiue aream, vel tignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit.

PORRO eidem libro Pauli vulgo tribuitur *lex 6. h. tit.* rectius,vt memini me dicere quam in Florentinis, libro ſuperiori. In qua Paulus oſtendit, hoc edictum pertinere non ſolum ad agrimenſorem,ſed etiam ad quemlibet menſorem alterius rei,veluti menſorem frumentarium, qui in *l. 5. §. vlt. hoc tit.* ſignificatur his verbis : qui in frumenti menſura fefellerit,quod non eſt,ſi falſo modo,aut falſo rutello vſus fuerit, quoniam hic grauius punitur : ſed ſi iuſto vſus modio falſam menſuram renuntiauerit, non de falſo commiſſo ex hoc edicto agitur,ſed de falſo renuntiato:non de falſo, ſed de tecto mendacio, quæ ſpecies vna eſt doli in iure plectendi. multæ ſunt & variæ actiones, multa iudicia. Idemque erit ſi menſor de latitudine itineris,aut viæ, cum de modo eius quæreretur inter vicinos fundos, vno pleno & libero,altero debente viam,aut iter,mentitus fuerit, latiorem forte eam eſſe renuntians, quam reuera ſit: item ſi adhibitus metiendæ areę, vel metiendo lapidi, metiendæ columnæ, aut metiendo tigno forte immiſſo, mœnianoue proiecto in vicini ædes, cum eſſet ei immiſſioni vel proiectioni ex conuentione vicinorum dictus certus modus, ille falſum modū renuntiauit.Et hoc vult lex ſexta.

Ad l. 28. de fideiuſſoribus.

Si contendat fideiuſſor cæteros ſoluendo eſſe : etiam exceptionem ei dandam, ſi non & illi ſoluendo ſint.

HÆc lex ait, vnum ex pluribus fideiuſſoribus eiuſdem rei pecuniæue conuentum in ſolidum, quod fit recte,quia ipſo iure ſinguli tenentur in ſolidum , ſi cæteri fideiuſſores ſoluendo ſint,etiā hac exceptione ſe tueri poſſe, ſi non & cæteri fideiuſſores ſoluendo ſint. per quam exceptionem hoc conſequitur, vt etſi conuentus ſit in ſolidum, duntaxat damnetur in virilem portionem,atque ita fruatur beneficio diuiſionis, quod dedit epiſtola D. Adriani.Idemque videtur dici poſſe de pluribus menſoribus,quibus quis mandauerit, vt menſuram agri agerent : Nam & debitor pluribus fideiuſſoribus mandat,vt fideiubeant.Denique & menſores & fideiuſſores ſunt mandatarij. Vt item fideiuſſores ſinguli ipſo iure tenentur in ſolidum:Ita & menſores ſinguli,ſi verum modum non renuntiauerint, *l. 3. in princ. Paul. ſi menſ. falſ. mod. dix.* Et forte, quod maxime notandum, ſicut pluribus fideiuſſ. aut mandatariis aduerſus eos,quibus ſe pro aliis obligauerunt, ſi omnes ſoluendo fuerint litis conteſtandæ tempore, beneficium diuidendæ actionis datur ex epiſt. D. Adriani,ſiue D. Pij: ita etiam aduerſus eos pro quibus interuenerunt, quibus ipſi ſunt mandatarij, ſi qua ex cauſa ab eis conueniantur, idem beneficium datur, vt innuit *l. creditor §. duobus, mand.* quæ dicit,ſi duo ſint mandatarij & conueniantur ob rem mandatam non bene geſtam,competere quidem in ſingulos actionem in ſolidum,ſed ab vtroque non eſſe exigendum amplius debito. Aliud eſt conueniri,aliud exigi. ſinguli conueniuntur in ſolidum:ita eſt.at ſinguli non exiguntur in ſolidum, quia bona fides non patitur vt bis idem actor ferat. ſinguli ergo exiguntur tantum in partes viriles.Et ſimiliter plurib. menſoribus,quibus mandatum erat,vt metirentur agrum, conuentis in ſolidum ex hoc edicto actione in factum ob cauſam renuntiati falſi modi, ſi omnes ſoluendo ſint litis conteſtandæ tempore, idem beneficium diuiſionis eis datum videtur:ac proinde vni conuento in ſolidum danda eſſe videtur illa exceptio,ſi non & cęteri ſoluendo ſint. At quæritur quid in hac *l. 28.* faciat ille articulus, *etiam,* aut quo referatur:habet enim vim ἀναφορικὴν, *vim relatiuam?* Et puto hanc eſſe mentem Pauli:Beneficio epiſtolæ D.Adriani vnum ex fideiuſſoribus conuentum in ſolidum,& vocatum in ius ad prętorem, vbi vt *Marc. Tull. ait 2. de inuent.* actiones & exceptiones poſtulantur, & quodammodo agendi poteſtas datur,& omnis exceptio priuatorum iudiciorum conſtituitur.agitur ad plenum apud iudicem,quem prætor dederit,ſed & quodammodo prius agitur apud prętorem , quum ab eo actiones, & exceptiones poſtulantur. Vnum igitur ex fideiuſſoribus vocatum in ius ad prætorem, & appellatum de exſoluendo ſolido,non tantum allegato beneficio epiſtolæ Diui Adriani, a prętore impetrare poſſe, vt in ſe pro parte tantum virili detur actio, vt in *l. ſi teſtamento §. quod ſi duo, hoc tit. §. ſi plures, Inſtit. eod.* Sed etiam actione in ſe concepta in ſolidum impetrare poſſe, vt ei actioni adiiciatur exceptio,ſi non & cæteri ſoluendo ſint, vt *l. inter eos §. 1. eod. tit.* Opus eſt hac in re prætoris auxilio, qui diuidat actionem, vel actioni datæ in ſolidum ſubiiciat modum illum, ſi non & cæteri idonei ſoluendo ſint, quia obligatio inter fideiuſſores ex epiſtola Diui Adriani ipſo iure non diuiditur, *l. 26. hoc tit.* Itaque prætoris interuentu opus eſt.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXVI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 10. ad exhibend.

Si optione intra certum tempus data iudicium in id tempus extractum eſt, quo fruſtra exhibetur, vtilitas petitoris conſeruetur. Quod ſi per heredem non ſtetit, quo minus exhiberet tempore iudicij accipiendi, abſoluendus eſt heres.

LIbro 26. ad edictum Paul. tractauit de actione ad exhibendum quæ præcipue comparata eſt propter vindicationem, vt ait *lex 1. ad exhib.* nempe vt vbi huius iudicij poteſtate res, de qua agitur, in medium prolata & exhibita fuerit, poſtea vindicetur, *l. 2. Commod. l. in rem §. Item quæcunque, de rei vindic. l. pen. Depoſ. l. 3. §. ſi ipſe teſtator, de tabul. exhibend.* Et hoc ideo, quia vindicatio

olim fiebat in re præſenti, ſicut & nuntiatio noui operis, quæ non minus quam exhibitio, velut gradus quidam & præparatio eſt ad vindicationem. Nunc mos ille mutatus eſt: Nam ſiue ager, ſiue quæ alia res vindicetur, recte vindicatur, etiam re non præſenti. Inde vero Vlpian. in *l.* 2. *de crimin. expil. hered.* ad exhibendum agere eum, qui vindicaturus rem ſibi exhiberi deſiderat. Rem ſcilicet mobilem vel animalem, quæ & ipſa mobilis dicitur: nam (quod neſcio an ignoretis) actio ad exhibendum pertinet tantum ad res mobiles, *l. ad rem mobilem, de procuratoribus.* De rebus immobilibus non agitur ad exhibendum, quia ipſæ ſe exhibent ſatis, nec celari aut occultari poſſunt. Quoquo autem modo quis rem mobilem vindicaturus ſit, ea de re exhibenda prius agere ſolet: quoquo modo, inquam, eam rem vindicaturus ſit, quod ideo dico, quia plura ſunt vindicationum genera. Vindicatio proprietatis per actionem in rem: Vindicatio vſusfructus, per actionem confeſſoriam: Vindicatio pignoris per actionem hypothecariam: Vindicatio poſſeſſionis per interdictum vtrubi. Et ex his quidem generibus vindicationis, quoquo modo rem mobilem vindicaturus ſis, recte prius de ea exhibenda agis. Inter hęc genera vindicationum, non numeraui vindicationem ſeruitutis prædij ruſtici vel vrbani, quæ etiam per actionem confeſſoriam intenditur, quia propter vindicationem ſeruitutis non agitur ad exhibendum. Cur ita? nimirum quia ſeruitus conſiſtit ſolummodo in rebus immobilibus, id eſt, prædiis vrbanis vel ruſticis, quæ ſeipſæ exhibent ſatis. Ergo actio ad exhibendum pertinet competitve tantum ei, qui rei mobilis proprietatem aut vſumfructum, aut pignus, aut poſſeſſionem vindicaturus eſt, qui ſcilicet ſuam vel ſibi pignoratam rem mobilem vel eius vſumfructum vel poſſeſſionem ſuam eſſe contendit, *l.* 3. §. *eſt autem, ad exhib.* Qua autem ratione vindicaturo datur actio ad exhibendum, nempe vt exhibitam rem mox vindicare poſſit, eadem & is, cui optio ſerui ex vniuerſa familia teſtatoris per vindicationem legata eſt, ſi ſeruum optare velit, agere poteſt ad exhibendum, vt exhibita omni familia defuncti vindicare poſſit ſeruum quem volet, *l.* 3. §. *item ſi optare, ad exhib. l.* 3. *&* 8. §. *vlt. de opt. leg. l. ſi vendid.* §. *ſi ad exhib. de furt.* Et ad hunc caſum pertinet *l.* 10. *ad exhib.* quam primum ex hoc libro interpretari conſtitui. Eius ſpecies ponenda eſt ad hunc modum. Teſtator mihi legauit optionem ſerui, quem optarem intra diem certum his verbis: ***hominem vnum ex familia mea optato, eligito intra diem triceſimum***, videlicet a die aditæ hereditatis: nam ante aditam hereditatem, id eſt, antequam ſit aliquis, qui familiam exhibeat, ſeruus optari non poteſt, *l.* 16. *de opt. leg. l.* 10. *de leg.* 1. Accidit autem poſt aditam hereditatem, vt dies, intra quem mihi optio ſerui data erat, mihi improuido & imprudenti elaberetur, priuſquam agerem ad exhibendum, dum me interim forte ludificatur heres, & qualibet tergiuerſatione & ſolertia efficit, ne cum ipſo agam ad exhibendum, *l.* 23. §. *vlt. & l. ſeq. ex quib. cauſ. maior.* Denique heres ſolertia ſua eo rem perduxit, vt nunc fruſtra mihi ſit familiam exhibiturus, quia tempore amiſſi ius electionis, *l.* 28. 1. *de verb. ſign.* quæ ait occaſione adquirendi non vti eum, qui hereditatem non adiit intra diem cretionis, vel qui optionem intra certum tempus datam non amplectitur. Tempore igitur optio amittitur. quamobrem heres mihi eo nomine tenetur actione ad exhibendum incerti, id eſt, in id quod intereſt, id eſt, vt mihi præſtet vtilitatem amiſſæ optionis ob id, quod iudicium ad exhibendum extraxit, ſciens dolo malo, quoad dies optionis exiret. Et hoc eſt quod ait Paulus, vtilitatem petitori eſſe conſeruandam, id eſt, vtilitatem legati quam amiſit legatarius, ſiue lucrum legatario interceptum dolo aut culpa heredis, vt *l. prox.* §. *vlt. ſup.* Quæ tamen amiſſio ſiue interceptio lucri etiam damno heredis deputatur, *l. ſeq. in princ.* Damnum autem eſt non tantum, ſi quid patrimonio noſtro decedat, quod tamen proprie damnum dicitur a demptione, vt Varro & Paulus ipſe ſcribunt, ſed etiam ſi quid patrimonio noſtro non accedat, ſi fruſtremur optato, id eſt, ſperato, delato, emolumento aliquo. Nihil quidem amittit, nihil alienat de ſuo, qui rem alienam, quæ ſibi deferebatur, non adquirit, ſiue id ſuo vitio ſiue alterius contingat, *d. l.* 28. *de verb. ſig.* amittit tamen ſpem lucri: & ſpei etiam damnum & amiſſio eſt. & vt ſpecies lucri eſt ſpe frui ſperata, & animi ſui deſiderium explere, vt Græci notant recte ad *l.* 1. *C. de hered. tut.* his verbis: κέρδος ἐστὶν ἡ τῆς σκοπῆς ἀποπλήρωσις, & notat idem Acc. noſter in *l. pen. de condict. cau. data cauſ. non ſeq.* ita ſpecies damni eſt, non conſequi, quod ſperabamus, & huius etiam damni ratio habetur in actione ad exhib. id eſt, iudicio ad exhibendum, quæ in id quod intereſt concluditur. Id autem quod intereſt, non tam eſt, quod petitor lucrari potuit, quam quod ei demptum eſt, *l. ſi commiſſa, rem rat. hab. l.* 2. *ſi mul. ventr. nom. in poſſeſſ. miſſa ſit.* non tam quod habere potuit, quam quod per aduerſarium amiſit, *l.* 78. *de reg. iur.* Et hæc quidem, ſi heres dolo malo extraxerit iudicium ad exhib. in id tempus, quo fruſtra familiæ exhibitio fiat, atque ita effecerit, ne interim iudicium illud acciperet. Sed ſi heres, vt additur in extremo legis, nihil fecerit, quo minus iudicium acciperet, & iudicij accipiendi tempore rem, qua de agitur, exhibuerit: ſane tunc abſoluendus eſt. Et hæc eſt ſpecies & ſententia huius leg. Ex qua inter cætera intelligitur excludi ab optionis legato eum, qui intra diem optionis non optauit, etiamſi per eum non ſteterit, quo minus optaret, ſed per aduerſarium, id eſt, per heredem, quod prima ſpecie iniquum videtur, & pugnare omnino cum *l. intra vtile tempus, de minorib.* quæ lex oſtendit, eum qui ætatis beneficio cœpit petere reſtitutionem in integrum, nec cauſam peregit intra tempus legitimum, excludi quidem a beneficio reſtitutionis in integrum, ſi per eum ſteterit, quo minus cauſa perageretur, vt in *l. Papin.* §. *vlt. eod. tit.* non etiam, ſi per aduerſarium. Vnde quæritur, cur tantum in ſpecie propoſita, ſi per aduerſarium, id eſt, per heredem ſteterit, quo minus legatarius optaret intra tempus a teſtatore præſcriptum, a iure electionis legatarius excludatur? Et vt breue faciam, mihi quidem vera ratio diuerſitatis videtur eſſe, quoniam in hac ſpecie nondum ſe legatarius ad optandum comparauerat, nondum egerat de exhibēda familia, atque ita per eum non ſteterat, quo minus optaret intra tempus conſtitutum dum obaudit nimis cunctationibus heredis. At in ſpecie *l. intra,* iam minor inchoauerat cauſam reſtitutionis in integrum, & de ętate ſua probauerat, atque dę circumſcriptione decreto prætoris vel præſidis intra tempus legitimum atque ideo non eſt æquum, vt ab ea ſummoueatur ob id, quod dolo malo aduerſarij negotium extractum ſit in id tempus, quo ea cauſa perimi ſolet. Eadem ratio eſt *l.* 17. *de excuſat. tut.* ſi tutor datus cui ad probandam excuſationem quam allegauit, vt tutelę onere liberetur, præſtituti ſunt quatuor menſes, cum iam inſtitueret probare excuſationem, mora contradictoris, id eſt, τοῦ ἀντιδίκου, vt in Baſilic. mora aduerſarij, mora contradictoris, impeditus ſit, quo minus excuſationem allegatam probaret intra quatuor menſes, atque ita decreto prætoris vel præſidis liberaretur, etiam poſt id tempus, id eſt, quatuor menſes ad excuſationem probandam & exequendam admittitur. Denique ceſſantibus obſtat præſcriptio temporis, non etiam non ceſſantibus & culpa vacantibus *l. contra, C. de inoff. teſt.* & ideo non poſſis recte ſpeciem ponere ad hanc legem, legatarium, cui optio data erat ad certum tempus, egiſſe cum herede ad exhibendum, & heredem iuſſum a iudice exhibere familiam, traxiſſe exhibitionem vſque dum dies optionis exiret. Nam & hoc caſu legatarius non amitteret ius optionis. Et verba quoque huius legis hanc ſpeciem non ferunt, quæ iudicium heredem extraxiſſe dicunt, ne ex eo lis conteſtaretur, dum id accipere detrectat: exhibitionem autem poſt iudicium acceptum, id eſt, poſt litem conteſtatam, heredem extraxiſſe. Ne igitur huius legis hoc modo ponatur ſpecies, alioqui pugnaret & cum *l. intra* & refragaretur manifeſta ratio æquitatis, ſed ponatur, vti a me initio poſita eſt.

Ad l. 12. ad exhib.

De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus eſſe poteſt. §. 1. *Et filiusfamilias ea actione tenetur, ſi facultatem rei exhibendæ habet.*

§. 2. *Sæpius ad exhibendum agenti, ſi ex eadem cauſa agat, obſtaturam exceptionem, Iulianus ait. Nouam autem cauſam interuenire, ſi is, qui vindicandi gratia egiſſet, poſt acceptum iudicium eam ab aliquo accepit, & ideo exceptionem ei non officere. Item ſi ei qui furti acturus ad exhibendum egiſſet, iterum furtum factum ſit. Denique ſi quis optandi gratia ad exhibendum egiſſet, & poſt litem conteſtatam, alterius teſtamento optio data ſit, ad exhibendum agere poteſt.*

§. 3. *Si quis ex vuis meis muſtum fecerit, vel ex oliuis oleum, vel ex lana veſtimenta, cum ſciret hæc aliena eſſe, vtriuſque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia quod ex re noſtra ſit, noſtrum eſſe verius eſt.*

§. 4. *Si poſt iudicium acceptum homo mortuus ſit, quamuis ſine dolo malo & culpa poſſeſſoris, tamen interdum tanti damnandus eſt, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur. Tanto magis ſi apparebit, eo caſu mortuum eſſe, qui non incidiſſet, ſi tum exhibitus fuiſſet.*

§. 5. *Si iuſta ex cauſa ſtatim exhiberi res non poſſit, iuſſu iudicis cauere debebit, ſe illo die exhibiturum.*

§. 6. *Heres, non quaſi heres, ſed ſuo nomine hac actione vti poteſt. Item heres poſſeſſoris ſuo nomine tenetur. Igitur non procedit quærere, an heredi & in heredem danda ſit. Plane ex dolo defuncti danda eſt in heredem hæc actio, ſi locupletior hereditas eo nomine facta ſit, veluti quod pretium rei conſecutus ſit.*

Diximus heri ad leg. 10. quæ quidem iudicium ad exhibendum præparatorium eſſe docet vindicationis cuiuſcunque, præterquam vindicationis ſeruitutum: quo magis enim quæque res mobilis vindicari poſſit, vel ius, quod in ea re habemus, exhibenda eſt. Et ideo ſiue quis vindicaturus ſit proprietatem, ſiue vſumfructum rei mobilis ſiue hypothecam, æque rei mobilis, aut poſſeſſionem, ſimiliter eum prius iudicio ad exhibendum experiri oportet. Itemque eum, qui optaturus ſit, optione ſibi teſtamento data, & mox quod optauerit vindicaturus. Addamus dari etiam actionem ad exhibendum ei, qui noxali actione ſerui nomine cum domino acturus ſit, nimirum vt vniuerſa familia exhibeatur, vt ipſe poſſit ſeruum, qui ſibi noxam nocuit, deſtinare & deſignare, *l.* 3 §. *ſi quis noxali, hoc tit.* & *l.* 12. §. *ſæpius*, illo loco: *Item ſi ei, qui furti acturus*, noxali ſcilicet: quia qui agit noxali actione ſerui alieni nomine, forſitan iuſſu prætoris, domino non ſoluente æſtimationem damni, eum ſeruum ducturus, & ſibi vindicaturus eſt: atque ita & hoc caſu actio ad exhibendum quodammodo datur vindicandi cauſa. Addamus etiam ex principio l. 12. quæ nunc interpretanda eſt, actionem ad exhibendum dari ei, qui aliquem in liberta- vindicaturus eſt. *De eo*, inquit, *exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus eſſe poteſt.* Ergo adſertori hanc actionem dari poſſe, qui ſcilicet liberum hominem, qui ab alio tanquam ſeruus poſſidetur, liberali manu in libertatem vindicaturus eſt., vt is, ſcilicet homo exhibeatur, ac deinde adſeratur in libertatem. Plerumque autem fit vt ſerui teſtamento manumiſſi ab herede, tanquam ſerui hereditarij poſſideantur, quos publice intereſt a quolibet poſſe in libertatem vindicari. Quod & iure permiſſum eſſe Inſtitutiones docent, in titulo *de iis per quos agere poſſumus*. Et Titus Liuius *libro* 3. *In his*, inquit, *qui adſeruntur in libertatem, quilibet lege agere poteſt.* Et inde libertas publica res dicitur, & libertatis publica tutela, *l.* 2. *ne de ſtatu defunct. l. ſi quis rogatus, de fideicommiſſ. libert.* Et huic quidem loco, id eſt, initio huius leg. 12. coaptari velim quod ex eodem libro eſt in *l.* 31. *de manum. teſt.* ſi ex pluribus eodem nomine ſeruis vnus liber, *teſtamento eſſe iuſſus*, non appareat qui ſit, ſi ex pluribus Stichis, Stichum eſſe liberum iuſſerit, nec appareat, de quo ſenſerit, nullum eſſe liberum. Ac proinde hoc caſu de nullo ex ſeruis exhibendo, vt aſſeratur in libertatem, agi poſſe iudicio ad exhibendum: quod obtinet non tantum in directa: ſed etiam in fideicommiſſaria libertate teſtamento relicta, *l. ſi quis de pluribus, de reb. dub.* In vtraque enim libertate eadem ratio viget, quia probatio deficit, non ius, *l. duo ſunt Titij, de teſt. tutel.* Porro, quod ait hoc loco, de eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, actioni ad exhibendum locum eſſe, pugnare videtur *l. ſeq.* 13. in qua dicitur (exponam eius ſententiam) de libero homine, qui ab aliquo detinetur dolo malo, non agi ad exhibendum, ſubiecta hac ratione, quod hæc actio tantum detur ei, cuius pecuniariter intereſt. Recte vulgo, *pecuniariter.* & Baſilic. χρηματικῶς, vt & *l. vlt. de priuat. delict.* Male Florentini *peculiariter*, quo tamen modo & Baldus & Odofredus legunt. cuius inquam pecuniariter intereſt, id eſt, qui perſequitur quod ſibi ex patrimonio ſuo pecuniave ſua, quæ pro patrimonio accipitur, abeſt quodve patrimonio ſuo, quod rei pecuniariæ reive ſuæ familiari accedere potuit. Liber autem homo non poteſt in cuiuſquam patrimonio vel pecunia eſſe, atque adeo nec patrimonij nec pecuniæ nomine liber homo continetur, etiamſi ſit in poteſtate noſtra, veluti filiusf. Sed ſi ab aliquo quocunque liber homo detineatur, licet de eo exhibendo non poſſit agi ad exhibendum, quia nihil pertinet ad pecuniam noſtram, cuilibet tamen aduerſus eum, qui dolo malo detinere dicitur, competit interdictum populare de libero homine exhibendo. Nemo enim prohibendus eſt libertati fauere, *l.* 3. §. *hoc interdictum, de lib. hom. exhib.* Hæc eſt ſententia l. ſequent. quæ nihil omnino pugnat cum initio huius l. 12. Nam hoc loco agitur de eo, qui cum in poſſeſſione ſeruitutis eſſet, id eſt, cum ab alio poſſideretur vt ſeruus proprius, vindicatur in libertatem, hoc, inquam, loco agitur de eo qui ab alio poſſidetur vt ſeruus, quique ab illo ſuus dicitur eſſe ſeruus, quem quis in libertatem vindicaturus eſt, quo caſu ei competit actio ad exhibendum, quia etſi non priuatim, tamen publice intereſt adſertores quoſcunque libertatis audiri. Ceſſat autem hoc caſu interdictum de libero homine exhibendo *l.* 3. §. *plane ſi dubitat, de lib. hom. exhib.* Igitur locum habet actio ad exhibendum, non interdictum de libero homine exhibendo. Cur ita? Nempe, quia interdictum illud redditur de eo tantum, quem conſtat eſſe liberum, cuique nemo facit controuerſiam ſtatus, aduerſus eum, qui tamen illum dolo malo retinet. Et de hoc quidem agitur in *l. ſeq.* quem ſcilicet pro certo liberum eſſe conſtat, non de eo, cui ſit controuerſia ſtatus, de quo initium huius l. 12. De hoc, cui ſit controuerſia ſtatus, quique tanquam ſeruus ab alio poſſidetur, cuilibet competit actio ad exhibendum, & vindicatio in libertatem, non interdictum de libero homine exhibendo. Contra vero de illo cui non ſit controuerſia ſtatus, qui tamen retinetur dolo malo, competit interdictum de libero homine exhibendo, non actio ad exhibendum: qua diſtinctione nihil eſt euidentius. Et hinc manifeſtum ſit, quam male Acc. ad initium huius l. ex l. ſeq. quæ longe alia de ſpecie eſt, ſuppleat hæc verba, *quando pecuniariter intereſt, non alias*, inquit. Nam & ſi pecuniariter non interſit propter adſertionis publicam cauſam, locus eſt actioni ad exhibendum. Hinc etiam patet quam perperam idem Acc. huius l. initium coanguſtet ad filiumfam. quem pater ex iure Quiritium vindicaturus ſit, vt *l.* 1. §. *per hanc, de rei vindic.* vel ad libertum, cui patronus operas indicere velit, §. *exhibitoria Inſtitut. de interd.* Nam & de quolibet alio libero homine, qui vt ſeruus ab alio poſſidetur, cuilibet adſertori datur actio ad exhibendum. Et de filiofam. aut liberto alieno, quem quis detinet, nec tamen ſeruum ſuum eſſe dicit, proculdubio non datur actio ad exhibendum, ſed interdictum duntaxat de liberis exhibendis, aut de filiofam. exhibendo, aut de liberto exhibendo.

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. *huius l. Et filiusfamilias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendæ habet.* Hoc dicitur ad differentiam serui, cum quo etiam, si alienæ rei exhibendæ facultatem habeat, non est actio ad exhibendum, sed cum domino eius, qui eam rem possidet, vel tenet per seruum *l. 16. inf. hoc tit.* Generaliter enim proditum est, cum seruo nullam actionem esse, seruum hominem causam nullam agere posse, *l. eum seruo, de reg. iuris.* At cum filiofam. etiam extra causam castrensis vel quasi castrensis peculij quælibet actio est. Ergo & actio ad exhibendum, etiamsi ipse rem alienam non possideat: sed per ipsum pater, si modo eius rei exhibendæ facultatem habeat: nam vt eo tandem decursum est, actionem in rem dari aduersus omnes liberos homines, qui rem alienam tenent, licet eam non possideant, si modo eius rei restituendæ facultatem habent *l. officium, de rei vind.* ita placet liberum hominem siue sui, siue alieni iuris sit, teneri actione ad exhibendum, si modo rei exhibendæ & restituendæ facultatem habeat. Partem quoque eadem actione teneri placet, si ea res non sit ex castrensi peculio filiifam. *l. ex castr. §. vlt. de castr. pec.* Patrem teneri, quia possidet per filium; filium teneri, quia potest exhibere. Sed si egerit quis aduersus filium, & rem ab eo exhiberi petierit; deinde idem petat a patre, repelli potest exceptione rei iudicatæ. Et in hanc rem recte potest duci in argumentum *l. si mater §. si quis hominem, de excep. rei iudic.* quæ idem statuit in actione in rem, a qua semper recte ducitur argumentum ad actionem ad exhibendum, & ex ea vicissim ad illam. Illud constat ex §. *sæpius*, qui sequitur.

Ad §. 2.

ADuersus eundem si quis sæpius agat ad exhibend. ex eadem causa, si priori iudicio non obtinuerit, obstare exceptionem rei iud. quia rursus agit ex eadem causa, *l. si quis ad exh. de excep. rei iud.* sed si ex noua causa agat non obstare exceptionem, quod in hoc §. tribus exemplis planum fit. Primum est huiusmodi. Is qui egit ad exhibendum proprietatis vindicandæ gratia quæ sua non erat, si post litem contestatam, eius rei, quam exhiberi desiderat, proprietatem adipiscatur, vel adeptus fuerit, quamuis priore iudicio non obtinuerit, posteriori iudicio quasi ex noua causa adquisiti dominij vtiliter experietur, vel ei obstabit exceptio rei iudicatæ. Item, quod est secundum exemplum, is qui optandi gratia ad exhibendum egit, cum ei esset optio data a non domino, si post litem contestatam testamento domini ei optio data eodem herede instituto, quamuis priori iudicio non vicerit, recte aget posteriori de eadem re, quia agit ex noua causa, nec ei obstabit exceptio rei iudicatæ. Item, quod est tertium exemplum: Si quis acturus furti actione noxali, egerit ad exhibendum, nec obtinuerit, & interim furtum ei ab eodem seruo factum sit, eiusdem rei iterum agenti ad exhib. non obstabit exceptio rei iudicatæ, quia ex noua causa, ex nouo furto agit. Idemque dicendum (quod notandum) si inter moras prioris iudicij, cuius forte iusta causa non erat, ante rem iudicatam alia iustior causa noua superuenerit, quam nunc in illud iudicium actor introducere velit: nec enim ei obstabit exceptio iudicij instituti ex alia causa, quod verba etiam huius §. *sæpius*, omnino præstruere videntur. Et sane si pendente iudicio, quod quis forsitan temere instituit, nondum finito, mutare licet actionem, *l. 4. §. vlt. de nox. action. l. huiusmodi §. qui seruum in fi. de leg. 1. l. 3. C. de eden. §. si quis aliud, Instit. de act.* & multo magis causam eiusdem actionis mutare licet. Cæterum alia interpellatione, admonitione opus est, *l. non potest, de iudic. l. Antæus in fi. de aq. pluu. arc. & c. Abbatis, de sent. & re iudic. lib. 6.* Post hæc quæritur: (& hic erit finis) in §. *si quis ex vuis*, aut ex occasione eius §. quæritur: Si tu ex mea materia tuo nomine bona fide, (hæc omnia expendenda sunt, quæ quæstio est frequens, & a me explicabitur meo more) nouum corpus, nouamve speciem aliquam feceris, veluti ex meis vuis vinum, ex meis oliuis oleum, ex mea lana vestimentum, ex meis tab. nauem, ex meo argento scyphum, cuius sit ea species, atque adeo cui eius vindicandæ causa competat actio ad exibendum, mihi qui materiæ dominus fui, an tibi qui fecisti speciem? Et notum est ex *l. 7. §. cum quis, de adquir. rer. dom.* quod relatum est in Institution. hac in re fuisse controuersiam inter Sabinianos & Proculianos. Nam Proculiani existimabant, eum esse dominum, qui fecisset, hac ratione, quia fecit vt ea species esset in rerum natura; quæ antea nullius erat: ob idipsum, quia nec ipsa erat, *l. 3. §. pen. de adquir. possess.* Et hoc ipsum Proculiani asserebant indistincte, id est, rerum quæ confectæ essent ex aliena materia nulla distinctione facta, & in eo peccabant, quod non distinguerent res a rebus, species a speciebus, corpora a corporibus. Contra Sabiniani, qui tamen & ipsi peccabant in eodem, quod nullam facerent distinctionem rerum, indistincte existimabant, eum, qui materiæ dominus esset, & speciei ex ea confectæ dominum esse, hac ratione (iuuat excutere rationem) quia vt refertur in *d. §. cum quis,* sine materia nulla species effici potest. Quæ tamen ratio quodammodo retorqueri posset, quia & sine specie materia cohærere nequit. Species enim, forma ve indita materiæ, est vis qua materia continetur. Et apertior est ratio Pauli in hoc §. *quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est,* id est, *æquius est.* Quam tamen rationem locum habere Paulus vult in eo tantum, qui mala fide & (locus est singularis) sciens esse nostram materiam ex ea speciem fecerit: sed si quis bona fide fecerit, ad quem casum initio instituta quæstio pertinet, eandem rationem Proculiani non admittebant, nec admisit etiam Paul. qui in hoc §. eam aptat, siue accommodat ad eum duntaxat, qui mala fide fecerit. Eum igitur, qui bona fide ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex aliena arbore nauem, vestimenti & nauis Paulus arbitratur esse dominum, & recte quia vt idem scribit in *l. sed si ex meis, de adq. rerum dom.* facto vestimento lana prorsus extinguitur, adeo vt nec ex vestimento lana rursus fieri possit. Extincta igitur plane materia est, & superest corpus laneum, non lana. Et similiter naue fabricata, cupressus aut pinus, aut larix, aut abies, ex quibus arboribus naues conficiuntur, penitus extinguitur, & restat tantum cupresseum, aut pineum, aut abiegnum corpus. Eademque ratio est, si quis ex alienis vuis, aut oliuis vinum, aut oleum confecerit, quia vuæ, aut oliuæ perierunt, nec restitui possunt: In omnibus igitur his rebus, verum est corporis confecti ex aliena materia, quæ ita penitus extincta sit, eum esse dominum, qui confecerit, non eum, qui materiæ dominus fuerit. Verum auctore Caio non eadem ratio est, si quis ex alienis spicis frumentum excusserit, quia licet spicæ esse desierint excusso frumento, qui tamen excussit frumentum, nouam speciem non fecit sed grana quæ suam speciem perfectam habebant, eduxit tantum e gluma, & folliculo. Et ideo Caius existimat eius esse frumentum, cuius & spicæ fuerunt, quia qui excussit, non fecit nouam speciem. Item si quis ex alieno argento vas conflauerit, hoc casu quia argentum manet, & rursus vase conflato in priorem massam reuerti potest, dicimus eum etiam esse dominum vasis, qui & argenti dominus fuerit iuxta definitionem *l. 24. de adq. rer. dom.* Et hac adhibita distinctione rerum sic fit vt Sabini sententia tantum valeat in vase facto ex aliena materia, ex alieno argento, & in frumento decusso ex alienis spicis, non in cæteris rebus. Vtrique, vt dixi, peccauerunt, quod non distinguerent res a rebus. Itaque vt iam pridem ostendi, hodie non sequimur, quod ex Sabini schola, ex qua prodiit Minucius, scribit, in *l. Minicius, de rei vind. Nauem ædificatam ex aliena arbore, eius esse cuius fuit arbor.* Hoc non est verum, quia arbor disperiit. Eius igitur est, qui nauem fecit, vel

vel refecit. Facit ea lex, vt breuiter eam exponam, differentiam inter nauem refectam & nauem ædificatam ex alienis tabulis. Refectam eius esse, qui refecit, quia, inquit, & ad hanc speciem hæc ratio referenda est, proprietas totius nauis carinæ causam sequitur, quæ scilicet est fundamentum nauis. Alueus nauis dicitur a Sallustio, in idiotismo *nous l'appellons la quille*, a Græco κοίλη τῆς νηός. Cuius igitur est carina, eius est tota nauis. Reficitur nauis, cuius carina integra, incolumis & bene lineata, vt Plautus loquitur. Si enim vitiata sit carina, non reficienda est: sed ædificanda nauis. Et ædificatã lex ait ex Sab. sententia, non eius esse qui ædificauit, sed eius, cuius arbor fuerit, ex qua nauis contexta est, quod hodie non obtinet. Et hæc est certissima huius quæstionis definitio.

Ad §. Si post iudicium acceptum, &c.

HVius §. quæstio est, An si de homine exhibendo actum sit, & post litem contestatam is homo naturaliter interierit sine dolo & culpa possessoris ante rem iudicatam, an periculum respiciat ad possessorem, ita vt actori damnandus sit, quanti eius interfuit, per illum non esse factum, quo minus litis contestandæ tempore homo exhiberetur? Et vt in quæstione superioris §. ex aliena materia bona fide suo nomine ab aliquo specie aliqua confecta, dissensio fuit inter Sabinianos & Proculianos: ita & in quæstione huius §. Nam Sabiniani existimabant iniquum esse possessorem eius hominis nomine damnari, qui post litem contestatam suo fato interiisset, idque præcidebant indistincte. Proculiani autem hoc modo distinguendum esse censebant. Aut is homo eodem modo interiturus erat apud actorem, etiamsi iudicij accipiendi tempore statim actori exhibitus & restitutus fuisset: & hoc casu fatebantur nihil eo nomine possessorem actori præstare debere, quia eo casu interiit homo, quo de agebatur, qui interiisset omnino, etiamsi initio litis exhibitus fuisset. Aut eodem modo interiturus is homo non erat apud actorem, quia eum hominem, si sibi initio litis exhibitus, & restitutus fuisset, statim distraxisset actor, nec pretium eius perdidisset. Facito actorem fuisse venalitiarium, qui solitus fuerit mancipia coemere & vendere. Et hoc quidem casu dicebant Proculiani, possessorem actori damnandum esse in id, quod interest, quod statim initio litis hominem non restituerit actori, copiamve hominis vindicandi non fecerit actori, quem vtique statim venditurus erat. Qua distinctione generaliter vtebantur in iudiciis omnibus, non in actione ad exhibendum tantum: sed etiam in actionibus in rem, & in petitione hereditatis, *l. 20. in fi. l. 40. de petit. hered. l. 15. §. vlt. de rei vindic.* Ergo & in hac quæstione dissensio fuit inter illas duas familias Iurisconsultorum. Vt autem in superioris §. quæstione Paulus se medium interposuit, & in eo, vt hoc repetam paucis, qui mala fide ex aliena materia fecisset speciem aliquam, ita vt ea perfecta neque superesset neque restitui posset pristina materia, vt si ex vuis alienis mustum fecisset, ex oliuis oleum, ex lana aliena vestimentum, probauit Sabinianorum sententiam, dominio speciei nouæ dato ei, qui materię dominus fuisset: in eo autem, qui bona fide fecisset, existimans materiam esse suam, vel eius, cui heres extitit, probauit Proculianorum sententiam dominio speciei nouæ dato ei qui fecisset: ita in hac quæstione eadem adhibita distinctione Paulus probauit Sabinianorum sententiam in bonæ fidei possessore, qui & bona fide accepisset iudicium, ad exhibendum puta, quod existimaret se bonam causam habere, vt scilicet bonæ fidei possessor naturalem interitum hominis in iudicium deducti, qui contigerit post litem contestatam, nunquam præstet. Proculianorum autem sententiam probauit in malæ fidei possessore, nimirum vt naturalem interitum præstet, cui contigerit post iudicium acceptum, *id est*, litem contestatam, videlicet si homo, qui petitus est, mortuus sit, eo casu qui non contigisset, si statim ab initio litis contestatæ exhibitus & vindicatus fuisset, *d. l. 40. l. illud, de petit. hered.* & hoc quoque Paulus significat in hoc §. dum ait, *homine mortuo post litem contestatam, de quo exhibendo actum erat, interdum possessorem actori esse damnandum in id, quod interest, tanto magis*, inquit, *id est, maxime*, & in Basilicis, ἢ μάλιστα, *si apparebit eo casu mortuum esse qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.* Interdum enim hoc loco, id est, si mala fide possessor fuerit, vel si mala fide litigauerit, cum sciret se non habere iustam causam litigandi, quod & sic Ioannes notauit recte, & comprobat *d. l. 40. & tanto magis*, siue, *maxime*, id est, hoc solo casu, non etiam diuerso casu, si & apud actorem interiturus erat, etiam si initio exhibitus fuisset. *illud tanto magis, siue maxime*, non semper est in libris nostris ἐπιτατικοί, id est, *extensiuum*, puta vt idem sit & alio casu: sed hoc *maxime*, est sæpe numero restrictiuum, vt ita dicam. Denique in his duabus speciebus proxime iunctis, duabusque quæstionibus Paulus se medium, vt dixi, interposuit, pacauitque dissidium, quod erat inter auctores. Denique Paulus ex eorum numero fuit, qui *erciscundi* dicuntur, vt Stoici apud Seruium in illum locum Virgilij. *Animamque sepulchro condimus, erciscundi*, id est, quibus mediam viam sequi amicum & familiare est, quam & secutus est hic Paulus in duabus iis quæstionibus: imo & in quæstione *l. 3. si pars hered. pet. & l. 7. vt legat. nom. cau.*

Ad §. Si iusta.

SCiendum est hanc actionem arbitrariam esse, siue ex arbitrio iudicis pendere totam, *l. 3. §. ibidem sup. hoc tit. §. præterea, Institut. de act.* Et quod initio dixi nudiustertius, esse hanc actionem de rebus tantum mobilibus, quæ loco facile mouentur, *vt l. ad rem, de procur. l. quod legatur, de iudic. l. 4. C. de crim. exp. hered.* Et ideo si iudici arbitranti siue iubenti rem statim exhiberi actori, vel cum ex iusta causa res statim exhiberi non potest, forte quia rem possessor in alia prouincia habet, si iudici iubenti cum satisdatione caueri, vt solet, de ea re certo die exhibenda, dato possessori spatio ad eam perferendam, vt in hoc §. proponitur, & in *l. 5. in fi. hoc tit.* quod quidem iussum iudicis, arbitrium dicitur siue μονιτίω, atque præceptum, *l. 7. C. eod. tit.* si, inquam, huic præcepto iudicis possessor per contumaciam non pareat, tum damnatur actori, non præmaturius: sed duntaxat in id quod interest, quod quidem æstimatur actore iurante in litem, quanti sua interfit ob id quod arbitrio iudicis obtemperatum non est, *l. vlt. §. 1. de appellat. l. 2. & l. 5. & l. pen. de in litem iur. l. 3. §. præterea, l. 5. §. idem Iulianus, hoc tit.* Et hoc omne cum hoc ipso libro Paulus scripsisset, adiecissetque, *& similiter in actionibus in rem, quæ etiam arbitrariæ sunt, & in actionibus bonæ fidei ob dolum, vel contumaciam rei in litem iurari.* id est, litem æstimari iureiurando actoris etiam immenso pretio, vt tulerit libido actoris, non etiam ita iurari in litem in actionibus strictis, veluti actione ex stipulatu, vel in actione ex testamento, quod ex hoc lib. 26. relatum exstat in *l. 6. de in lit. iur.* his verbis: *Alias si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari. Alias*, id est, non aliter, quam si res, quæ debebatur ex stipulatu, vel ex testamento post moram debitoris interierit, quo solo casu etiam in actionibus strictis iurari solet in litem, quia nec iudex rem æstimare potest, quæ non exstat sine delatione iurisiurandi, id est, nisi rei æstimationem permittat actori iurato. Hoc igitur solo casu in actionibus strictis, quocumque autem casu in actionibus bonæ fidei, & actionibus arbitrariis, dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis punitur quanti in litem iurauerit actor, id est, quanti actor iuratus rem, de qua agitur, & causam, vtilitatemque omnem, quæ circa rem ipsam consistit, æstimauerit, etiamsi in immensum æstimauerit, vel saltem quanti iudex ex bono & æquo arbitratus fuerit: neque enim semper cogitur iudex iusiurandum actoris se-

qui, sed ex magna causa, veluti postea repertis manifestissimis probationibus potest, vel minoris reum condemnare, quam iuratum sit, vel penitus absoluere, *l.4.§.vlt.& l.5.de in lit.iur.l.9.§.vlt.hoc tit.* vel etiam pluris condemnare, si deprehenderit iudex id quod interest longe egredi verum rei pretium, quod quandoque contingit, *l.1.in princ. de action. empt.l.6.de vi, & vi arm.* Et hæc diximus hactenus, si dolus aut contumacia actoris interuenerit. Quod si non interuenerit dolus aut contumacia rei, sed culpa fortasse possessoris, siue rei, si inquam, possessoris neque dolus neque contumacia vlla arguatur, vt puta si rem, de qua agitur, exhibere non possit, quod nesciat vbi sit, nec dolo fecerit, quo minus exhibere non possit, hoc casu edicto prætoris expressum est, tam in actione ad exhib. quam in actione in rem, vt *l.qui restituere, de rei vind.* nihilominus quanti ea res est, possessorem damnari oportere. Vbi hoc verbum *oportere*, vel potius integram hanc orationem, *quanti ea res erit possessorem damnari oportere*, hoc ipso libro Paulus scripsit in *l.37.de ver.sig.* verbum, *oportere*, vt ait, vbi notat tantum extremum verbum edicti: sed tu animo debes integra edicti verba reputare, videlicet: *Quanti ea res est damnari oportere:* nam verbum *oportere* per se nihil est, id est, non facit per se orationem. Verbum igitur *oportere*, id est, hanc orationem perfectam, *quanti ea res est damnari oportere*, non pertinere ad facultatem iudicis, qui potest pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem. hæc verba *quanti ea res est* sunt ἀμφίβολα: nam aliquando exprimunt vel significant veritatem, id est, quanti reuera res est qua de agitur, quantum reuera est pretium eius rei qua de agitur. Aliquando hæc verba, *quanti ea res est*, non ad veritatem referuntur, sed ad quantitatem, vt ait *l.2.§. vlt.qui satisd.cog.& l.pen.§.1. ne quis eum qui in ius voc. vi exim.* His verbis *quanti ea res est*, non contineri quod in veritate est, sed quod æstimauerit iudex, qui pluris vel minoris condemnare potest, vel quod actor iuratus æstimauerit. Verum in hac parte edicti, quæ est in manu, vt & in plerisque aliis partibus edictorum, hæc verba, *quanti ea res est*, tanti reum damnari oportere, pertinent ad veritatem, non ad quantitatem, quam fecerit actor vel iudex, videlicet cum neque dolus neque contumacia vlla possessoris intercesserit. Igitur cum dolus cessat, aut contumacia possessoris, condemnatio facienda est, *quanti reuera ea res est, qua de agitur*, non vltra verum rei pretium, non vltra iustum rei pretium. Illo autem casu, id est, dolo, aut contumacia possessoris interueniente, condemnatio facienda est quanti iudex ipse arbitratus fuerit, vel pluris scilicet, quam res sit in veritate, vel minoris, vel quanti actor iuratus litem æstimauerit, si & tanti secuta fuerit condemnatio. Et ita explicanda *d.l.37.*

Ad §.vlt.

NVnc restat ex hac l. §. vltimus, quem breuiter absoluam. Sciendum est actionem ad exhib. esse quidem in personam, vt ait *l.3.§.est autem, hoc tit.* vi scilicet ipsa, effectu ipso, non etiam scriptura. Nam vti hæc actio scribitur & concipitur, in rem scribitur, non in personam. Quomodo? neque enim dicit actor hoc modo: *Si paret te mihi rem illam dare aut exhibere oportere.* Sed hoc modo: *Si paret te eam rem possidere, tenere, eiusve rei exhibendæ facultatem habere.* Quæ formula notat rem, non personam: & ideo nec aduersus certam personam datur, vt actio in personam, quæ certam tantum personam obligatam tenet: sed tanquam actio in rem: quamuis reipsa sit in personam, datur aduersus quemlibet possessorem *l.3.§.vlt. hoc tit.* Et inde appellatio actionis ad exhibendum, quia in rem exhibendam generaliter concipitur, non in personam, quasi persona debeat eam rem. Et sic etiam Plinius 5. epist. *Iam, inquit, periculum est ne cogatur ad exhibendum formulam accipere.* Hinc vero pendet ratio eius, quod Paulus ait in hoc §.*vlt.* hanc actionem dari heredi aduersus possessorem, non quasi heredi nomine hereditario ex obligatione in personam, quæ defuncto competere cœpit, sed suo nomine proprio, quasi rei suæ vindicandæ gratia: & retro hanc actionem dari in heredem possessoris, non quasi heredem, videlicet quasi successerit in obligationem, qua defunctus tenebatur obstrictus, sed quasi in possessorem rei tanquam actio in rem *l.51.53.& 55. de rei vindic.* Vis hoc demonstrem apertius? Si heres possessoris non possideat etiam ipse rem, qua de agitur, nec dolo desierit possidere, nam dolus pro possessione est, absoluitur, quia non possidet ipse. Et hoc indistincte, siue cum ipso fuerit lis contestata iudicio ad exhib. siue cum defuncto. Vtroque casu heres possessoris, si non possideat, absoluitur: & contra etiamsi possideat, condemnatur, etiamsi defunctus non possederit, *l.8.hoc tit.* Itaque vt eleganter Paulus ait *in h.§. non procedit quærere*, id est, huic quæstioni non est locus, *an hæc actio heredi vel in heredem detur.* Quærendum est autem *an detur domino in possessorem?* quia actionis formula non personam respicit vel persequitur, quamuis effectu sit in personam, sed rem, quæ possidetur ab eo, vnde petitur. Verum addit, quod notandum, *ex dolo tamen defuncti possessoris heredem teneri nomine hereditario, non suo,* quia dolo caret ipse, si modo aliquid ad eum ex dolo defuncti peruenerit, vt si defunctus rem, qua de agitur, dolo malo vendiderit, & pretium ad heredem eius peruenerit. Aliis actionibus in personam ex dolo defuncti heres tenetur, etiamsi nihil eo nomine ad eum peruenerit, *l.ex depositi de oblig.& action. l. si hominem §.1. depos.l.ad ea §.vlt. de regul.iuris.* Sed hæc actio actionem in rem imitatur, quia in rem scripta est, quia in rem concepta est. Et hoc ita seruari in actionibus quæ concipiuntur in rem, ex hoc ipso libro Pauli est relatum in *l.42.de rei vind.* Cuius legis sententia hæc est: Si in rem actum sit cum defuncto vel cum herede, heredem absolui, si non possideat. Quod & supra diximus de actione ad exhibendum, in rem actionem ex præsenti possessione esse, *l.non alias §.vlt.de indic.* in rem actionem possessionem parere aduersario *l.vn.C.de alienat. iud. mut.* Verum si quid ex persona defuncti possessoris commissum sit dolo malo, cuius nomine heres conueniatur actione in factum, id est, vtili in rem, *l.52.eod.tit.* videlicet si lis contestata non fuerit cum defuncto, id omnimodo, vt ait, venire in condemnationem, vid. si ex eo locupletior hereditas facta fuerit, si quid ex eo ad heredem peruenerit. Dixi, si lis cum defuncto contestata non fuerit. Nam si lis cum defuncto contestata fuerit iudicio in rem, quo pendente vita decesserit herede relicto, idem iudicium transfertur in heredem, & omnimodo in condemnationem venit, quod dolo defuncti commissum fuit, etiamsi ex eo locupletior hereditas facta non fuerit, quia iudicium cœpit a defuncto. Ergo vt defunctus damnaretur in solidum, etiamsi nihil ex suo dolo lucrifecisset, eadem huius iudicij conditio sequi heredem eius debet. Et ita illa lex 42. *de rei vind.* coniungenda est cum §.*vlt.huius l.12.* Et ita explicatus hic liber 26.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXVII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. si quis 25. de neg. gest. l. omnis 138. de reg. iur. l. 21. 23. & 25. de relig. & sumpt. fun.

Si quis negotia aliena gerens, plusquam oportet impenderit: recuperaturum eum id quod præstari debuerit.

L.138.Omnis

L.138. Omnis hereditas quamuis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

L.21. In patrem, cuius in potestate fuerit is, cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate & facultatibus.

L. 23. Veluti si in dote centum sint, in hereditate ducenta: duas petet heres, vnam vir conferet.

L. 25. Nec pretijs manumissorum.

In hoc libro Paulus exposuit tria edicta, quorum vnum est de actione funeraria, quæ competit extraneo, qui funus defuncto fecit aduersus heredem, vel eum, ad quem funeris & sepulturæ impensa pertinet. Alterum edictum est de actione in factum, quæ datur aduersus eum, qui in alienum locum, alienumve sepulchrum inuito domino mortuum, vel ossa mortui, exuuias mortui, intulit. Tertium est de actione in factum, quæ datur aduersus eum, qui quem prohibet mortuum, ossaue mortui inferre in suum locum, in sepulchrum vel ossuarium suum. Neque enim olim erant loca publica, quæ funeribus, vel vstrinis, vel sepulturis destinata essent, præterquam inopum, quæ proprio vocabulo culinæ dicebantur, vt Festus, & Aggenus Vrbicus scribunt. sed vnusquisque cui vel modicæ suppetebant facultates, pro facultatibus in agro suo sepeliebatur. De primo edicto primum dicamus. Actio funeraria competit ei, qui defuncto funus fecit suis sumptibus, hoc animo quasi sumptus recepturus ab herede, vel ab eo, ad quem onus funeris pertinet, non donandi animo, videlicet cum neque esset heres defuncti, neque heredis negotium gerere in animo haberet, forte quod nondum vllus defuncto heres existeret, vt plerumque, *l.4. de rel.& sumptib.funer.* ait defunctos funerari, antequam vllus eis heres existat. Et hic vtique qui defunctum funerauit ante aditam hereditatem, antequam vllus defuncto heres existeret, proculdubio non habuit animum gerendi negotij heredis, qui nullus erat. Et ideo non habet aduersus heredem, qui postea adierit, actionem negotiorum gestorum. Sed si post aditam hereditatẽ funus fecerit, proculdubio aduersus heredem habet actionem negotiorũ gestorũ. Nec necessaria est actio funeraria. Deinde actionẽ funerariam proponi necesse fuit, quia deficiebat actio negotiorum gestorum: nec enim qui funerauit defunctum, antequam aliquis defuncto heres extitisset heredis negotium gessit, qui tunc nullus erat, atque ideo non habet eo nomine aduersus heredem actionem negotiorum gestorum. Et certe gessit potius negotium defuncti quam heredis, *l.1. de rel.& sumpt.funer.* Porro is, qui negotia defuncti gessit, vtique nullius negotium gessit, sicut defuncti libertus, qui Orcinus appellatur, nullius dicitur esse, libertus, *l. 4. de bonis libert.* Quamobrem actio negotiorum gestorum non datur etiam ei, qui defuncti negotia gessit, quæ cœperunt postquam is vita functus est, sed datur actio negotiorum gestorum ei tantum, qui negotia gessit, quæ cuiusque cum viueret, aut cũ moreretur, fuerunt, quæve iis negotiis post mortem accesserunt, vt si accesserint fructus, aut partus, aut adquisitiones seruorum, *l.3.§.hac verba siue quis, de negot. gest.* Non datur autem ei actio negotiorum gestorum qui defunctum funerauit, quia hoc negotium, neque viuentis, neque morientis fuit: sed esse cœpit demum a morte eius, quem funerauit. vno verbo, cessat actio negotiorum gestorum. Verum ad exemplum actionis negotiorum gestorum hoc edicto comparata est actio funeraria, quæ & actionem negotiorum gestorum imitari dicitur, *l.14.§.item Labeo, de rel. & sumpt.funer.* atque adeo quod notandum, etiam bonæ fidei esse videtur, sicut actio negotiorum gerum *d.l.14.§.hac actio, & §. iudicem.* Ac fortasse quæ directæ sunt & bonæ fidei, & vtiles, bonæ fidei sunt, *l.actio, de negot.gest.* Vbi ait inter directas & vtiles discrimen tantum esse in conceptione formularum, cęterum vtrasque eiusdem potestatis esse, eundem effectum habere; ergo si directæ fuerint bonæ fidei, & vtiles bonæ fidei sunt, vtrorumque iudiciorum eandem potestatem esse. Actio autem funeraria, cum sit imitatrix actionis negotiorum gestorum quæso quid aliud est, quam vtilis actio negotiorum gestorum? Vnde & quæ scripta sunt de actione negotiorum gestorum, recte trahuntur ad actionem funerariam: Vt quod ex hoc ipso libro 27. relatum est *in l. 25. de negot. gest.* eum qui aliena negotia gessit, & in ea plus impenderit, quam oporteret, actione negotiorum gestorum id tantum recuperare posse, quod impendere debuit, τὸ δεδοκιμασμένον, siue impensam probabilem, *vt l. liberto §. vlt. eod. tit. l. 11. C. eod. tit.* Non omne quod impendit id trahitur etiam ad actionem funerariam. Nam qui funeris causa sumptum fecit immodicum, id tantum actione funeraria recuperare potest quod impendere debuit, pro facultatibus scilicet, & dignitatẽ defuncti, non omne quod impendit. Et ita est proditum in *l.14.§.hæc actio, de rel.& sumpt.funer.* Et datur quidem hæc actio extraneo, qui funeris impensas fecit aduersus heredem defuncti aut bonorum possessorem, & cæteros prætorios successores, *d.l.14.§.vlt.* datur, inquam, aduersus heredem vel similem successorem; quamuis eo tempore, quo quis extulit defunctum, & iusta ei fecit, hoc negotium nihil pertinuerit ad heredem, qui nondum heres extiterat, id est, qui nondum adierat hereditatem vel pro herede se gesserat, vel miscuerat se bonis, quoniam scilicet, eo postea herede existente, veluti eo postea adeunte hereditatem, post funeratum & sepultum defunctum, retro fingitur hoc negotium heredis fuisse, propterea quod & ipse retro a morte eius, cui heres extiterit, ei heres extitisse intelligitur. Atque ideo ex eo etiam tempore, id est, ex tempore mortis familia heredis funesta fuisse dicitur, quoad expleσset piacula quædam, quamuis postea heres extiterit, non statim a morte, *l.si ex re §. vlt. de stipul. seru.* Ratio igitur dandæ huius actionis aduersus heredem, vel alium, qui heredis loco sit, hæc est, quam ex hoc ipso libro Paulus retulit, vt constat ex *l. 138. de regul.iur.* quia, inquit, omnis hereditas, quamuis postea adeatur, cum tempore mortis continuatur. Ergo, qui postea heres exstitit, retro heres exstitit, retro heres exstitisse intelligitur a tempore mortis, atque adeo quicquid ab eo tempore gestum est funerandi defuncti causa, ad negotium eius pertinuisse videtur. Nec illa sententia legis 138. quæ confirmatur etiam *l. 193. eod. tit. & l.heres, de adq.hered.* alio respicit, quam ad causam actionis funerariæ dandæ aduersus heredem, quod non obseruatur hodie. Datur etiam hæc actio filiofamilias defuncto, cui extraneus funus duxit suis sumptibus aduersus patrem superstitem, in cuius potestate fuerit: funus filiifamilias est æs alienum patris, *l. filius, de in rem verso.* Quod etiam ex hoc libro Pauli relatum est in *l. 21. de religios. & sumpt.fun.* in patrem, inquit, cuius in potestate fuerit is, cuius funus factum est, competit funeraria pro dignitate & facultatibus. Pro dignitate familiæ & facultatibus patris. Nam, vt ante diximus, id tantum actione funeraria reciperat, qui vltro in funus, & sepulturam impendit, quod debuit impendere pro dignitate, & facultatibus, *l.12. §.pen.eod.tit.* Datur item hæc actio funeraria aduersus maritum, qui morte mulieris dotem lucratur, quia vt ait *l. 16. eod. tit.* æquissimum esse veteribus visum est, mulierem quasi de suis patrimoniis, ita de dotibus funerari. Dos est patrimonium mulieris, *l.3.§.sed vtrum, in fine. de minorib. l. 4. C. in quibus causis pign. vel hypoth.* Vbi patrimonium, id est, dos. Nec præter dotem plerumque olim quicquam aliud mulieres in bonis habebant, vt est relatum in *l. vlt. §.1.C.qui potior.in pign.* neque mulieres ditescere volebant, ne insolescerent. Testis est huius rei lex Voconia, de coercendis mulierum hereditatibus. Vnde etiam plerumque patres eas exheredabant, sola dote eis relicta pro modo facultatum & dignitate familiæ, cum suæ, tum mariti, vt *l.10.§.vlt.de alimen.legat.l.emptor 64. §. vlt.de rei vindicat. l.qui volebat, de hered.instit.l.cum pater §.pater, & l.Titia §. qui inuita, de leg.2.* aut patres, cum eas nuptum collocabant, paciscebantur, vt dote contentæ, nullum ad bona paterna regressum haberent. Huic pactioni, quæ religiosæ erant & obsequentes memoriæ patrum, non audebant

cótrauenire vel obloqui, quamquam id iure possent. Nam hęc pactio iure ciuili improbatur, *l.3. C. de collation.* quod & vsu receptum est, etiamsi pactioni additum fuerit iusiurandum: venia tamen iurisiurandi petita. Nec seruatur in Gallia Bonifacij decretum, quod exstat in cap. *quamuis pactum, de pactis*, libro sexto. Nam & totus ille liber sextus Decretalium nunquam receptus fuit in Gallia propter capitales inimicitias, quæ inter Bonifacium illius libri sexti auctorem, qui malis artibus obrepsit in Pontificatum, & Regem Philippum Pulchrum ortæ sunt, quæ tandem & Bonifacium Orco demisere. Quid si mulier, quæ vita functa est, non tantum dotem habeat, quam maritus lucrifaciat, sed etiam alia bona, quæ ad heredem eius perueniant? hoc casu tam maritus, quam heres actione funeraria tenentur pro rata portione, *vt l. 22. 27. & 30. de religios. & sumpt. funer.* Quod quidem proposito exemplo Paulus hoc ipso libro declarauit, quod exstat in *l. 23. eod. tit.* hoc modo, Si in dote sunt centum, in hereditate mulieris ducenta, altero tanto plus quam maritus, in funus mulieris conferre heres debet, id est, heres conferre debet duas partes, maritus vnam. Idque non deducto ære alieno defuncti, non deductis legatis, non deductis pretiis seruorum manumissorum testamento defuncti. Quod etiam ex hoc libro Pauli additur in *l. 25.* Prius enim satisfieri oportet ei, qui defunctum funerauit suis sumptibus, quam creditoribus hereditariis, & prius quam legatariis: imo & prius quam manumissis testamento præstentur, aut competant libertates. Actio funeraria priuilegiaria est. Imo & quælibet actio, quæ ob sumptus funeris competit, velut familiæ erciscundæ, aut mandati actio, *l. pen. & l. vlt. in fi. eod. tit. l. 2. de priuilegiis credit.* Alias est lex *quæsitum, de reb. auct. iud. poss.* Igitur longe alia est conditio legitimæ portionis, quantumuis licet liberis & parentibus, & natura, & legibus debeatur; longe alia conditio Falcidiæ, quam iure testamenti heredes legatis onerati ex hereditate deducunt. neque enim deductio Falcidiæ vel legitimæ natura debitæ priuilegiaria est, sed postquam facta est deductio impensæ funeris, & deductio æris alieni, & deductio æstimationis seruorum manumissorum, postremo omnium loco fit deductio Falcidiæ, vel legitimæ ex eo quod superest, *l. Papinianus §. quarta, de inofficios. test. §. vlt. Institut. de lege Falcidia.* At deductio sumptus funerarij priuilegiaria est & omne creditum præcedit.

Ad l. si possessor 32. de relig. & sumpt.

Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus in restitutione non deduxerit, quod impenderit, vtilem esse ei funerariam. §. 1. Si eodem momento vir & vxor decesserit, Labeo ait in heredem viri pro portione dotis dandam hanc actionem, quoniam id ipsum dotis nomine ad eum peruenit.

DE eadem actione funeraria est, quod ex eodem libro Pauli relatum est in *l. 32. eod. tit. de relig.* cuius duæ sunt partes. Prioris sententia hæc est: Si is qui heres non erat, sed possidebat hereditatem pro herede vel pro possessore, funus defuncto fecerit: & postea cum eo verus heres egerit petitione hereditatis, & euicerit hereditatem, potest in restitutione hereditatis deducere sumptum, quem fecit in funus: habet deductionem sumptus siue retentionem: actionem funerariam directam non habet, quia ei fuit animus gerendi sui negotij, non gerendi negotij defuncti, vel negotij hereditarij. Verum si per imprudentiam hanc deductionem sumptuum omiserit in restituenda hereditate, ex æquo & bono ei accommodabitur vtilis actio funeraria, aduersus eum, qui hereditatem euicit. Et ita hoc explicandum est ex *l. 14. §. si quis dum, hoc tit.* Posterioris partis hæc est sententia. Si eodem momento vir, & vxor simul perierint in naui forte, vel si ruina ædium oppressi sint, & dos sit eiusmodi, vt præmortua muliere lucro mariti cedere debeat, vt puta, si sit dos aduentitia, vel si sit dos profectitia, & pater qui eam dedit, non superfit: Hoc casu, quia verisimile est priorem mulierem quasi infirmiorem vita decessisse, vt in *l. qui duos §. si maritus, de reb. dub.* recte ait Paulus dotem ad heredem mariti transmitti, quasi quæsitam marito, qui superuixisse vxori intelligitur, atque ideo pro portione dotis, quæ verba Accursius non intelligit, id est; ἀναλόγως siue pro rata *l. 22. hoc tit.* pro rata, inquam, heredem mariti teneri actione funeraria, & heredem quoque mulieris pro rata cæterorum bonorum, quod & ante dictum est. Et hæc sufficiant de primo edicto.

Ad l. 43. de rei vind. l. 27. de iniuriis, l. 4. de sep. viol.

L. 43. Quæ religiosis adhærent, religiosa sunt: & idcirco nec lapides inædificati, postquam remoti sunt, vindicari possunt. in factum autem actione, petitori extra ordinem subuenitur: vt is, qui hoc fecit restituere eos compellatur. §. 1. Sed si alieni sine voluntate domini inædificati fuerint: & nondum facto monumento, in hoc detracti erunt, vt alibi reponerentur: poterunt a domino vindicari. Quod si in hoc detracti erunt vt reponerentur, similiter dominum eos repetere posse constat.

L. 27. Si statua patris tui in monumento posita, saxis casa est, sepulchri violati agi non posse, iniuriarum posse Labeo scribit.

L. 4. Sepulchra hostium religiosa nobis non sunt, ideoque lapides inde sublatos, in quemlibet vsum conuertere possumus, nec sepulchri violati actio competit.

SEquitur alterum edictum quod est de actione in factum, quæ datur aduersus eum, qui sepulturæ causa in alienum locum purum, vel sepulchrum, vel ossuarium inuito domino, vel eo ad quem ea res pertinet, mortuum vel ossa mortui intulit, inferriue curauit, & datur in hoc hæc actio aduersus illum, vt vel tollat quod intulit, vel loci pretium præstet, loci puri scilicet: Nam sepulchrum vendi non potest, *l. 7. de religios.* Ac præterea edicto comprehensum est nominatim, eum subiici pœnæ pecuniariæ, qui videlicet in alienum sepulchrum, quo ius ei non fuit inferre, mortuum intulit, *l. 2. §. prætor, eod. tit.* nempe, quia hic, in alienum sepulchrum mortuum intulit, cuius pretium nullum est, propterea quod religione affectum est: res sacræ, sanctæ, religiosæ inæstimabiles sunt, impretiabiles sunt: quia, inquam, hic qui in alienum sepulchrum sine voluntate eius, ad quem ius sepulchri pertinet, mortuum intulit, sepulchri violati reus est, & ideo pœnæ pecuniariæ subiicitur. Paulus primo Sententiarum, *Qui*, inquit, *sepulchrum alienum effregerit, vel aperuerit, eoque mortuum suum vel alienum intulerit, sepulchrum violasse videtur.* Et vt ait *l. 9. de sepulc. viol.* actio quoque pecuniaria datur de sepulchro violato, ne dum criminalis, scilicet actio pecuniaria, id est, actio in factum, quæ vel eius quod interest actoris, vel pœnæ pecuniariæ persecutionem continet, vt *l. 3. de sepulc. viol.* Quæ actio, vt opinor, non est famosa, quia in factum scribitur, siue in factum concipitur, non in personam. Denique factum arguit potius, quam personam, quæ fecit. Itaque honesta est actio, non turpis aut famosa. Nullæ actiones in factum sunt famosæ, *l. 1. §. interdictum hoc, de vi & vi arm. l. non debet, de dolo l. 1. C. de iure dot.* Quid est igitur quod ait *l. 1. de sepulc. viol.* actionem sepulchri violati irrogare infamiam? Sane hoc non est accipiendum de actione in factum, in quam pecuniariæ quantitatis vel pœnæ ratio deducitur: sed de actione, quæ descendit ex crimine sepulchri violati, quod pertinet vel ad legem Iuliam peculatus, si quid ex sepulchro quis sustulerit, intercepe rit, in rem suam verterit, *l. 1. ad leg. Iul. pecul.* vel ad legem Iuliam de vi publica ex illa parte, qua de eo cauetur qui fecit, quo minus aliquis funeretur, sepeliaturve, *l. 5. ad leg. Iul. de vi publ.* nam & quicunque sepulchrum violat, facere videtur, quo minus quis sepeliatur, *l. 8. de sepulc. viol.* Cui proxime iuncta l. 9. aperte demonstrat, crimen, actionemve descendentem ex crimine sepulchri violati separari

ab

ab actione pecuniaria sepulchri violati. lex 8. nimirum est de crimine sepulchri violati, vel actione criminali. lex 9. de actione pecuniaria sepulchri violati, de actione in factum, quam dicimus non esse famosam. Illam autem esse famosam, quia pertinet ad iudicia publica, quæ omnia sunt famosa, id est, vel ad legem Iuliam peculatus, vel ad legem Iuliam de vi publica. Hanc autem actionem pecuniariam sepulchri violati hoc libro 27. Paulus docuit cessare duobus casibus. Vno si quis statuam patris tui in sepulchro positam vel affixam, non euerterit aut sustulerit, quo casu proculdubio teneretur sepulchri violati, sed eam saxis ceciderit. Hic enim tenetur actione iniuriarum, non actione sepulchri violati, quia non ideo intelligitur violasse sepulchrum, *l. 27. de iniur.* Altero autem casu, si quis ex sepulchris hostium, quæ sunt in Romano solo, lapides, aut columnas sustulerit, & in quemlibet vsum conuerterit, quia sepulchra hostium nobis religiosa non sunt: nec igitur eo nomine cuiquam competit actio sepulchri violati popularis, *l. 4. de sepulc. viol.* quæ est ex eodem libro. Sepulchra ciuium ea sola nobis religiosa sunt, & quæcunque iis adhærent, iniuncta vel inædificata sunt, vt in hoc libro Paulus scripsit *l. 43. de rei vindic.* Et ideo lapides sepulchro inædificatos, etiamsi postea remoueantur, ait a quondam domino vindicari non posse, quia pars sepulchri sunt, & diuini iuris, non humani, non priuati, *l. 2. de sepulc. viol. l. in rem 23. §. 1. de rei vind.* & qui eos lapides amouerit, consequenter sepulchri violati tenetur. Quod si pars sepulchri sunt, in bonis nostris non sunt, aut esse desierunt, *l. 4. de aq. plu. arc.* Ergo nec vindicari possunt, directa scilicet & ordinaria vindicatione: sed vt Paulus ait *d. l. 43.* extra ordinem in factum actione tenetur is, qui eos amouerit. Actio in factum extraordinaria est subsidio rei vindicationi. vbi non est vindicatio legitima, & directa, hæc est ex causa. *l. in rem §. item quæcunque, & l. 53. cum autem, eod. tit.* Sed vt subiicit in eadem *l. 43.* si lapides alieni monumento puro, nondum functo, id est, nondum facto religioso, nondum occupato religione, in quem scilicet nondum mortuus illatus est, inædificati fuerint, & inde detracti, vt alibi inædificarentur, vel etiam vt ibidem postea reponerentur, hoc casu a domino vindicari possunt directo iudicio, quoniam nulla in eis religio est. Detractos monumento puro dicit vindicari posse, non iniunctos, inædificatos, quia *l. 12. tabul.* tignum alienum alieno cuicunque ædificio iunctum vindicari vetat, ne ædificia diruantur, *d. l. in rem §. pen.* & tigni nomine etiam lapides continentur, & omnis materia, ex qua ædificia fiunt. Ac detractum & exemptum tignum ædificio alieno, detracti lapides monumento puro vindicari possunt, *d. l. in rem §. vlt. §. cum in suo, Institut. de rer. diuis.* Non omittam in extremo *d. l. 43.* perquam noue Paulum *repetere* vsurpasse pro petere, id est, vindicare. Alias enim repetere est condicere, non vindicare. Repetitio, condictio, non vindicatio. Vnde & illud vulgare, *Rex extantes peti*, id est, res nostras quæ exstant peti a nobis: consumptas repeti, quo genere Titus Liuius 29. *Prætor*, inquit, *Locrensibus permittit, vt quod quisque suum cognosceret, prehenderet, vindicaret. Si quid consumptum esset, repeteret.*

Ad l. 4. quemad. seruit. amittunt.

Iter sepulchro debitum, non vtendo nunquam amittitur.

ADdamus ex eodem libro Pauli, quod est in *l. 4. quemad. seru. amitt.* seruitutem itineris sepulchro debitam non teneri quidem eadem religione, qua sepulchrum, non esse partem sepulchri: sed priuati iuris esse: iter sepulchro debitum priuati iuris esse, *l. 14. §. 1. de seruit.* Verum non vtendo, vt cæteras seruitutes per constitutum tempus, nunquam amitti. Priuatum ergo iter non vtendo non amitti, quod sepulchro debetur. Cur ita? Non quia natura sui hæc seruitus, quæ sepulchro debetur, intermissionem habet. (Nam & alia seruitus, quæ natura sui intermissionem habet, non vtendo amittitur, duplicato constituto tempore, *l. 6. 7. eod. tit.*) sed ratio hæc est: quia vsus religionis hoc exigit, vt etsi sepulchro iter non debeatur, tamen a vicino præstari debeat, *l. 12. de religios.* & multo magis, si debeatur sepulchro seruitus, ei perpetuo conseruari debet.

Ad §. 1. l. 138. de regul. iur.

§. *Nunquam crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio.*

EX eodem Pauli libro est regula relata in posteriore parte legis 138. *de reg. iur.* cuius initium exposuimus sup. quæ etiam ad hanc partem edicti referenda est, hoc modo. Si quis sepulchrum alienum violauerit, mortuo in id illato suo, vel alieno, sine voluntate eius, ad quem ius sepulchri pertinet, ex hoc edicto pœnæ pecuniariæ subiicitur, quæ pœna nihil aliud est, quam æstimatio delicti: & si forte, antequam ea pœna exigeretur, iterum in idem sepulchrum mortuum intulerit, an dicemus augeri pœnam? Minime. *Quia nunquam æstimatio præteriti delicti*, inquit, *ex postfacto crescit*; sicut, vt hoc exemplo faciam manifestius, si fur eiusdem rei domino duo furta fecerit, priusquam cum eo ageretur furti, ex causa furti prioris non amplius, quam semel cum eo furti agi potest, neque interim eiusdem furti iteratio auget pœnam, si re integra antequam cum eo ageretur furti, subinde eiusdem rei, & sæpius fecerit furtum, amissa possessione interim forte, idque ostenditur in *l. inficiando §. infans, de furt.* Et ita quoque lex 28. *de furt.* ait, nihil ad pœnam furti ex postfacto adiici, si quis chirographum, quod furto surripuit, postea deleuerit, quia nunquam ex postfacto crescit præteriti delicti æstimatio. Et ita si in alienum sepulchrum mortuum intulero, & priusquam mecum ageretur sepulchri violati, rursus alium mortuum intulero, atque alium, vna tantum est actio in me sepulchri violati, & vna pœna, quam non auxit iteratio violatæ religionis. Et ita est explicanda illa lex. Duæ igitur regulæ illius legis 138. proprie pertinent ad edictum *de religiosis & sumpt.* Nam priorem partem, hereditatis scilicet aditionem continuari cum morte testatoris heri ostendi, & pertinere ad actionem funerariam, & coniunctam quoque legi 138. legem 137. quæ præcedit, ad eundem titul. *de rel.* pertinere constat ex *l. 14. §. 1. eod. tit.*

Ad l. 3. de religios. & sumpt. fun.

Ex consensu tamen omnium vtilius est dicere, religiosum posse fieri, idque Pomponius scribit.

REstat adhuc ex eodem libro Pauli, *l. 3. eod. tit. de rel.* quæ etiam pertinet ad edictum, quod feci secundum, quodque est in manu. Verba edicti hæc sunt: *Siue homo mortuus, ossave hominis mortui in locum purum alterius, aut in id sepulchrum, in quo ius non fuerit, illata esse dic. &c.* Locum purum opponit sepulchro, id est, religioso loco. Locus igitur purus est, qui religiosus non est. Et qui in locum purum mortuum infert sine consensu eius, cuius interest, locum religiosum, aut iustum sepulchrum non facit, etiamsi sit proprietarius. Fructuarius non facit locum religiosum inferendo mortuum in locum suum, inuito proprietario; & contra quoque proprietarius non facit locum religiosum inuito fructuario. Item is qui pleno iure dominus est, non facit locum religiosum inuito eo, cuius prædio ille locus seruit, aut inuito creditore, cui locus ille pignori obligatus est, videlicet, si debitor alienum mortuum intulerit, vt *l. 2. §. vlt. hoc tit. l. locum, de vsuf.* Verum iis consentientibus illato mortuo, profecto locus religiosus fit. Et hoc tantum habet *l. 3. Ex consensu tamen omnium*, de quibus est actum in *l. 2.* vtilius est dicere religiosum posse fieri. Et hæc de secundo edicto.

Ad l. 11. eod.

Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caueri oportet.

TErtium edictum est de actione in factum, quæ datur aduersus eum, qui quem prohibet mortuum inferre in locum vel monumentum suum, & datur in id quod interest, *l. 9. hoc tit.* Et huic quidem actioni hoc libro Paulus scripsit in *l. 11. eod. tit.* locum esse, etiamsi locus monumenti, puri scilicet vænierit. Vendi eum posse constat, quia religiosus non est, *l. 6. §. vlt. hoc tit. l. 52. §. item ex facto, pro soc.* Si igitur quis monumentum purum nondum functum vendiderit, addito hoc pacto, ne in id emptor inferat certos quosdam homines, veluti libertos suos, quos tamen ius est inferre, cum monumenti puri factus sit dominus venditione, & emptor prohibeatur a venditore libertos inferre, Paulus existimat huic actioni locum esse in id quod interest, quia pacto hoc effici non potest, ne emptor in monumentum quod emit, inferat quos volet: quia plerumque nihil interest venditoris, cum a se monumentum abalienauerit. Interest quidem emptoris, ne prohibeatur in monumentum quod emit, mortuos suos inferre, vel alienos; cæterum nihil interest venditoris, ne hoc faciat emptor. Stipulatione tamen eleganter ait Paulus in *d. l. 11.* id effici potest, stipulatione non quacunque, sed stipulatione pœnali, ex qua datur actio etiam ei, cuius nihil interest. Pœna nihil habet commune cum eo quod interest, id est, cum re. ex stipulatione pœnali agit etiam is cuius non interest, *l. stipulatio ista §. alteri, de verb. oblig.* Et ita explicanda illa lex 11. Obserua Paulum ibi loqui de eo, qui monumentum vendidit, quod erat purum. hic non potest efficere pacto conuento, ne ibi emptor sepeliat mortuum, de illo est quæstio, qui non monumentum, quod nullum exstabat, sed fundum vendidit: an id pacto excipere possit, ne in eo fundo emptor sepulchrum exstruat, ne sepeliat in eo fundo mortuum, quod etiam negatur in *l. pen. de pact.* quia plerumque nihil interest venditoris. Recte dico hoc casu *plerumque*, quoniam si venditoris interfit, ne in fundo vendito emptor sepeliat mortuum, tunc pactum seruandum, vt puta si venditor in proximo habeat, in confinio habeat alium fundum, & abhorreat venditor a frequentia hominum, qui solebant plerumque ad sepulcreta, & vstrinas conuenire, vel officij causa supremi, vel pauperes, vt e rogo raperent cœnam funerum, quę *silicernium* dicebatur, vt quod Catullus ait in Rufum *deuolutum ex igne persequerentur panem*; vel etiam hoc paciscendo venditor hoc agit, ne ad se perueniat nidor epularum, quæ in funere comburi solebant. Et hoc casu recte Iustinianus censet pactum esse seruandum in *l. vlt. C. de pactis inter empt. & vend.* quod non pugnat cum *d. l. penult.* quæ respicit ad id, quod plerumque fit. Plerumque enim nihil interest venditoris, in fundo vendito non sepeliri mortuum: sed potest interesse, si in eo confinio alium fundum habeat. qui casus solus exprimitur in *d. l. vlt.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXVIII. Pauli ad Edictum.

Ad l. 2. De reb. cred.

Mutuum damus, recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum) sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti vt pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. §. 1. Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest. §. 2. Apellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: & ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio. §. 3. Creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quæ pondere numero, mensura continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia: creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur. §. 4. In mutui datione, oportet dominum esse dantem. nec obest, quod filiusfamilias & seruus dantes peculiares nummos obligant: Id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint. §. 5. Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

ABsoluto libro 27. sequitur vt transeamus ad 28. In quo Paulus secutus ordinem edicti perpetui, tractauit de certi condictione generali, quæ a primis verbis, tituloque ipso edicti prætorij appellata est, *Actio si certum petetur de rebus creditis.* Tractauit etiam de speciali certi condictione, quæ ex mutuo nascitur, vel ex promutuo. eiusmodi est condictio indebiti, & de aliis specialibus condictionibus ob rem, vel ob causam, vel sine causa, vel ex iniusta causa, vt specialiter ex causa furtiua, vel triticaria, quæ omnes ordine digeruntur lib. 12. Digestorum. ac de condictione ex mutuo simul, & de differentia mutui, & crediti, primum ex libro 12. datur ex eo libro Pauli 28 *l. 2. de reb. cred.* quæ initio docet, mutuum dari, non vt eandem speciem creditor, quam dedit, id est, cuius dominum accipientem fecit, recipiat, sed aliam eiusdem generis. *Mutuum*, inquit, *damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus* (id est, alienauimus) *alioquin commodatum erit, aut depositum, sed idem genus. Nam si aliud genus, vt pro tritico vinum recipiamus, non est mutuum.* Et hanc tantum sententiam hodie interpretabimur, quia in hac l. quæ est vexata ab omnibus interpretibus, decreui vel paucis attingere omnia, quæ in ea DD. contulerunt, etiamsi pleraque superuacua sint. Ex hac autem prima sententia huius legis possis conficere definitionem mutui: *Mutuum esse contractum, quo hoc agitur, vt non eadem species, quæ datur: sed alia eiusdem generis creditori quandoque præstituta die reddatur.* Mutuum contractus esse dicitur in §. *Ius autem gentium, Institut. de iure natur.* quamuis non vltro, citroque, id est, non mutuam obligationem pariat ex vtraque parte contrahentium, sed ex parte accipientis tantum. Contractus igitur est μονόπλευρος, vt Græci loquuntur, sicut & stipulatio, non δίπλευρος, ex quo, vt dixi, debitor eandem speciem, quam accepit, non reddit, creditorue eandem speciem, quam dedit, non recipit, sed aliam eiusdem generis, eiusdem materiæ, vt ait lex *oleo, C. de vsur.* Quum enim hoc agitur, vt creditor eandem speciem recipiat, non mutuum, sed commodatum est, inquit, vel depositum, adde, vel pignus, vel precarium, vel locatio, vel dos. Accursius hoc loco male speciei appellationem coarctat ad corpora. Speciei enim appellatione non tantum corpora, videlicet certa, significantur, veluti fundus ille, homo ille, vestis illa, lanx illa, discus ille, aurum vel argentum illud, quod appensum non est, quæ Dialectici vocant *indiuidua*: sed speciei appellatione continentur etiam quantitates, siue res quæ quantitate valent potius, indicantur, spectanturque, quam corpora vt eleganter ostenditur in *l. 1. §. non solum, ad leg. Falcid. l. si is qui nummos, de solut.* vt auri vel argenti, infecti scilicet, vel etiam facti non cusi causa monetæ, certum pondus frumenti aut vini, certa mensura, certa modiatio, olei certa mensura, vel certum pondus: nam & oleum datur ad pondus, *l. 4. de trit. vino & oleo leg. l. 8. §. vlt. de leg. 1. l. si quis a me, de action. emp. l. pen. C. de rei vindic.* Itemque

que nummorum certus numerus. Hæ res quantitate valent, spectanturque, non corpore, id est, pondere vel mensura, vel numero. Denique quantitates non sunt corpora sed potius sunt quasi corpora, aut esse censentur. Atque ideo dicuntur etiam constare, & contineri pondere, numero & mensura: hæ sunt res, quæ vsu consumuntur. Quæ igitur sunt in abusu, non in vsu: nam earum vsus abusus est, siue consumptio: hæ res nimirum vtendo depereunt: etiam nummi assidua permutatione deperire videntur. Corpora autem, quæ scilicet spectantur vt corpora, sunt in vsu, non in abusu. Vsus corporum non est consumptio eorundem. Et in his quidem solis rebus, quæ sunt in abusu, quales sunt, quæ pondere, numero, mensura constant, mutuũ consistere potest, quod ita contrahimus, vt dixi, non quasi recepturi easdem res, quas dedimus, nimirum damus in hoc, vt qui eas acciperet, eis abuteretur & consumeret, sed quasi recepturi idem genus, similemve materiam, non eandem, veluti pro nummis alios nummos similes, pro vino vinum aliud, pro vetere nouum, nisi ita actum sit, pro auri massa, parem auri massam, seruata & reddita quantitate eadem, & non quantitate tantum eadem, sed etiam natura & qualitate eadem, bonitate eadem, *l.3.h.t.* Ceteri autem contractus, quibus agitur, vt eandem rem, quam dedimus recipiamus, consistunt in corporibus. Et non in corporibus tantum, sed & quidam ex his, in his reb. quæ pondere, numero, mensura continentur, siquidem hæ res dantur veluti corpora, ea lege, vt eædem ipsæ res creditori restituantur. Nam & commodatum, hac lege interposita, in nummis consistit, *l.3.§.vlt.& l.4.commod.l.si ego insi.hoc tit.* Itemque depositum *l. 24. depos.* & locatio, & conductio, *l.in naue, loc.* Alij sunt contractus ab iis omnibus diuersi, quibus hoc agitur, non, vt eandem speciem, non, vt idem genus recipiamus: sed vt aliud genus, veluti pro tritico, vinum vel oleum in *l.pen. C. de rer.permut.* quod negotium permutatio dicitur, vel pro merce pecuniam numeratam, aut retro pro pecunia numerata mercem, quod negotium emptio venditio est. Et quidem si ab initio detur triticum, vt vinum accipiatur, permutatio est, vel quod idem est, contractus *do vt des*, neque enim vlla est differentia inter permutationem, & contractum, *do vt des*, vt aperte ostendit *l.naturalis* §.1. *de præscript.verb.* Quæ cum dixisset initio, *si pecuniam dedero, vt rem acciperem*, emptionem esse, *sin vero rem dedero, vt aliam rem acciperem*, non esse emptionem, sed permutationem, cum tractaret de articulo *do vt des*, subiecta hac ratione, quia placet permutationem non esse emptionem, satis demonstrat rem ita gestam, *do vt des*, permutationem esse. Et male igitur Accursius hoc loco, & alibi passim autumat, permutationem esse, si res detur vt alia res accipiatur, quod & verum est: contractum autem do vt des esse, quod est falsum, si res detur, vt post tempus rursus eadem res recipiatur: nam res ita gesta non est quidem permutatio: sed non est etiam negotium do vt des, verum cadit in aliam speciem contractus veluti dotis: fundus dotalis datur, vt idem fundus soluto matrimonio diuortio, vel morte mariti, mulieri reddatur: vel etiam in speciem contractus emptionis venditionis, quum res venditur, & traditur ea lege, vt post tempus eadem res reuendatur venditori, & remancipetur, *l.2.C.de pact. inter empt. & vend.* vel etiam in speciem donationis, quum res donatur ea lege, vt post tempus eadem res donatori restituatur, *l.3.C.de donat.quæ sub modo.* At si cum ab initio non conuenit, vt pro tritico vinum reddatur, quod si conuenisset, esset permutatio, sed vt triticum eiusdem generis, & bonitatis, eadem mensura reddatur, quamuis postea nihil prohibeat ex voluntate creditoris pro tritico vinum reddi, *l.si ei nuptura, de iur.dot.l. manifesti. C.de solut.l.pretij, C.de rescind. vend.* nihilominus contractum mutuum esse intelligitur: initium enim conuentionis in distinguendis contractibus semper spectatur, & causa non exitus, *l.8.mandati, l.1.§.quod si rem, & §.seq. depos.* Vnde, quæ est alia species, tametsi in contrahendo mutuo hoc agi soleat ab initio, vt non iidem ipsi nummi qui dantur, recipiantur, sed alij eiusdem generis, nec vt

Paul.

Agrœtius ait, cuius verba paulo infra subiiciam, necesse sit, eosdem ipsos nummos reddi: tamen nihil vetat eosdem ipsos reddi, nec si iidem ipsi redditi, & soluti sint, ea res quicquam mutat contractus originem & causam: quia & quasi alij quidam nummi redditi sunt: ab initio contractus æstimantur, non a fine: ab obligatione contracta, non a dissolutione obligationis. Et ita hoc Accursius sentit recte, hoc loco. Quod tamen ita procedit, si post interuallum aliquod iidem ipsi nummi reddantur: nam si extemplo iidem ipsi nummi reddantur, nullum mutuum contractum intelligitur, quoniam, qui numm os accepit, eis vsus non est, & vsus causa mutuum contrahitur, id est, abusus. Et multo magis si nominatim hoc agatur ab initio, vt iidem ipsi nummi reddantur post tempus: non est mutuum, sed est commodatum potius, nec alienati esse intelliguntur, quandoquidem in iis videtur spectatum corpus ipsum nummorum, non quantitas, quum ita actum est, vt iidem ipsi reddantur post tempus, *l. qui sic soluit, de solut.* qui sic soluit, vt recipiat, non soluit: & retro, inquit, qui sic alienat vt recipiat, non alienat, ergo mutuum non contrahit. Nam mutuum est species alienationis. Item si hoc agatur datis nummis, vt nulli reddantur, quod *creditum insolubile* Seneca vocat, mera donatio est, non mutuum. Etiamsi, qui dedit ea lege vt non reddantur, mutuos se nummos dare dixerit, forte mutuam gratiam captans. Non omne mutuum est id, de quo agimus. Mutui nomen est multiplex. mutuum est quodcunque habemus ad tempus. bona a Deo nobis dantur *mutua. vita*, inquit Ouidius, *data est vtenda sine fœnore nobis*, i. *mutua.* Et eleganter Accius: *Nulli vita propria in vita est.* Proprium opponit mutuo. Virtus animi est propria, quia sempiterna: cætera mutua. Item quod datur in antecessum conductori mutuum est, *l. 2. C. de frum.vrbis Constantinop. libro* 11. *ce que l'on aduance*, quod prorogatur, quod datur ἐν προχρείᾳ, vt in illa *l.* 2. nummi, qui ex arca frumentaria dantur pistoribus ad coemptionem frumenti, qui non solebant iis dari, nisi post coemptionem, dicuntur mutuo dari, quia dantur in antecessum, siue promutuo. Commodatum item mutuum dicitur, *l. item legatum* §. 1. *de leg.* 3. Vbi eorum, quæ erant in promiscuo vsu, maritus ab vxore vsum mutuari dicitur, puta vestimentorum vsum: quæ tamen ipse erat redditurus vxori. Mutuari ergo dicitur, quod commodato accipitur. Et similiter in *l. quæsitum* §. *si quis eodem, de instrum. leg.* agros ab agris sæpenumero instrumenta rustica mutuari, quod nihil aliud est, quam commodato accipere. Et Symmachus 7. Epistolarum epist. 69. *Quod Aricia tenus precarium de amico Cantherium mutuatus*, id est, precarium equum quem duceret Ariciam vsque, commodato accepit. De quo etiam exstat, eum furti teneri, si vltra Ariciam duxerit equum, quem si mutui lege & conditione acciperet, de qua est hic titulus, sane duxisset quocunque voluisset. Et in hunc locum valde suauis est Fulgosius, cum inspecta natura mutui, de quo est hic titulus, quod consistit tantum proprie in iis rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, ideo existimauit, non recte dici latine, *mutua mihi librum tuum*, sed dicendum esse, *commoda librum tuum*, & se mutasse sententiam fatetur, admonitum a Theologo quodam, qui vtebatur præclarissimo testimonio ex legenda Sancti Benedicti, in qua esset scriptum, *vas aliquod quendam mutuo accepisse*, quod commodato tamen acceperat, quod nec in legenda Benedicti tantum est, sed in dialogis Gregorij libro 2. quo loco etiam non *mutui* nomine vtitur: sed *præstiti*, vt vulgus *mutuum* appellat *præstitum*. Verum (mittamus nugas) sicut mutuum appellatur commodatum, sicut mutuum pro commodato accipitur, retro etiam commodatum pro mutuo, vt *l.* 1. *C.Theod.quod iussu*, duobus locis pecuniam commodare pro *mutuam* dare: quibus tamen in *l. vlt. C. quod cum eo, qui in aliena potest.* pro commodare Tribonianus vno loco reposuit mutuam dare, altero *præstare.* locus notandus quasi scilicet, vt in idiotismo *præstare* sit commune mutui & commodati, vt & posterioris ætatis auctores

dixerunt impudentissime pro [illegible], pro *mutuum dare*. Et Optatus Afer. lib. 4. *ut [illegible] pro [illegible] sui*, i. pro pecunias quas mutuas acceperant. Commodare etiam pro mutuum dare Aurelianus *[illegible] cap. 26. [illegible] pecuniam commodare [illegible]*. Et recte vetus interpres Psalmo 111. *Iucundus homo, qui miseretur, & commodat*. id est, mutuum dat. Vnde breuiter ita constituimus: Mutuum esse quasi commodatum ad abusum, commodatum autem esse quasi mutuum ad vsum: Nam & mutuo dati dominium transfertur in accipientem. Commodati non item, sicut nec pignoris, nec depositi, nec locati, nec omnino etiam dotis. Item mutuum consistit, vt iam diximus, in rebus, quarum abusus, non vsus est. Commodatum proprie in rebus, quarum vsus est, non abusus. Proinde, quod Paulus ait initio huius l. ex commodato recipimus eandem rem, itemque ex deposito, pignore, locato, precario, dote: ex mutuo non recipimus eandem rem, sed idem genus. Agroetius vetus Grammaticus: *[illegible] commodatum*, inquit, *& mutuum [illegible]. Commodamus amico pro tempore, animal, [illegible], vestem [illegible] [illegible]. [illegible] mutuo damus pecuniam, triticum, vinum, & his similia*. nec necesse est, quod notaui supra, eadem ipsa reddi. Et commodatum igitur pro mutuo: & retro mutuum pro commodato saepe accipitur. Quod confirmatur quoque loco Cornelij Taciti in lib. *de Oratoribus*, quum de poeta quodam loquitur, qui solebat rogare vltro, & ambire homines, vt versus suos audirent. & ne id quidem gratis: *Nam & domum mutuatur*, inquit, *& auditorium extruit, & subsellia conducit*. Vbi plane domum mutuari est commodato accipere. & vice versa, commodare pro mutuo dare, ex M. Tullio notum est.

Ad §. 1. Mutui datio.

IN hoc §. Paulus ait, mutui dationem consistere in rebus, quae pondere numero, mensura consistunt. &c. Docuit initio huius leg. ex causa mutui, creditorem, neque easdem res, quas dedit absumendas, & abutendas recipere, neque alias res [illegible] generis: sed alias eiusdem generis, id est, naturae vel substantiae, qualitatis, materiae eiusdem. Nunc docet in §. 1. quaenam sint eae res cuiusque generis, quarum datione in creditum ire possit, id est, mutuum contrahi possit, ita vt non eaedem res recipiantur, sed aliae eiusdem generis, sicut exigit ratio contrahendi mutui. Et eas esse ait, quae pondere, numero, mensurave constant, id est, quae non corpore, quod habent, censentur & valent, sed pondere, numero, vel mensura, neque vltra eas res mutuum vagari posse. Id quod plane consequens est initio huius legis: Nam si in mutuo contrahendo hoc agitur, vt quod datur, quodque fit accipientis, dare enim hic proprie accipimus pro alienare: si, inquam, in mutuo contrahendo hoc agitur, vt quod datur, ab eo, qui accipit, absumatur, ita vt supersit illi tantum facultas reddendi eiusdem generis post absumptam speciem, quam accepit, consequens, inquam, est, earum tantum rerum datione mutuum contrahi posse, quae quantitate valent, spectantur, iudicantur, non corpore. non etiam earum rerum quae diuersa ratione corpore valent, spectantur, iudicantur, aestimantur, non quantitate, veluti datione fundi vel hominis, nimirum, quia accepto fundo vel homine, non potest alius fundus, aliusve homo reddi, qui sit eiusdem generis, id est, naturae eiusdem, & qualitatis. Genus accipimus pro natura, siue substantia & qualitate l. [illegible] l. [illegible] §. [illegible] & in *Instit. [illegible] quib. modis re contr. oblig.* pro natura, inquam, siue substantia & qualitate, siue materia. Vnde in l. [illegible] *C. de [illegible]* quod in aliis locis *reddi rem eiusdem generis*, vel *eiusdem naturae, & qualitatis*, [illegible] *reddi rem eiusdem materiae*. Materia, natura, substantia, qualitas, haec quatuor idem possunt apud iuris conditores: iis quatuor nominibus promiscue vtuntur. testimonio est l. 9. & 14. *de contrah. empt.* & l. *si seruus §. [illegible] de [illegible]*. Et Stoicos quoque materiam substantiae nomine, siue naturae designasse, testis est Diogenes Laertius in Zenone. Et iuris conditores omnes sunt imbuti a Stoicis. Vnde & substantia fabricandi pro materia. l. [illegible] §. 4. *C. [illegible] de [illegible]*. Ideo autem vice earum rerum, quae corpore spectantur & valent, non quantitate, & dimensione sua, non possunt aliae reddi, quae sint eiusdem generis, naturae, qualitatis, substantiae, materiae, quia sua cuique natura, qualitasque propria est: sua cuique fundo, cuique homini natura, qualitasque propria est, vt qui vice vnius dederit aliam, non possit videri dedisse rem eiusdem naturae, & qualitatis: sed aliam alterius generis, alterius materiae, & qualitatis. At qui accepto certo numero nummorum certi generis, veluti centum aureis Philippeis, horum vice totidem reddiderit aureos Philippeos, plane quantitatem reddiderit eiusdem naturae & qualitatis. Et similiter, qui accepta certa modiatione, certoue modo vini Falerni, parem modiationem vini Falerni reddiderit, idem plane genus reddiderit. Ideoque in his rebus, mutuum consistit, *quia*, inquit, Paul. *in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie*, id est, in his rebus, quarum solutione defungimur in genere magis quam in specie, proprie mutuum consistit. Hic articulus *magis* vel *potius*, quod in illis verbis Pauli subintelligi etiam Accursius notauit, illic, inquam, articulus, *magis*, vel *potius*, accipitur [illegible], *potius*, at promde vim negationis habet. vt quum dicimus, *virtutem magis prodesse, quam nocere*: quo exemplo vtitur Diogenes Laertius in Pyrrhone Eliensi, notans hanc huius articuli significationem, siue positionem. hoc enim dicimus, *virtutem prodesse, non nocere*. Et ita illis verbis Pauli significatur, ex causa mutui fungi nos omnino solutione eiusdem generis, non eiusdem speciei. Dia [illegible] dicerent, fungi nos solutione eiusdem speciei, non eiusdem indiuidui: quod & Accursius intelligit, solutione puta vini Falerni in genere, non illius vini Falerni, quod accepimus. Quod Paulus exprimit hoc modo, nos eas res fungi, aut iis rebus nihil referre, per solutionem eiusdem generis eas permutare, vt ait l. *[illegible] de leg.* 1. per solutionem eiusdem generis, non per solutionem eiusdem speciei, id est, ex causa mutui soluere nos, quod dixi mutuo, idem genus, non eandem speciem: vel aliter, fungi nos munere soluendi debiti in genere eodem, non in specie eadem. vt in l. [illegible] *de leg.* 2. fungi munere praestandi legati, quod est soluendi legati, fungi munere collationis, quod est conferre. *l. [illegible] de [illegible]*. Dices etiam recte, fungi munus solutionis, praestationis, collationis, vt fungi munus, vel officium suum, fungi passiones suas apud Tertullianum eleganter, *carnem fungi passiones suas*. Et Paulus noster in *l. 3. ad legem Falcid.* & in tit. *ad l. Aquil.* fungi pretia, id est, pretia fieri, id est, poni, constitui, vel ex affectione, & vtilitate singulorum, vel communi iudicio populi, & vsu recepto in foro. *Magis* autem, quod hoc loco subintelligitur, quae est altera huius articuli significatio ab eodem Diogene notata supradicto loco, non accipitur comparatiue [illegible], quia Paulus respicit ad id, quod plerumque fit. Plerumque autem ex causa mutui redditur idem genus: non eadem species. Perraro admodum eadem species, quae de re tractabam nudiustertius. Et vbi eadem species, veluti iidem ipsi nummi qui accepti sunt, quasi genus redditur idem, non quasi species. Et ita vero explicanda est ratio, propter quam Paulus docet in hoc §. mutuum consistere in iis rebus, quae pondere, numero, mensurave constant. Subiicitur alia ratio, quae docet cur non consistat etiam mutuum in caeteris rebus, quae non pondere, numero vel mensura aestimantur, sed corpore solo. Nam in caeteris rebus inquit, *quia in creditum ire non possunt*, id est, mutuum contrahere non possumus, *quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest*. Vbi Accursius recte scribit, subesse locum a consequenti destructo, qui a Dialecticis dicitur locus [illegible]. & est alius huic contrarius a sequenti locus [illegible], [illegible] subesse locum a consequenti destructo, siue destructiuo, nimirum ratiocinatione concepta in hunc modum: si in caeteris rebus, quae corpore valent, non quantitate consisteret mutuum,

tuum, fungi poſſemus ſolutione earum in genere. At fungi non poſſumus ſolutione earum in genere, quia aliud pro alio ſolui inuito creditori non poteſt. Ergo in cæteris rebus mutuum non conſiſtit: Quandoquidem conditio mutui, & ius hoc eſt, vt idem genus reddatur, non aliud genus. Perempto conſequenti, perimitur quod antecedit. Ait, *inuito creditori aliud pro alio ſolui non poſſe*, vbi creditor accipitur ſpecialiter pro eo, qui mutuum dedit, vt paulo ſupra *creditum* accipitur, vt & hoc loco ſpecialiter, pro mutuo, cum tamen alias & creditor & creditum accipiantur generaliter: Itemque debitor, & debitum: ſed vt creditor, etiam debitor accipitur ſpecialiter interdum pro eo, qui mutuam pecuniam accepit, vt in ea lege *C. ſi cert. pet. incendium ære alieno non liberat debitorem*, id eſt, eum qui accepit mutuo: nam debitorem certi corporis proculdubio incendium liberaret, quod modo contingeret ante moram. *Inuito*, inquit, *creditore aliud pro alio ſolui non poteſt*. Inde ſequitur in cauſam crediti dato fundo vel homine, non poſſe idem genus ſolui. Nam ſi ſoluatur alius fundus, aliud genus ſoluitur, non idem. Tanta eſt diſſimilitudo, & diſcrepantia inter res, quæ corpore valent, non dimenſione ſua, vt eiuſdem generis, id eſt, eiuſdem naturæ, & qualitatis, quæ ſint inuicem, nullæ reperiri poſſint. In rebus tantum ſimilibus: non ergo in diſſimilibus mutuum conſiſtit, *l. in naue* 31. *loc.* Similes ſunt res, quæ ſola quantitate cenſentur. nihil eſt tam ſimile quantitati quam quantitas par, nihil tam ſimile ſolido quam ſolidus, nec videtur aliud pro alio ſoluere, qui pro decem aureis, quos acceperit, totidem alios aureos reddit, ſi modo ſint eiuſdem generis, cuius & illi, qui dati ſunt abſumendi, abutendi: veluti aurei ſolares, ſi dati ſint ſolares, ſiue ſolſtitiales: licet enim & *ſolſtitiales* dicere, vt Cicero & Liuius, *ſolſtitialem orbem* dicunt, pro *ſolarem*. Itemque, vt & hoc addam, quando hic incidit ſermo, vt Attici κιστοφόρους dicebant, quod in eis impreſſa eſſet ciſta: ſic & nobis licet dicere σκυτοφόρους ſiue ſcutiferos. Igitur ſatis non eſt in facienda ſolutione, ſi conueniat numerus: conuenire etiam debet qualitas, & quidem prius qualitas ſpectatur, an conueniat, quam numerus, vt in comœdia Terentij, *Lectum eſt argentum, conuenit numerus*: prius qualitatem obſeruat quam numerum. Denique eiuſdem formæ aurei ſoluendi ſunt, maxime, ſi ex ea re damnum aliquod creditor paſſurus eſt, vt ſi aucta fuerit aureorum poteſtas *l. Paulus* 111. *de ſolut. cap. olim extra de cenſib.* Eleganter Donatus *in Phormione*, debitum ſolui tribus modis, qui ſcilicet & ſimul concurrere debent, id eſt, penſione, ſpectatione, numero: penſione, id eſt, grauitate, & iuſto pondere, *l.* 1. *C. de veter. numiſm. poteſt. lib.* 11. ſpectatione, id eſt, natura ſiue ſubſtantia. Natura ſiue ſubſtantia eſt temperatura auri vel argenti, *l'alloy*. Penſio autem, quæ & facultas dicitur, eſt poteſtas, *la valeur*. M. Tullius 12. ad Atticum epiſt. 5. *Noſcenda eſt*, inquit, *natura auri, non facultas auri* Creditoris autem intereſt ſibi reddi eiuſdem formæ, eiuſdem iconij aureos, qui ſcilicet habeant eandem εἰκόνα, eandem icunculam, non etiam eiuſdem ponderis, ſi aucta ſit aureorum facultas. Iconium dico, vt Suidas, vtque Suetonius, *aureum iconium*, & Antoninus Florentinus nominatim pro eo, quod vulgus vocat, *le coing*, quod & σφραγίσειον dicitur ſiue χαρακτὴρ, & *moneta* apud Harmenopulum. Moneta proprie eſt iconium, non nummus. Non mirum autem, etiamſi aucta ſit aureorum poteſtas ſiue facultas, ſi totidem creditori oporteat aureos reddi, quot dedit, diſſoluendi debiti gratia: Cum e contrario, ſi diminuta ſit aureorum poteſtas, nihilominus debitor liberetur totidem nummos reddendo eiuſdem formę & qualitatis, *l.* 2. *C. de vet. numiſm poteſt.* Quod in vino etiam mutuo dato ſeruatur, vt quæ modiatio data eſt, eadem reddatur omnino, ſiue auctum, ſiue diminutum ſit vini pretium, *l. vinum, hoc tit.* Et Accurſius notat in *l.* 3. *hoc tit.* facitque ad hanc rem, quod Plinius ſcribit 33. *cap.* 3. de nummis *libralibus* qui facti erant *ſextantarij*, id eſt, qui diminuti erant, & nihilominus horum pari numero creditoribus mutui obligatio perempta eſt. Poſtrema recitatione

ne expoſui §. 1. huius legis differentiam, quam in hoc §. Paulus ſtatuit eſſe inter eas res, quæ pondere, numero, menſurave conſtant & ceteras res, quæ corpore ſpectantur, & valent non dimenſione ſua: in illis, non etiam in ceteris rebus mutuum conſiſtere poſſe: illa eſſe in abuſu, id eſt, vtendo abſumi, & deperire, ceteras autem vtendo non abſumi. Ceteris rebus, quæ corpore valent, nos vti ſalua earum ſubſtantia. Illas ſi a domino nobis appendantur, vel admetiantur, vel adnumerentur, nobis vtiles eſſe non poſſe, niſi noſtræ fiant; niſi dominium earum in nos transferatur, ita vt confeſtim in vſus noſtros eas abſumere, & abuti nobis liceat: ac deinde liberari ſoluendo, non eaſdem ipſas res, quas nec abſumptas ſoluere poſſemus: ſed alias eiuſdem generis, naturæ, & qualitatis, eadem menſura, eodem pondere, eodemve numero. Si eædem ipſæ reddendæ forent, nobis inutiles eſſent, quandoquidem iis vti non poſſemus. Vſus earum, abſumptio earum eſt. Ceteræ autem res nobis vtiles eſſe, aut apud nos eſſe poſſunt, etiam ſi noſtræ non fiant, vel etiam ſi noſtræ factæ, vel non factæ, noſtræ eædem ipſæ quandoque nobis reddendæ ſint: neque enim quod eædem ipſæ quandoque nobis reddendæ ſint, ideo interim nobis ſunt inutiles. Dixi etiam in extremo, creditorem, qui aureos nummos exempli gratia dedit mutuo, ſoluente debitore, cogi aureos accipere eiuſdem generis, & formæ, quamuis diminuta fuerit eorum poteſtas: nam & vice verſa, ſi aucta eorum poteſtas fuerit, non cogi creditorem in aliam formam nummos accipere ex *l. Paulus, de ſolution. & cap. olim, extra, de cenſibus.* Quod vtique verum eſt, etiamſi alterius formæ nummi, qui auferuntur, tanti ſint quanti non ſunt illi, quos crediderit, videlicet, ſi quod ex ea re damnum creditor paſſurus ſit, vt ait *l. Paulus*: vt puta ſi quo negotiatum proficiſcitur, tanti eos non poſſit exponere. Verum iis addenda eſt exceptio, niſi creditor aureos dederit æſtimatos denariis, qui argentei erant, vel aſſibus. Hoc enim caſu in arbitrio eſt debitoris, vel aureos ſoluere, vel denarios, vſque ad concurrentem quantitatem aureorum, qui redditi ſunt, *l. plerumque* §. *vlt. de iure dot.* Nunc ad hæc videndum eſt, an creditor, qui certum auri, vel argenti pondus credidit, cogatur aureos nummos accipere quos debitor offert, ſi eorum quantitas ſit eadem: Quod ſane Accurſius putat ex *l.* 1. *& l.* 10. *& l. cum aureum* §. 1. *de auro, & arg. leg. & ex l. ſi quis argentum, in princ. C. de donat.* Quibus omnibus locis oſtenditur, donato vel legato certo pondere auri vel argenti, heredem vel donatorem liberari ſoluendo æſtimationem in pecunia numerata. Sed hoc ideo, quia cum teſtator vel donator, qui legauit, vel donauit certum pondus auri, puta auri libras pondo tot, cum non deſignauerit certam ſpeciem argenti, vel auri, cum non deſignauerit certam auri, vel argenti maſſam, vtique æſtimationem reliquiſſe aut donaſſe videtur, *l. plane* 34. §. *ſed ſi pondus, de leg.* 1. At longe alia eſt ratio creditoris, quam teſtatoris vel donatoris. Nam cum creditor de manu in manum, vt dicitur, dederit certam auri, vel argenti materiam, id feciſſe videtur, vt eiuſdem generis, & bonitatis materia in maſſam coacta ſibi redderetur. Itaque debitor pro certo pondere auri, inuito creditore non poteſt defungi ſolutione pecuniæ numeratæ, quia pecunia numerata alterius generis res eſt, & ex mutuo, vt dictum eſt, initio huius legis & confirmatur, quam nondum adduxi *l. interſtipulantem* §. *ſacram, illo verſu, vini autem, de verb. obligat.* ex mutuo, inquam, etſi non eandem ſpeciem, tamen idem genus reddi oportet non aliud: alioqui, & pro nummis poſſet debitor ſoluere pondus auri vel argenti eiuſdem quantitatis. Quod quis dixerit aut tulerit, niſi creditor aſſentiatur? Denique numerus pro pondere, vel contra pondus pro numero ex cauſa mutui inuito creditore ſolui non poteſt. Et quæ regula in ceteris rebus valet, vt aliud pro alio ſolui non poſſit inuito creditore, eadem etiam valet in his rebus, quæ pondere, numero, menſurave conſtant: neque enim inuito pro nummis ſolui frumentum poteſt, *l.* 1. §. *an poteſt, de conſtit. pecun.* non item pro frumento vinum. Et ſimiliter nec pro nummis argenti pondus, vel contra. quod

numerato datur, & numerato solui debet, non quidem in specie, sed in genere nummorum eodem: ceteræ autem res, quæ corpore valent, sunt soluendæ in specie eadem, quia non possunt solui in eodem. Estenim suum cuique proprium genus, nec aliud pro alio genus solui potest: res pro re, nisi volenti solui non potest, *l. si ei nuptura, de iure dot. & l. 1. §. an potest, de constitut. pecun. & in Institut. initio tit. quibus modis toll. oblig. & l. si quis aliam, de solut. l. 17 C. eod. tit.* Imo nec factum pro facto solui potest, *l. qui res §. mihi, de solut.* volenti & consentienti potest. Quod tamen egre obtinuisse significat *d. l. si ei nuptura, & d. l. 1. §. an potest, & l. 26. §. si centum, de cond. indeb.* quum omnes hæ leges dicunt, iam placuisse rem pro re solui posse, quia, inquit, *§. an potest*, iam placuit rem pro re solui posse, consequens est, & rem pro re posse constitui, argumento a solutione ad constitutum, quasi scilicet olim idem non placuerit. Et ita est. cum strictoiure eadem prorsus erat in soluenda, quæ in contrahenda obligatione, obseruanda forma, ita vt nec volenti posset aliud pro alio solui, quæ forma & consequenter obseruatur in constituenda pecunia, id est, quoties debitor forte interpellatus constituebat, se pecuniam debitam soluturum. Nam vt mutuum consistebat tantum in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, ita & constitutum, in *l. pen. C. de constit. pec.* Denique res tantum mutuo datæ in constitutum venire poterant. Et vt non poterat aliud pro alio solui, veluti frumentum pro nummis, quo exemplo vtitur *§. an potest*, ne volenti quidem, ita nec constitui. Sed hodie potest, hodie iam placet posse aliud pro alio solui, & consequenter constitui inter volentes: & ex constitutione Iustiniani etiam quascunque res debitas constitui posse, *d. l. pen.* Rursus ad hæc quæritur, an mutuum contrahatur dato grege ouium ad numerum, puta vt præstituta die totidem capita reddantur eiusdem naturæ & qualitatis: vel dato pane certi ponderis, vt eiusdem ponderis alius panis reddatur eiusdem qualitatis, & bonitatis: Et mea quidem sententia, etiam conuentione huiusmodi mutuum contrahitur. Certe gregem Caius ad numerat iis rebus, quæ numero constant, si modo grex datus sit ad numerum, *l. quod sæpe 35. §. in iis, de contrah. empt.* Et vero si nummi nonnunquam accipiuntur quasi corpora, non quasi res, quæ numero continentur, *vt l. 3. §. vlt. commod. l. si certos, de verb. oblig. l. si vt certos, de leg. 1.* cur non etiam similiter corpora poterunt tanquam quantitates accipi: veluti pane dato in pondus, qui eodem vel alio die reddatur, non est quidem mutuum si id agatur, vt quod datur, extemplo reddatur, sed res ridicula est: verum mutuum est, si id agatur, vt vel eodem die reddatur. Plautus Pseudolo inquit, *sed quinque inuentis opus est argenti minis mutuis, quas hodie reddam.* Panem autem appendi solere nemo est qui nesciat. In 12. tabul. libræ farris, id est, libræ panis, vt *farre conuenire in manum*, id est, farreo, pane interueniente conuenire in manum viri, vt Vlpian. ostendit *libro sing. reg. tit. 9.* Et simili modo illo Persij loco,

———Populi cribro decussa farina.

Cornutus *farinæ* verbo panem significari ait. His consentaneum est, vt & carnis appensæ mutuum contrahi possit. Nam & caro appendi solebat, *l. cum de lanionis, in princ. de inst. vel instru. leg.* Et piscium quoque mutuum contrahi posse Varro 3. *de rustica.* Hircium Cæsari sex millia murænarum dedisse in pondus. Qua eadem de re ita Plin. 9. *cap. 55.* Hircium Cæsari sex millia murænarum mutuo appendisse, nec permutari quidem pretio eas, aliaue merce voluisse. Denique plane murenarum appensarum mutuum contraxisse, quod est certissimum. Sequitur in hac lege, *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit.* Appellatam ergo esse mutui dationem ab eo, quod de meo fiat tuum, nimirum eadem forma, qua Varro dixit: *Nexum esse, quod nec suum fit, quod quis alij nexu mancipauit.* Scita autem hæc est magis, quam vera notatio vocabuli, qualis & illa, *testamentum ex eo appellatum, quod sit testatio mentis.* Imitantur IC. Stoicos, qui placebant sibi non in quærendis notationibus nominum veris, sed scitis tantum atque concinnis. Et interim tamen ex hac notatione mutui negatiue dicitur firmum argumentum, si de meo tuum non fit, sequitur ergo non contrahi mutuum, non nasci mutui obligationem, licet data aliena pecunia mutuo quibusdam casibus, quos hic attigit Accursius, ex postfacto conciliari & confirmari mutuum possit, veluti consumptione alienæ pecuniæ, quæ mutuo data est, vel vsucapione. mutuum est alienationis species. Et recte Boetius in Topicis Ciceronis in loco a differentia quod sumpsit a nostris: *Quod mutuum, inquit, datur ex meo, id fieri accipientis, atque ideo non cogi eandem ipsam pecuniam debitorem creditori restituere, sed aliam tantam.* Affirmatiue autem ex notatione non recte ducuntur argumenta, veluti hoc modo: *Quod dedi tibi, id de meo tuum fieri, ergo mutuum dedi:* nam & complures aliæ sunt alienationis species: Quid est alienare? de meo alienum facere.

Ad §. Creditum.

Sequitur in *§. creditum*, qui & vltimus dici potest, *Creditum a mutuo eo differre, quo genus a specie.* Creditum scilicet esse nomen generale, quo continetur omne negotium, ex quo quid recepturi sumus, *l. 1. hoc tit.* mutuum esse creditum speciale, ac proinde omne quidem mutuum esse creditum, sed non contra, omne creditum esse mutuum, mutuum consistere in his rebus tantum vt sæpius dictum est, quæ pondere, numero, vel mensura constant, creditum etiam in aliis rebus consistere posse: mutuum refundere idem genus, non eandem speciem: creditum interdum refundere eandem speciem. Item mutuum re tantum contrahi, id est, numeratione, vel appensione, vel admensione, vno verbo mutuum contrahi datione, *l. si tibi, in princ. de pact.* creditum interdum contrahi, etiamsi nihil proficiscatur, id est, etiam sine datione aut facto vllo, vt puta, inquit, qui locus est obscurus, *si post nuptias dos promittatur.* hoc genere creditum contrahitur sine re promisso solo. Hæc verba Græci sic accipiunt, *si post nuptias dos promittatur*, id est, post nuptias solutas, post diuortium, sumpta specie ex *l. si diuortio 21. de verb. obligat.* si mulier, quæ nihil habuit in dote, post diuortium a viro stipuletur centum dotis nomine, quæ stipulatio vtilis est. Et in hanc interpretationem inclinat etiam Ioannes, verum non congruit verbis. In illa enim specie *leg. si diuortio*, dos non promittitur quæ nulla fuit, sed centum, & adiectio illa dotis nomine falsa & superuacua est, *l. 1. §. si vir vxori, de dote præleg.* quæ nec in donatione vel in stipulatione dotis necessaria est, *l. quia autem, de iure dot.* Item hæc verba, *post nuptias*, nunquam sic accipiuntur, *post diuortium.* facilius est dicere post diuortium. Et vero ita semper loquuntur, *non post nuptias*, pro *post diuortium.* Paulus 1. *sent. post nuptias dotem dari posse*, id est, post nuptias contractas, nec dum diremptas, post nuptias contractas donari non posse vxori vel marito: dotem tamen dari posse, quia dotis datio non est donatio, sed repensatio onerum matrimonij. Itemque in *l. 1. & l. si pater dotem §. 1. de pact. dotal.* eodem sensu post nuptias dotem promitti posse, vt dari & promitti, id est, post nuptias contractas nec dum dissolutas. Et hoc loco igitur creditum fieri, etiam si nihil proficiscatur: veluti, inquit, si post nuptias dos promittatur, id est, si post nuptias contractas vxor marito dotem promittat, quam ante nuptias non promiserat. Ante nuptias dos recte promittitur: verum ita demum, si quid postea inde proficiscatur, si quid inde postea proueniat, id est, si nuptiæ sequantur. Ante nuptias igitur dos promittitur recte, ita demum, si nuptiæ sequantur. Inest enim conditio promissioni, *l. dotis, de iure dot.* Post nuptias autem contractas dos recte datur vel promittitur, etiamsi nihil aliud præterea sequatur: nec promissio dotis facta post nuptias contractas retrotrahitur ad tempus nuptiarum, quæ præcesserunt, *l. si pater filiæ §. 1. eod. tit. de iure dotium.* Hæc interpretatio verior esse videtur, & refellitur tamen, & merito quidem, quia si hæc verba, *veluti si post nuptias dos promittatur*, de stipulatione accipiuntur, sicut fert

fert hæc interpretatio: superuacua igitur addit Paulus in fine huius legis, verbis etiam nos credere, verbis etiam creditum fieri interposita stipulatione. Hoc enim iam dixerat hoc loco, veluti si post nuptias dos promittatur, stipulanti scilicet, vt illi interpretantur. hic locus explicandus est ex iure antiquo. Sciendum est quod Vlp. scribit *libro sing. reg. tit. de dot.* dotem aut dari, aut dici, aut promitti: dotem dare vel promittere omnes posse, *l. promittendo, de iure dot.* dicere autem dotem omnes non posse. Et ideo ait lex *promittendo*, promittendo dotem omnes obligari posse, quia non etiam dicendo. Dotem dicere, vt Vlpian. ostendit, ita vt ex dictione obligetur, mulierem tantum posse, vel patrem, vel debitorem mulieris, nullum alium. Et hoc olim obtinuit, quum erat quædam solemnis ratio dicendæ dotis citra stipulationem. Sed postquam ea dotis dicendæ B ratio in vsu esse desiit, vbicunque Iurisconsulti vsi erant hoc verbo *doti dicere, vel dotem dicere*, id semper mutauit Tribonianus in *promittere*. memini me adnotasse innumeros locos, & maxime illum, vbi est scriptum doti promittere, quod tamen latine non dicitur: nam auctor scripserat, doti dicere, & vt hoc loco, cum ita scripsisset Paulus, *veluti si post nuptias dos dicatur*, ille reposuit, *promittatur.* Atque ita imprudens effecit, vt superflue repetatur in fine legis, & stipulatione interposita creditum fieri. Vltima differentia inter mutuum, & creditum est hæc summe notanda. Ex causa crediti interdum obligationem acquiri, etiam non domino, sine voluntate domini, vt si quis commodauerit, vel deposuerit, vel pignorauerit rem alienam inuito domino, ei adquiritur obligatio ex contractu, commodati, C vel depositi, vel pignoris, *l. commodare, commod. l. si pignore §. si prædo, de pignor. act.* Ex mutui autem datione domino tantum acquiritur obligatio, vel voluntate domini, non domino, vt si procurator meus nummos suos mutuo dederit meo nomine, voluntate mea mihi acquiritur obligatio, quamuis nummi mei non fuerint, *l. 9. §. si nummos, l. 15. hoc tit. l. 126. §. Chrysogonus, de verb. obligat.* Et similiter, si seruus meus, quo exemplo Paulus hic vtitur, aut filiusfamilias nummos peculiares mutuo dederit, qui quodam modo eius sunt, non mei: peculium enim est veluti patrimonium serui, aut filiifamilias, *§. actionibus, Instit. de act. l. hinc quæritur §. 1. de pecul.* si inquam seruus meus, aut filiusfamilias nummos peculiares mutuo dederit meo nomine, & mea voluntate: nam & hoc requiritur, cum haberet liberam peculij administrationem, mihi acquiritur obligatio, quamuis proprie nummi mei non fuerint *l. 18. §. vlt. & l. seq. de pignor. act. l. 11. §. vlt. hoc tit.* Cum enim eam pecuniam, quam procurator meus, vel seruus, aut filiusfamilias, ex arca sua mutuam dederit mea voluntate: cum eam mihi sit reputaturus, æquum est, vt mihi aduersus eum, qui accepit pecuniam, acquiratur obligatio, perinde atque si meam pecuniam accepisset. Vnde ita concludamus: sicut pecuniam meam, quam quis dedit mea voluntate, ego dedisse videor, *§. per traditionem, Instit. de rerum diuis.* ita pecuniam suam, quam quis dedit mea voluntate, ego de meo dedisse videor, & proinde mihi acquiritur obligatio.

Ad leg. 6. eod. tit.

Certum est, cuius species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. Nam & Pedius libro 1. de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quæ tantumdem præstant.

Sequitur ex eodem libro 28. lex 6. Hæc lex 6. pertinet ad actionem *si certum petetur de rebus creditis*, quæ & certi condictio dicitur. Ac quemadmodum crediti & creditoris nomen modo specialiter accipitur, modo generaliter: ita certi condictio specialiter pro actione quæ ex mutuo nascitur, quæ aliter actio mutui, *l. pen. C. quibus non obiic. long. temp. præsc.* & generaliter pro actione, quæ ex alia quacunque obligatione nascitur, ex qua certum petitur, *l. 9. inf. hoc tit.* Quæ quidem concurrit cum omnibus aliis actionibus, quæ specialiter comparatæ, & proditæ sunt ex contractibus, vel ex delictis, ita vt liberum sit actori, vel illis actionibus specialibus experiri, vel generali certi condictione. Exempli gratia: liberum est mihi ex contractibus agere mandati, & negotiorum gestorum, & pro socio, & cæteris similibus actionibus, quæ cum sint actiones bonæ fidei, incertæ pecuniæ actiones sunt, vt M. Tullius rectissime ait pro Roscio Comœdo: vel generali certi condictione, quæ certę rei, pecuniæue actio est, & actio stricti iudicij, quæ plerumque actori commodior est, quam actio bonę fidei. Et hanc electionem esse actori ostenditur in *l. 12. de nouat. & l. 5. de except. rei iudic. & l. in duobus 2. §. exceptio, de iureiur.* si agat, inquit, mandati, vel condicat, generali nempe condictione. & eodem modo liberum est mihi agere actione institoria, & exercitoria, & quod iussu, & de in rem verso, quæ species actionis sunt, vel generali certi condictione, *l. si institorem, hoc tit. l. si quis mancipiis §. vlt. de instit. actione, §. vlt. Instit. quod cum eo, qui in aliena est pot.* Et est discrimen harum inter se actionum non leue. Actionibus illis specialibus, institoria, exercitoria, quod iussu, de in rem verso, dominus vel pater tenetur serui, aut filiifamilias nomine, non suo nomine: nec quod illis actionibus persequimur, semper certæ rei vel summæ finitionem, aut taxationem habet. Certi autem condictione pater, vel dominus tenetur suo nomine proprio, directo & principaliter, & in certam rem, vel summam, quæ petitur ab actore, quę in iudicium deducitur. Dico *certam rem vel summam*, quia omnes res certæ in certi condictionem, vel quæ eadem est, *actionem si certum petetur*, veniunt, quod & definitio *certi* in hac lege 6. a Paulo tradita euidenter ostendit. Neque obest lex 1. *inf. de condict. tritic.* quæ dicit eum, qui certam pecuniam numeratam petit hac actione vti *si certum petetur*, hęc sunt verba: nec enim ideo negat, & alias quoque omnes res certas eadem actione peti posse: sed certi condictionem committi cum condictione triticaria, ex qua pecunia nu- D merata non petitur. Et ideo proponit certi condictione tantum, siue actione si certum petetur, certam pecuniam numeratam peti. Denique certi condictione & pecuniam numeratam certam, & cæteras res omnes certas peti: condictione autem triticaria cæteras res omnes excepta pecunia numerata. Ac præterea condictionem triticariam modo esse certi, modo incerti, vt quum possessio condicitur, *d. l. 1. §. vlt.* quæ incerta res est. Ideo autem, quod necessario explicandum est, & breuiter, in condictionem triticariam omnes res veniunt excepta pecunia numerata, quia illa actione agitur de ea re, quæ petitur ęstimanda arbitrio iudicis, *l. pen. & vlt. eod. tit. & l. vinum, hoc tit.* quæ est de condictione triticaria, & cæteræ res omnes mobiles, immobiles, incorporales, vel quę pondere, aut mensura constant, arbitrariam æstimationem, iudiciariam æstimationem recipiunt, non pecunia numerata, non res quæ nu- E mero constant, quia nummorum certa non arbitraria ęstimatio est, *l. 3. inf. de in lit. iur.* At pecuniæ numeratæ certa quantitas destricte petitur certi condictione, non æstimatio eius. Itemque res omnes certæ certi condictione destricte & abscisse petuntur, quæ in obligatione versantur, non æstimatio earum. Et ad hanc quidem actionem, id est, certi condictionem siue actionem si certum petetur, respiciens Paulus in hac lege definit, *certum esse id, cuius species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur.* Speciem vocat rem, quæ corpore valet & spectatur. Quantitatem autem rem, quę pondere, numero, vel mensura continetur. Et speciem certam ait esse, quæ aut nomine suo, inquit, id est, nomine proprio, aut ea demonstratione, quę nominis vice fun-

gitur, id est, ἀντονομασία, vel vt est in *l. quoties* §. *si quis nomen, de hered. instit.* indubitabili signo, quod pene nihil a nomine distat, vsquequaque qualis sit ostenditur. Et in hanc rem Paulus vtitur auctoritate Pedij Iurisconsulti, qui *libro* 1. *de stipulationibus*, sane congruo loco, quia si certæ stipulationes sint, ex eis etiam nascitur certi condictio, *l.* 24. *hoc tit.* Qua de causa, & in tractatu de stipulationibus quæritur, quid sit certum, quid incertum, *l.* 74. *&* 75. *de verb. oblig.* Pedius, inquam, *lib.* 1. *de stipulat.* scripsit, nihil referre proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur: res præsens scilicet, vt in rei vindicatione: hic fundus meus est, hunc fundum meum esse aio, *l. si rem, de rei vind.* & in nuncupatione heredis, hic mihi heres esto, *l. nemo, de hered. instit.* aut vt subiicit vocabulis quibusdam demonstretur, siue notis demonstrationis, vt loquitur lex *qui ex pluribus, de verb. obligat.* sumptis ex artificio, vel ex alio quocunque signo, quatenus, inquit, mutua vice funguntur, quę tantundem præstent: *quatenus* articulus est αἰτιολογικὸς, quo ratio significatur, vt sępissime in libris nostris. Et sensus igitur hic est: quia mutua vice funguntur, quæ tantundem præstant. Quod non tantum de appellationibus siue notis demonstrationum dici potest, sed de iis omnibus rebus, in quibus mutuum consistit, puta vice mutua fungi nummos, qui tantundem præstent in genere, qualitate, numero, quantum eos, qui mutuo dati sunt, eos scilicet nummos, qui creditori soluuntur, quamuis non iidem ipsi sint, qui dati sunt, in vicem datorum succedunt. Et hoc est nummos vel cęteras res, quæ pondere, aut mensura constant, vicissatim functionem recipere. Huic vero sententiæ Pedij congruit omnino quod est in §. *si quis in nomine, Institut. de leg.* nomina hominum, aut rerum significandarum causa reperta esse, quæ si alio modo intelligantur, nihil referre. Et hęc de specie certa, quam ita definit: *Cuius species & qualitas ostenditur.* Videamus nunc quemadmodum quantitatem certam definiat. Quantitatem certam eam esse ait, quæ quanta sit, ostenditur, puta, si numerus dicatur, vel pondus, vel mensura, vt Pomponius Pistoribus: apud Nonium in verbo *dicere*, *nummos certos dicas.* Alter respondet, *dico quinquaginta millia.* Cornelius Fronto: certum esse veluti (certus fundus) pondus certum, vel rei pretium, inquit. recte: Nam & rei pretium in certo nummorum numero consistere satis liquet, §. *pretium*, *Instit. de empt. & vend.* Quantitas igitur certa est, quæ quanta sit ostenditur. Non exigit etiam Paulus, vt qualitas quantitatis dicatur vel ostendatur, quia nec potest: nullum enim quantitati corpus subest, quia & genus in ea cogitamus, non corpus certum. ergo nec quantitatis vlla esse qualitas potest. Denique vt, Paulus ait, quanta ad speciem non pertinet: quandoquidem vt species siue corpus aliquod certum ostendatur, non est necesse eius dimensionem ostendere: ita quod ait, qualis non pertinet ad quantitatem. Obiicies statim legem 74. & legem *seq. de verbor. obligat.* quæ vt vinum aut frumentum peti possit certi condictione, exigit vt in stipulando eius qualitas fuerit expressa, puta hoc modo: *vini Falerni optimi amphoras tot, frumenti Africi optimi modios tot,* & optimi, non boni. Qui optimum dicit, certum dicit. qui bonum incertum. boni appellatio certæ rei significatiua non est, quia bonum recipit intentionem & remissionem, quia boni multi sunt gradus: contra *optimi* appellatio certæ rei significatiua est: quia optimum neque intentionem, neque remissionem recipit. Obiiciam ergo & respondebo, illam qualitatem *optimi* adiici non quantitati, quia non potest, sed addi speciei, quam promissor daturus sit, vt in mutuo scilicet similiter qualitas speciei mutuo datæ dicitur, aut dicta intelligitur, veluti aurei Philippi simplares vel duplares, qui & latine *Biniones*, dicuntur, illius iconij, illius formæ, hac scilicet mente, vt species nummorum eiusdem qualitatis reddatur, *l.* 3. *hoc tit.* Denique qualitas adiicitur speciei, quæ datur, quæue redditur, non quantitati: quantitatis qualitas non dicitur, quantitatis qualitas dici non potest. Qualitas enim, vt præceptor sapientum docet, fluit a substantia. Quantitatis autem nulla est substantia. Non est igitur verum, quod Accursius hoc loco scribit, illud, *qualis*, tam ad quantitatem quam ad speciem referri, quoniam refertur tantum ad speciem, sicut illud, *quanta*, refertur tantum ad quantitatem, non ad speciem. Et hæc sufficiunt de sententia huius legis. Verum circa eam paucula quædam notanda sunt. Certum est, inquit, cuius species qualis sit ostenditur. ostenditur primum species ipsa, id est, natura & substantia certa, deinde qualitas, atque ita certa res constituitur. Certum igitur non est, cuius species & qualitas non ostenditur, nec peti id potest actione si certum petetur: exempli gratia: Qui hominem dicit, certum non dicit: qui illum vel hunc hominem dicit: veluti Stichum, certum dicit. Genera, incertæ res sunt, quia nec sunt, sed intelliguntur: contra species, singulæ res, singula corpora sunt, non autem intelliguntur, atque adeo sensibus, non intellectu percipiuntur, neque enim intelligo quis sit Stichus nisi Stichum videro: sensus ante sensuum non est. homo qui sit intelligo, etiamsi hominem non videro. Præterea notandum, quod hic dicitur, nihil referre proprio nomine species demonstretur, an ἀντωνυμικῶς, vt Grammatici vocant, id est, alia quacunque demonstrationis nota, quæ sit vice nominis, quamuis hoc propria respiciat ad certi condictionem, tamen & in legatis, & in libertatibus locum habet, quæ nominatim relinquendę sunt, aut in heredum, aut filiorum institutionibus, qui nominatim instituendi sunt, & in exheredationibus filiorum & postumorum, quas etiam fieri oportet nominatim. In his enim causis omnibus demonstratio vice nominis fungitur, non tamen in omnibus aliis causis, vt Accursius hoc loco notat recte. Quibusdam enim casibus multum interest, vtrum quid fiat expresso nomine proprio, an sub alia appellatione vel demonstratione. Portio heredis, a quo nominatim legatum relictum est, si deficiat, coheredi accrescit sine onere, non etiam si legatum ab eo sub heredis appellatione relictum sit, *l. Celsus* §. *vlt. de legat.* 2. Nominum nuncupatio inter heredes vel legatarios, vel fideicommissarios æquales partes facit: heredum appellatio hereditarias *l. turpia* §. *vlt. l. si heredes, de legat.* 1. *l. ita liber, de statulib.* Item heredes instituti & pupillo substituti nominatim vocantur ex substitutione pupillari, etiamsi testatori heredes non extiterint: Substituti autem sub appellatione heredum non aliter, quam si testatori heredes exstiterint, §. *substituitur, Instit. de pupill. substit.* Et ideo recte in *l. nominatim, de cond. & demonst.* cum temperamento *plerumque* demonstrationem fungi vice nominis.

Ad leg. 24. & 35. De iureiurando.

L. 24. Multo magis proderit patri religio filij, cum quo etiam iudicium consistere potest. Ipsi autem referentes conditionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt deteriorem.

L. 35. Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus iusiurandum deferens audiendus est: Quandoque enim pupillo denegabitur actio.

§. 1. *Prodigus si deferat iusiurandum, audiendus non est. Item in ceteris similibus ei dicendum est: Nam siue pro pacto conuento, siue pro solutione, siue pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc debiles sunt.*

§. 2. *Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare compellendi sunt, vt legati prouinciales.*

POst legem secundam & sextam de rebus creditis, sequitur lex 24. & 35. *de iureiur.* Sed memini me eas quidem leges explicasse libro 18. easque vindicasse eidem libro emendata inscriptione. Non est igitur, quod iteremus earum interpretationem. Transeamus ad residuas quæ tres sunt duntaxat ex hoc libro 28. *l.* 5. & 7. *de eo quod certo loco dari oportet, & l.* 27. *de condict. indeb.* Quæ tres leges vix implebunt horam. Et liceret nobis, si placeret, ab

ab illis mox aggredi ad 29. librum, verum de eo videbimus iis legibus explicatis.

Ad l. 5. & 7. De eo quod cert. loc. & l. 28. De condict. indeb.

L. 5. Si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio competit.

L. 7. In bonæ fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo conuenit, vt certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio.

§. 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione vtendum erit.

L. 27. Qui certo loco debere existimans, indebitum soluit, quolibet loco repetet. Non enim existimationem soluentis, eadem species repetitionis sequitur.

SVnt hæ tres leges de actione vtili, quæ *arbitraria* vocatur, per quam is, qui pecuniam sibi certo loco veluti Romæ dari, solui, vel præstari stipulatus, eam huius conuentionis facta mentione, nihilominus alio loco petit sibi dari oportere, vel solui, in qua si per promissorem non steterit, quo minus Romæ solueret, minoris pecuniæ condemnatio fit, quia ex sorte debita deducitur quod promissoris interest Romæ potius soluere, vbi se soluturum spopondit, quam quo loco conuenitur: vel etiam si per promissorem steterit, quo minus Romæ solueret, maioris pecuniæ condemnatio fit, quia præter sortem debitam damnatur etiam promissor in id quod actoris interest, Romæ sibi pecuniam solui, non quo loco agere compellitur, promissore puta non veniente Romam & trahente moras, *l. 2. in princ. & §. vlt. l. 9. & l. vlt. h. t. l. vn. C. vbi conuen. qui cer. loc. dari prom. §. loco, Inst. de act.* Interdum igitur in hac actione arbitrio iudicis, vel pluris vel minoris reus condemnatur. Addendum est tertium, vel etiam absoluitur quandoque arbitrio iudicis, si modo iussus cauere de pecunia ibi soluenda, vbi promissa est, confestim paruerit iusso siue arbitrio iudicis. Cautio pro satisfactione est, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Hæc igitur actio dicitur arbitraria, quia tota pendet ex arbitrio iudicis, scilicet vt reum maioris, vel minoris damnet, vel etiam, si hoc ei videatur, eum absoluat cautione ab eo exacta, sicut diximus: & rursus, quia arbitrio iudicis in hoc iudicio æstimatur quanti rei, vel actoris interfit eo loco agi: vel solui, quo ex conuentione agi vel solui debuit. Arbitraria autem est demonstratio qualitatis actionis, non nomen actionis: Si quæras nomen, est vel actio ex stipulatu, vel ex mutuo, vel de constituta pecunia, vel ex testamento vtilis, qua scilicet non agitur pure & destricte, sed cum adiectione loci, quo dari debuit, quæ adiectio, huius rei arbitriũ omne permittit iudici. Namque citra hanc adiectionem, pura & stricta esset actio. Est igitur hæc actio, vtilis actio ex stipulatione, vel ex mutuo, vel ex testamento, & ex genere arbitrariarum. Inde in *l. 4. §. 1. ex hac actione*, inquit, *cum sit arbitraria* (est arbitraria sed non dicitur arbitraria quasi suo nomine) ergo hęc actio vel ex stipulatione venit, vt speciem posui, id est, vtilis est actio ex stipulatu, aut venit ex mutuo sine stipulatione, si mutua pecunia data sit ea lege, vt certo loco reddatur, *l. 6. hoc tit.* aut si mutua pecunia, inquit, sic data fuerit, vt certo loco reddatur: aut venit ex constituto, puta si quis debitam pecuniam pro se, vel pro alio certo loco se soluturum constituerit, *l. si duo. §. 1. tit. seq.* Nam ex iis causis actione vtili, quæ arbitraria est, vbique pecunia peti potest. Venit etiam hæc actio ex testamento, vt ex hoc libro Pauli relatum est in *l. 5. hoc tit.* vt puta si testator certo loco heredem pecuniam, remue legatam præstare iusserit: nam & alio loco legatarius legati nomine actione ex testamento vtili, i. arbitraria, in qua fiat mentio loci, quo res legata præstari debuit, experiri potest. Hæc igitur actio vtilis, quæ arbitraria est, competit in iudiciis stricti iuris, veluti ex stipulatione, ex mutuo, ex constituta pecunia, ex testamento. An non & in cæteris omnibus iudiciis strictis? Sic sane: sed hæc sunt iudicia stricta, quæ magis frequentantur. Nam & actio ex testamento iudiciis strictis adnumeratur, *l. 6. de in lit. iur. l. vlt. de condict. ob turp. caus.* Quanquam fauore vltimarum voluntatum, hoc actio ex testamento commune habeat cum actionibus bonæ fidei, vt in ea vsuræ veniant ex mora, vsuræ legatorum & fideicommissorum, *l. 3. C. in quib. caus. in integr. restit. nec. non est.* Itemque vt cautio legatorum vel fideicommissorum ante diem, in quem relicta sunt, exigatur ex edicto, vt legatorum nomine caueatur, sicut fit in omnibus bonæ fidei iudicis, *l. in omnib. de iudic.* Item actio ex testamento hoc commune habet cum iudiciis bonæ fidei, quamuis sit stricta, quod sicut dolus debitoris vindicatur actione bonæ fidei, vt puta, si seruum debitum, debilitatum, aut vulneratum soluat, *l. & eleganter, §. non solum, de dolo. l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. si res, depos.* sic & actione ex testamento vindicatur dolus heredis, qui debilitatum seruum, qui legatus est, legatario dolo malo præstat, *l. huiusmodi §. ade, de leg. 1.* Non omnes actiones strictæ eodem iure sunt. Aliæ aliis strictiores sunt. Alię sunt arbitrariæ, aliæ non sunt arbitrariæ, & vt vtar alio exemplo, quamuis stipulatio dotis stricta fuerit ante Iustinianum, tamen in ea ex mora veniebant vsuræ fauore dotium, *l. vlt. §. preterea, C. de iure dot.* sicut in bonæ fidei iudiciis. Ac præterea sicut dolus, aut metus, qui causam præbuit contractui bonæ fidei, nullum facit contractum ipso iure: ita etiam stipulatio dotis nulla erat, quam extorserat dolus aut metus aduersarij ipso iure, *l. si mulier §. si dos, de eo quod met. caus.* & tamen dolus, qui dat causam aliis negotiis strictis, negotia nulla non facit ipso iure: sed rei rescindendæ causa necessaria est actio de dolo. Itaque non eodem iure actiones sunt omnes stricti iudicij. Nec quod quędam ex iis quædam habeant communia cum iudiciis bonæ fidei, ideo minus stricto iure censentur: iis enim detractis, quæ habent communia cum illis, cætera stricto iure censentur: Verum ad rem: in actionibus stricti iudicij actio arbitraria locum habet. Quæritur an etiam actioni arbitrariæ locus sit in iudiciis bonæ fidei: Et Paulus ostendit hoc ipso libro in *l. 7. hoc tit.* in iudiciis bonæ fidei non esse locum arbitrariæ actioni, aut non esse necessariam arbitrariam actionem, sed agi, vel ex empto, aut vendito, vel depositi, adde, vel commodati ex *l. si vt certo, in princ. commod.* In his iudiciis, & cęteris similibus etiamsi in contrahendo conuenerit, vt certo loco res vendita, vel res deposita, aut commodata reddatur, non est necessaria actio arbitraria, si alio loco emptor ex empto, vel dominus depositi, aut commodati agere velit: quia actio arbitraria, vel adiectio arbitraria inest bonę fidei iudiciis, id est, in bonæ fidei iudiciis tantum potest bonæ fidei nomen & officium iudicis, quantum in strictis iudiciis clausula arbitrij, siue, quæ illam importat adiectio loci, quo dari debuit. Et sic in actionibus bonæ fidei inest actio de dolo, non etiam in actionibus strictis: dolus vindicatur actione bonæ fidei, non actione stricta. Exempli gratia: si quid in stipulatione dolo malo admissum sit, necessaria est actio de dolo: At ei qui habet actionem bonæ fidei, neque est necessaria actio de dolo, neque actio arbitraria ex hoc titulo. & hoc de actione de dolo ostenditur in *l. & eleganter §. non solum, & l. si quis affirmauerit, in princip. de dol.* Sic etiam actionibus bonæ fidei inest exceptio doli, exceptio pacti, exceptio quod libertatis onerandæ causa, & generaliter omnis exceptio, etiamsi non opponatur nominatim, quia suppletur officio iudicis, *l. 3. de rescind. vend. l. huiusmodi §. qui seruum, de legat. 1. l. etsi ideo sol. matrim. l. 1. §. si onerandæ, Quar. rer. actio. non det. l. Labeo, de operis libert.* In strictis iudiciis exceptiones omnimodo opponendæ sunt, alioqui iudex addictus stricto iudicio, earum rationem habiturus non est, etiamsi illud iudicium sit arbitrarium, *l. Papinianus, de Public. in rem. act.* Et vel hinc solum satis apparet, quam longe mutent distentque actiones bonæ fidei ab actionibus stricti iudicij. In hac causa sane multum distant, quoniam in bonæ fidei iudiciis

actio ipſa bonæ fidei competit, cum quid certo loco dari debet, non arbitraria. In ſtrictis neceſſaria eſt arbitraria. Et ſecundum hæc ſubiicit Paulus in hac l. 7. ſi contracta emptione venditione ſubdita, ſubiectaque ſit ſtipulatio, qua emptor ſtipulatus ſit certo loco ſibi rem venditam tradi, vt in *l. ſi rem tradi, de verb. obligat.* ad quam, quod notandum, ex hoc loco valde proprium exemplum accommodabitur: Si is, inquam, emptor alio loco velit agere ſibi rem tradi oportere ex ſtipulatu, neceſſario actione arbitraria vti debet, id eſt, cum adiectione loci, quo tradi ſtipulatus eſt, alio loco agere debet ſibi tradi oportere, quia actio ex ſtipulatu pura non ſufficit. Puræ actioni ex ſtipulatu reſpondet actio arbitraria. At ſi citra ſtipulationem in contrahenda emptione conuenit *certo loco rem tradi*, alio loco emptor pure agere poteſt ſibi rem tradi oportere, non facta mentione loci, quo dari conuenit, quia id ſuppletur officio iudicis, quod in actionibus bonæ fidei latiſſimũ eſt. Recte autem in hac l. 7. Florentini, *ſi tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit. Traditurum* quomodo etiam Odofredus legit, non vt alij aut, *condicturum*, aut, *conducturum*. Et recte ſic etiam Accurſius, *ſtipulatus ſit* interpretatur, *promiſerit, ſi certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit*, i. ſi venditor traditurum rem venditam ἐπερωτηθῇ ἄν, i, *promiſerit*, vt alibi ſæpe in iure ſtipulari accipitur in patiendi ſignificatione. In *l. 39. de cont. empt.* quæ etiam de venditore loquitur, *ſi venditor fructum pendentis oliuæ vendiderit, & ſtipulatus ſit decem pondo.* i, promiſerit ſtipulanti in *l. ſi non ſortem §. ſi decem, de condict. ind. ſi decem aut Stichum ſtipulatus*, i. ἐπερωτηθεὶς, *ſoluam quinque.* In *l. vlt. in fi. de adminiſtrat. tutor. ſi quid tutor, aut curator ſtipulatus ſit*, i. promiſerit: & in multis aliis locis, non tamen vt vulgo putant, in *l. magnam, C. de contr. empt.* Nam vt partim recte legit Haloander, partim veteres lib. docent eſſe legendum, ſic in illa l. non mutata actiua verbi ſignificatione, legendum, *ſi quis certo tempore facturum ſe aliquid vel daturum ſtipulatori.* vt Haloander recte, non *ſtipuletur, vel alij, quem ſtipulator voluit, promiſit.* Porro dixi ſupra hanc actionem arbitrariam venire ex mutuo. Vnde quæri poteſt; an etiam veniat ex promutuo, veluti indebito ſoluto per errorem facti: nam indebiti ſolutio, quaſi mutui datio eſt, *l. 4. §. is quoque, de obligat. & act.* videlicet ſi ea ſoluantur, quę pondere, numero menſuraue continentur: Et ad hanc quæſtionem ex hoc libro Pauli pertinet lex 27. *de condict. indeb.* cum per errorem exiſtimarem, me certo loco pecuniam tibi dare debere, quam nõ debebam, eam tibi eodem loco ſolui, an rei veritate cognita mihi neceſſaria eſt actio arbitraria, i. vtilis condictio indebiti, vt eam pecuniam quocunque alio loco repetam, ſi illo nolim, aut non ſit commodum quo ſolui? minime. Quoniam ſufficit directa & pura condictio indebiti: nam quæ ſoluenti mihi exiſtimatio fuit, eadem mihi repetenti non eſt. ſolui errans, repeto ſciens. Et hoc eſt, quod ait: *non enim æſtimationem ſoluentis eadem ſpecies repetitionis ſequitur*, id eſt, repetitionis, quæ ſolutionem ſequitur atque reſcindit. ſpecies & conditio longe alia eſt, quam ſolutionis puræ. Hic igitur caſus nihil pertinet ad actionem arbitrariam de eo quod certo loco dari oportet, quia nec loci vllius vlla quę habeatur, ratio ſubeſt. Quocunque igitur loco pecunia repeti poteſt, etiamſi non fiat mentio ſolutionis factæ certo loco, quaſi eo loco dari deberet. Et hinc notandum, pecuniam certam, vt peti, ita repeti poſſe quocunque loco, quia ſcilicet genus petitur aut repetitur, non corpus certum. Idque confirmatur *l. quod legatur, & l. eum qui inſulam, de iudic. & l. 1. de ann. leg.* Corpus petitur, aut repetitur vbi eſt, quantitas vbique. Corpus enim certo loco continetur. Quantitas certo loco non continetur. Et ita hæc l. 27. accommodanda eſt ad tractatum de actione arbitraria, *de eo quod certo loco dari oportet*, non quaſi proprie ad alium pertineat, ſed quaſi in eum incidat.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXIX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Libro 29. qui ſequitur, primum Paulus interpretatus eſt edictum de conſtituta pecunia, & ſunt ſub eo titulo ex hoc libro Pauli multæ leges, ex quibus hodie dabimus leges 4. 8. & 10. & 13. & 15.

Ad leg. 4. De conſt. pec.

Sed & ſi citeriore die conſtituat ſe ſoluturum, ſimiliter tenetur.

PRætor hoc edicto ex conſtituto nudo conſenſu facto non interpoſita ſtipulatione actionem dedit, vt puta ſi quis pecuniam, quam ipſe debet, vel alius pro ſe, vel pro alio ſe ſoluturum conſtituerit ad diem. Conſtitutum enim omne fit ad diem, vel expreſſe vel tacite: videlicet tacite ad diem 10. vt in *l. 21. §. 1. hoc tit.* Atque ita prętor conſtitutum ſeparauit a pacto nudo: nam ex pacto nudo actionem non dedit, ex conſtituto dedit actionem, quod tamen fit nudo conſenſu ſine ſtipulatione. Puto hac ſeparatione vſum prætorem, quod grauius ſit fidem, quæ vitam continet, fallere in pecunia debita, quam in pecunia non debita, hoc, inquam, grauius ſit fidem frangere in pecunia debita. (conſtitutum enim non fit, niſi in pecunia debita) quam in pecunia non debita, de qua plerumque pacta fiunt: & quod conſtitutum ſimile ſit recepto, qui contractus eſt, non pactum, quodque plus aliquanto ſit conſtituere & recipere, quaſi conſulto conſilio, quam paciſci temere extra contractum. Separauit etiam conſtitutum a fideiuſſione, quia fideiuſſio non fit nudo conſenſu vt conſtitutum, ſed interpoſita ſtipulatione: item, quia nemo fideiubet pro ſeipſo, ſed pro alio, *l. heres §. ſeruo, de fideiuſſ.* Conſtituit vero pro ſeipſo vel pro alio. Exemplum conſtituti exſtat in Epiſtola Diui Pauli ad Philemonem, vt quodam loco me docere memini. Exſtat & aliud in Moſtellaria Plauti, quæ & φάσμα dicitur: pater enim pro filio, ſic apud creditorem adoleſcentem intercedit, *adoleſcens mecum rem habet*, cui adoleſcens, *nempe abs te petam*, & mox pater, *petito cras.* non ſtipulatio hoc eſt, ſed conſtitutum, quod fit non certis & ſolemnibus, ſed quibuſcunque verbis, *l. 14. §. vlt. hoc tit.* Et non tantum per noſmetipſos, ſed etiam per epiſtolam inter abſentes: quo genere ſtipulatio non fit, niſi inter præſentes, per epiſtolam inter abſentes non fit. Conſtitutum fit etiam inter abſentes per epiſtolam, *l. 5. §. Iulianus, & l. cuidam, hoc tit.* fit & per nuncium, vt ſi nuncium mittam ad te, qui meo nomine conſtituat, ſoluturum me quod tibi debetur. Tunc autem maxime conſtituta vtilia ſunt, quum quis pecuniam in diem debet, ſi ante diem conſtituat, ſe ipſo die, quo conſtituit, ſoluturum, vel vt ex hoc ipſo libro Pauli traditur in *l. 4. hoc tit.* ſi conſtituat ſe ſoluturum citeriore die, id eſt, proximiore die. Idemque eſt, ſi pro eo, qui in diem debet pure ſiue præſente die conſtituat, ſe ſoluturum: nam etſi quis pure ſiue pręſenti die fideiubeat, quod notandum, pro eo, qui ex die obligatus eſt, mea quidem ſententia obligatur, & ſtatim conueniri poteſt, quamuis nondum debitor principalis conueniri poſſit, hac ratione quia etiamſi debitor principalis nondum conueniri poſſit, tamen obligatus

gatus est. Obligatio collata in diem est præsens, non actio, non petitio, *l. 14. l. interdum, l. insulam, de verb. obligat. l. 44. §. 1. de obligat. & act. l. c ui res §. vlt. de solut. l. certi §. 1. de reb. cred. & §. omnis, Instit. de verb. oblig.* Et ideo, quod notandum, inuenies quidem non obligari fideiussorem, qui pure fideiussit pro eo, qui sub conditione promisit, quia is, pro quo fideiussit, obligatus non est: obligatio collata in conditionem non est præsens, *l. Græce §. item accepto, de fideiuss.* Sed nusquam inuenies etiam non obligari fideiussorem, qui pure fideiussit pro eo, qui in diem promisit: obligatur enim, quia & reus principalis obligatus est, & consequenter fideiussor conueniri potest, nec tamen si soluerit statim pecuniam solutam, a debitore principali repetere potest, antequam dies venerit, aliter quam si mandato, aut voluntate eius soluerit, *l. 31. de fideiuss.* Non est cur Accursius hac in re separet fideiussorem a reo constitutæ pecuniæ. Et hæc ad legem quartam.

Ad legem 8. eod.

Si vero mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quod si postea quam soli mihi te soluturum constituisti, solueris Titio, nihilominus mihi teneris.

Sequitur lex 8. Constitui potest ei tantum, cui debetur, vel alij eius voluntate, veluti creditori creditoris voluntate creditoris, aut procuratori voluntate domini, & creditori aut procuratori acquiritur actio constitutę pecuniæ non domino, vel primo creditori: quia per liberam personam nobis actio acquiri non potest. est certissima iuris regula *l. 5. §. quod exigimus & §. Iulianus, hoc tit.* His consequens est, si stipulatus fuerim mihi, aut Titio quia mihi soli debetur, non Titio, qui solutionis duntaxat gratia adiectus esse intelligitur, videlicet vt soluere ei promissor si velit, possit, non etiam vt obligatio & actio ei quæreretur, quia nec potest ex stipulatione alteri facta, alteri obligatio acquiri. Quia igitur mihi soli debetur non Titio, & mihi soli constitui potest, non Titio, vel constitui potest mihi aut Titio, vt quemadmodum in principali obligatione, ita in constitutoria Titius sit tantum adiectus solutionis gratia, non etiam applicitus obligationi, quia in personam Titij consistere non potest ex stipulatu meo. Quod si qui promiserat mihi se daturum aut Titio, mihi soli constituerit, quod proponitur in hac l. 8. si, inquam, qui promiserat mihi aut Titio, postea mihi soli constituerit se soluturum, ac deinde soluerit Titio, quod potuit etiam me inuito, *l. vero §. 1. l. si ita stipulatus sim, de solut.* quia constitutum non nouat principalem obligationem, *l. item illa §. vlt. l. vbi quis, hoc tit. l. filiusfamilias, de in rem verso, l. 3. §. 1. de administrat. rer. ad ciuitat. pertinent.* Soluendo igitur Titio, quamuis post contractam principalem obligationem mihi soli constituerit, ipso iure liberabit se a priori & principali obligatione. Non liberabit tamen se a posteriori, id est, a constitutoria, in qua Titius non fuit adiectus: sed mihi soli pecunia constituta est. Quæ est sententia legis 8. Verum vt additur in *l. 9.* poterit debitor a Titio repetere condictione indebiti, quod ei imprudenter soluit. Quomodo imprudenter? Nimirum non adnimaduertens constitutum quod mihi soli fecit, pro solutione haberi, id est, constituendo mihi, iam se quasi mihi soluisse videri. Soluit igitur Titio, qui iam mihi soluisse intelligebatur. Denique soluit Titio vi constituti mihi facti, non tenens, quod constitutum vice solutionis est. Et hoc ex eodem lib. Paulus comprobat in *l. 10.* proposita specie huiusmodi.

Ad leg. 10. & 13. eod.

L. 10. Idem est & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

L. 13. Sed si quis viginti debens, decem constituit se soluturum, tenebitur.

Duo sunt rei stipulandi, duo stipulatores, vel duo rei credendi, quibus eandem pecuniam singulis in solidum debes. fac esse Titium & Caium, & postea tu soli Titio constitueris te soluturum. Id iam pro eo est, ac si Titio soluisses. Et ideo si postea imprudens Caio solueris alteri creditori, Caius tibi tenetur condictione indebiti, tu Titio, cui soli constituisti, teneris actione constitutæ pecuniæ. Et hoc vult Paulus in *l. 10.* in qua recte Basilica: ὁ ἀντιφωνηθεὶς ἔοικε τῷ ἀπολαβόντι. *is cui constitutum est, similis est ei, cui solutum est.* Constitutum vice solutionis est, atque ideo, qui constituit vni, postea si soluerit alteri, bis soluisse videtur. Cui sententiæ congruit etiam vox de via collecta, id est, prouerbium quod in ore omnium versatur, *Qui respond paye.* Nam ita respondere, vt Græcis, ἀντιφωνεῖν, est constituere se soluturum. Obserua autem legem 8. loqui de eo, qui cum promisisset mihi, aut Titio, mihi soli postea constituit se soluturum. Et retine hanc speciem: nam si aliter ponas speciem, non idem erit. vt puta, si cum quis promisisset mihi aut Titio, alius pro eo mihi constituerit, non obligatur exemplo fideiussoris qui si mihi soli promiserit, cum reus principalis promisisset mihi aut Titio, non obligatur: quia in duriorem causam fideiussisse intelligitur: durior est causa eius, qui vni tantum soluere potest: leuior eius, qui huic vel illi, prout elegit, soluere potest, nec vni destricte soluere astrictus est, *l. hi qui accessionis, de fideiuss.* Vt fideiussor igitur, ita & reus constitutæ pecuniæ in deteriorem, durioremue causam accipi non potest, *l. 11. §. vlt. & l. seq. hoc tit.* Et vt dixi, deterior est causa eius, vel fideiussoris. vel rei constitutæ pecuniæ, qui creditori soli promisit, cui debitor non soli promiserit, sed ei, aut Titio. Accipi tamen vterque potest in leuiorem causam, inuersa superiori specie. Si cum quis mihi soli promisisset, & alius pro eo, me volente aut mandante, cōstituerit se soluturum mihi, aut Titio, vel si alius pro eo fideiusserit, mihi aut Titio dari, obligatur, quia in leuiorem causam interuenit *d. l. hi qui.* Leuior est enim causa eius, quia potest vel Titio soluere, cui reus principalis non potest: verum si soluerit Titio, mihi agenti ex priori stipulatione proculdubio obstabit exceptio, quia mea voluntate soluit, quæ est sententia legis *pen. h. tit.* Non facio hac in re differentiam inter fideiussorem, & reum constitutæ pecuniæ, quia generaliter proditum lego: *in vniuersis, qui pro aliis obligantur* in *l. Græce §. illud.* in vniuersis, qui accessionis loco promittunt *d. l. hi qui accessionis.* ergo in mandatoribus, in fideiussoribus, in reis constitutæ pecuniæ, quos Accursius solet *sponsores* appellare, pro *responsores*, vt Græci ἀντιφωνηταί, in leuiorem eos causam accipi posse, non in deteriorem. Hæc est regula generalis, quam secutus etiam dicam, eum qui pro eo, qui viginti debet, constituerit decem, obligari, sicut si debens 20. pro seipso constituit 10. *l. 13. hoc tit.* quæ est ex eodem libro Pauli, quia in minorem summam denuo se obligat: eum vero, qui pro se ipso debens 10. vel pro alio debente 10. constituerit 20. quæ maior summa est, in 10. tantummodo obligatur, non in integra 20. *l. 11. §. vlt. hoc tit.* Idque exemplo fideiussoris, qui si pro eo, qui debet 10. promiserit 20. in 20. quidem non tenetur, in decem tantum eum teneri æquius est. cuius sententiæ fortissimum argumentum præbet lex *si a reo, de fideiussor.* Cuius sententia hæc est: Si quis pro eo, qui promisit, sub vna conditione, puta si nauis ex Asia venerit, fideiusserit sub eadem, & insuper alia conditione disiunctim, puta si nauis ex Asia venerit, aut si Titius consul factus fuerit. hoc casu lex hoc primum ait, *fideiussorem nullo modo teneri,* aut vt subiicit se corrigens, *quod magis est,* id est, quod æquius est, teneri, *si prior conditio, quæ vtrique fuit adscripta, communis conditio exstiterit.* Et simili modo cur non dicam, si pro eo qui 10. debet, fideiussor promiserit 20. aut nullo modo fideiussorem teneri, aut, quod magis est. teneri in 10. tantum, id est, in summam debitam, non in summam ma-

iorem, vt eadem ratio seruetur in summa, quæ seruatur in tempore. Qui putant nimis asperè fideiussorem nullo modo obligari, hæ opinionis firmandæ non habent nisi hæc verba d. legis Græcæ §. illud. *in maiorem summam adhibitum fideiussorem omnino non obligari.* Quæ tamen verba sunt ambigua: Nam & hanc interpretationem recipiunt, *nullo modo obligari*, & hanc, *non in totum obligari*, id est, in id tantum, quod debitam quantitatem excedit non obligari, quod Alciatus docet 5. *παρέργων capite* 17. ambiguam scilicet orationem esse. In ambigua autem oratione, melius est humaniorem interpretationem sequi.

Ad leg. 15. eod.

L. 15. Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam acquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur.

CONstituere possum meo creditori me soluturum, non per meipsum tantum, sed etiam per epistolam, vt dixi paulo supra, vel per nuntium liberum hominem, qui et meo nomine dicat, & constituat me soluturum certa die. Nam & in hoc genere ei competit actio de constituta pecunia. neque enim dici potest ea actio ei per nuntium liberum hominem acquiri, quod nec iure fieri potest, sed ei videtur acquiri per semetipsum, ac si mecum rem habuisset. nuncius minister est tantum: ego, & ille, auctores sumus contrahendæ obligationis. vt epistola mea tibi non acquirit obligationem, ita nec nuntius, qui nihil aliud est, quam epistola loquens, & contra epistola, tacitus nuntius, vt Epictetus dicebat. sic summates viri & matronæ adiri solent. Plautus in Milite: *Per nuntium*, inquit, *aut per epistolam, quasi regem adiri eum iubet.* Et hęc sententia Pauli in hac leg. 15. de nuntio libero homine, valde notanda est: quia non ad constitutum tantum, sed ad ea omnia accommodari potest, quę per nuntium expediri possunt, veluti ad conuentiones, aut contractus, qui nudo consensu perficiuntur, *l. 2. de pact. l. 2. de oblig. & act.* & ad donationes. *l. 4. de donat.* & ad iussa arbitrorum & compromissariorum, *l. item, in princ. l. sed & interdum. §. 1. de recept.* & ad precaria. *l. 9. de precar.* & ad cessiones bonorum. *l. vlt. de cess. bon.* & ad restitutionem hereditatum, aut ad recusationem adeundæ hereditatis *l. 6. & 7. ad Trebell.* quæ omnia per nuntium etiam liberum hominem peragi possunt.

Ad leg. 17. eodem tit.

Sed est alia die offerat, nec tibi accipere volui, nec vlla iusta causa fuit non accipiendi, æquum est succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione, vt factum actoris vsque ad tempus iudicii ipsi noceat: vt illa verba, nec fecisset, *hoc significent*, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

PRæter leges quinque, quas iam exposui ex titulo *de constituta pecunia*, quę semper sunt ex libro 29. Pauli ad edictum, sunt adhuc aliæ tres, *l. 17. 19. & 21.* e quibus mihi libebat tantum explicare *l. 17.* cuius quæstio est vtilis & magna complectitur. & ea quidem omnia scitu, atque explicatu æquissima. Constitutum omne fit ad diem certum, itaque vox ipsa demonstrat: constitutum enim diem. constitutum dicimus. constituere se soluturum, est constituere certo die se soluturum. Denique constitutum omne fit ad diem. vel si forte fiat sine die, intelligitur factum ad diem decem dierum saltem, vt explicabimus in *l. 21. §. 1. hoc tit.* Iterum dico. constitutum omne fieri ad diem. Et inde colligo actione de constituta pecunia teneri eum, qui constituta & præfinita die non soluit, aut non fecit, quod constituit, ita vt postridie eius diei, quo se daturum constituit, conueniri possit actione de constituta pecunia. Sed si postridie, vel qua alia die postea offerat quod constituit, nec creditor velit accipere: si, inquam, post diem constitutum priusquam conueniretur actione de constituta pecunia, offerat creditori, quod constituit, nec creditor velit accipere, nec vlla sit ei iusta causa non accipiendi, quæritur, an si forte pecuniam oblatam mox debitor sine culpa sua perdiderit, liberetur, quasi pereat pecunia creditori, necne: qualiter pro soluta habeatur, quam creditor sine vlla causa accipere recusauit. Hæc est quæstio. Fuit quidem ipse reus constituendæ pecuniæ prior in mora, qua constituta die non soluit. & mora fit ex die ipso. hoc est certissimum in iure, vbi obligationi dies adiectus est etiam ante litem contestatam, mora, inquam, fit ex ipso die, quo solui debuit, ex ipso tempore ratione solutionis, etiam antequam lis contestata sit, antequam cum debitore egerit creditor, *l. ad diem. de verb. oblig. & l. 33. de vsur. aliter l. magnam*, quæ in hanc rem vulgo citatur, *C. de contrah. stipul. l. 2. C. de iure emphyt.* Si obligationi dies adiectus non sit sine solutioni, mora plerumque non fit nisi ex tempore litis contestatæ. *l. 1. 2. & 4. C. de vsur. legat. l. quæsitum §. vlt. de leg. 1.* Constituto dies fuit adiecta: adiicitur enim semper constituto, aut adiecta intelligitur: & ideo debitor prior moram fecit, qui constituta die non soluit. Verum creditor deinde posterior moram fecit in accipienda oblata pecunia, quia ante litem contestatam oblatam pecuniam sine vlla causa accipere recusauit, eique posterior mora, posterius factum nocet vsque ad litem contestatam. posterior mora aboleri sine creditoris extinguit priorem moram debitoris. Prior mora emendata sine purgata esse intelligitur oblatione, *l. illud. de pericul. & commod. rei vend. l. qui decem. in principio, & §. 1. de solut. l. interdum §. vlt. l. si seruum §. sequitur. de verb. oblig.* Et ob id recte ait Paulus in hac lege 17. hoc casu reum constituendæ pecuniæ, videlicet si oblatam pecuniam perdiderit sine sua culpa: hæc omnia supplenda sunt: liberari, quia periculum pecuniæ respicit creditorem, qui posteriorem moram fecit. & liberari, inquit, vel exceptione, doli mali scilicet, vel iusta interpretatione, id est, vel liberari nullo facto ipso iure, omnis enim exceptio est peremptoria, vel interpretatione iuris ciuilis, quæ pro ipso iure habetur. Liberari igitur vel exceptione vel ipso iure. & sic in *l. 12. de legibus.* Iurisdictio quæ spectabiliter accipitur pro prætoria, quam ita ponitur ... respondet interpretationi. & in *l. iusta, de verb. signif. & l. 2. C. de interd. matrim.* Iusta interpretatio similiter, id est interpretatio iuris ciuilis, quæ fit a prudentibus, vel a iudice, & quæ, vt dixi habetur pro ipso iure, pro mero iure ciuili. Atque ideo committitur, vt hoc loco. præstatio iuris semper exceptioni prætoriæ. Et in aliis quoque casibus quamplurimis debitores dicimus liberari, vel ipso iure, vel per exceptionem, non quidem in vna & eadem specie: sed adhibita distinctione suo quoque modo. ipso iure, vel per exceptionem in sua specie, vt in *l. si sine §. vlt. rem rat. hab.* actionem nullam fieri, vel ipso iure, vel per exceptionem. Ipso iure & solutione vel acceptilatione: per exceptionem, pacto. Et in *l. 28. de reg. iur.* obligationes certam pactione liberantur vel ipso iure vel per exceptionem. Ipso iure si obligatio sit bonæ fidei, quia ei insunt omnes exceptiones tacite, hoc est, supplentur officio iudicis: Per exceptionem autem pacti, si obligatio fuerit stricti iuris. Et in *l. qui seruum, de oblig. & act.* eum qui rem sibi commodatam surripuit, domino teneri actione commodati & condictione furtiua: sed altera actione alteram perimi, vel ipso iure, inquit, vel per exceptionem. Ipso iure, si prius egerit condictione furtiua: per exceptionem, si prius egerit cōmodati, vt similiter in *l. si is cui commodata. de furt. & l. prima, de action. empt.* Eodemque modo in *l. vnicuique, de fideiuss.* nouata principali obligatione fideiussorem, vel ipso iure, vel per exceptionem liberari, Ipso iure, si nouatio fuerit facta legitime: per exceptionem,

excuſant actorem, excuſant reum, excuſant iudicem ex 12. A tabulis, qui iudicij die non venerunt, qui iudicio non adfuerunt, *l. 2. §. ſi indicio, ſi quis cautionibus, &c.* Nam & iis caſibus obuiam iri, vel obſiſti non poteſt, cum ſint caſus maiores. Reſpondeo, & dico excuſari etiam æquum eſſe eum, qui ad diem conſtitutum ſoluendæ pecuniæ non venerit, puta vt reo ſit integrum alio die offerre, & actori alio die petere, ſed non etiam, vt periculo liberetur. Primum non vt periculo liberetur actor, ſi ipſe ad conſtitutum non venerit, & pecunia ſolutioni deſtinata parataque interim deperdita fuerit ſine culpa debitoris: Nam hoc caſu, etiamſi vi maiore creditor venire impeditus fuerit, periculum pecuniæ ad eum pertinet, non ad debitorem, qui functus eſt officio debitoris bonæ fidei, & quia verum eſt, rem debitam periiſſe ante moram debitoris. Et vulga- B re eſt hoc, rem quamque quoquo modo peremptam ante moram debitoris perire creditori, periculum eius rei reſpicere creditorem, *l. ſi ex legati cauſa, de verb. obligat.* Contra quoque vt periculo non liberetur reus, qui ad diem conſtituti non venit, licet impeditus fuerit caſu maiori, atque ita pecuniam, remue amiſit poſt moram. Hic non liberatur: res enim interiit poſt moram. Et ita explicanda eſt hæc lex.

Ad leg. 19. eod.

Id quod ſub conditione debetur, ſiue pure, ſiue certo die conſtituatur, eadem conditione ſuſpenditur, vt exiſtente con- C ditione teneatur: deficiente vtraque actio depereat. §. 1. Sed is, qui pure debet, ſi ſub conditione conſtituat, inquit Pomponius, in hunc vtilem actionem eſſe. §. 2. Si pater vel dominus conſtituerit ſe ſoluturum quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo, quod ex ea cauſa obſtrictus eſſe cœperit, & licet interierit peculium, non tamen liberatur.

Reſtat ex eodem titulo de conſtituta pecunia lex 19. & 21. Hoc edicto nominatim expreſſum eſt, de ea tantum pecunia actionem dari, quam quum conſtituebatur, apparebat fuiſſe debitam, non de ea quæ tum erat prorſus indebita, *l. 1. §. 1. l. 18. §. 1. hoc tit.* Ex quo ſequitur ſi quis conſtituerit quod ſub conditione debetur a ſe vel ab alio, nihil refert, etiamſi conſtituerit pure, vel in diem certum, D eum hac actione non teneri, eum non teneri de conſtituta pecunia, antequam conditio extiterit. Recte quidem acceſſit principali obligationi, quæ ſcilicet futura eſt, ſi conditio extiterit: ſed vt principalis obligatio conditionalis eſt, & hæc quoque, tametſi pure in diem præſentem, vel in alium diem certum concepta eſſet, conditionalis eſſe intellligitur, ac proinde eadem conditione ſuſpenditur, qua & principalis obligatio. Nec enim conſiſtere poteſt, id eſt, incipere non poteſt (quæ enim cœperit ſemel, poteſt cōſiſtere) vt infra demonſtrabimus. Non poteſt igitur incipere conſtitutoria obligatio ſine principali obligatione, quæ cum nulla ſit antequam conditio extiterit, conſequens etiam eſt, nullum interim conſtitutum eſſe, ac porro nullum prorſus eſſe conſtitutum, ſi conditio defecerit. ſæpe E fit, vt pure concepta, conditionalia eſſe intelligantur, & contra, *l. aliquando, de cond. & dem.* Eadem vero eſt ratio fideiuſſoris, quoniam ſi quis pro eo qui ſub conditione debet, fideiuſſerit pure, vel certo die, fideiuſſerit quidem recte, quia etiam futuræ obligationi fideiuſſor adhiberi poteſt, *l. non quemadmodum, de iudic.* ſed non obligatur, vt ait lex *Græce §. item ſi accepto, de fideiuſſ.* non obligatur, id eſt, quamuis alias obligatio quæ fit in diem certum præſens ſit, non etiam actio: tamen ille fideiuſſor non obligatur præſenti die, qui pro eo qui ſub conditione debet, fideiuſſit pure, vel in diem certum: ſed eadem conditione, qua principalis debitoris, pro quo interceſſit, & illius fideiuſſoris obligatio ſuſpenditur, ita vt exiſtente conditione vterque teneatur, deficiente conditione neuter teneatur, *l. ſi a reo §. 1. de fideiuſſ.* Nec eſt quod in hac re Accurſius faciat differentiam inter fideiuſſorem, & reum conſtitutæ pecuniæ. Nam & contra quoque, ſicut pro ſe quis, ſi pure obligatus ſit, vel pro alio pure obligato, recte ſub conditione conſtituit pro ſe, vel pro alio pure obligato vt ex Pomponio in hac lege ſcribit Paulus: ita etiam pro eo, qui pure debet, recte fideiuſſor intercedit ſub conditione, quia in leuiorem cauſam intercedit, *d. §. item ſi accepto, & d. l. ſi a reo §. 1.* Et ſimiliter vt dixi in lege 4. *ſupra*, ſi quis pro ſe vel pro alio, quod ex die debetur, pure conſtituat, vel pro alio, qui ex die obligatus eſt, pure fideiubeat, tenet obligatio ſtatim, quia & principalis obligatio eſt præſens, nimirum quia actio tantum ſiue petitio in diem collata eſſe intelligitur. Vterque igitur ſtatim obligatur, quia & reus principalis obligatus eſt. Verum quod mutari velim in *d. l. 4.* verius eſt fideiuſſorem, aut reum conſtitutæ pecuniæ, qui id, quod ex die debetur pure conſtituit, vel fide ſua eſſe iuſſit, non poſſe conueniri ante diem, id eſt, antequam a reo principali peti poſſit. Et ita accipiendum eſt quod ait *l. fideiuſſor obligari §. pen. de fideiuſſ.* fideiuſſorem pure acceptum pro debitore in diem non obligari, videlicet, vt conueniri poſſit ſtatim; cæterum obligatur, quia & is, pro quo fideiubet, obligatus eſt. Obligatio collata in diem eſt præſens, longe aliter quam obligatio conditionalis, quæ non eſt præſens, nec ſimpliciter dici poteſt obligatio, ſed obligatio conditionalis. Obligatio in diem ſimpliciter poteſt dici obligatio. Et hæc ſunt quæ pertinent ad priorem partem huius legis. Sequitur poſterior pars. *Si pater & dominus conſtituerit, &c.* Sententia hæc eſt: pater vel dominus, ſi creditori peculiario conſtituerit ſe ſoluturum, quod tunc fuit in peculio filiifamilias vel ſerui, dubitatur, an ſicut ſi pater aut dominus fideiuſſerit pro filio vel ſeruo, exempli gratia in aureos centum, in tantum minuitur peculium filij vel ſerui, quia in id quod pater vel dominus obligatus eſt, peculio deducitur, & id quod ſupereſt duntaxat intelligitur eſſe in peculio. Itaque ob id quod pater, vel dominus fideiuſſit pro filio, vel ſeruo, minuitur peculium, pro quantitate ſcilicet, in quam fideiuſſit, *l. 9. §. vlt. de pecul.* Dubitatur ergo, an etiam minuatur peculium, ſi pater vel dominus conſtituerit creditori peculiari ſe ſoluturum, quod tunc in peculio fuerit, quod Paulus negat hoc loco. Negat ob id minui peculium, quod pater de conſtituta pecunia obſtrictus eſſe cœperit. Et ratio differentiæ eſt aperta: nam cum fideiubet, filij, vel ſerui nomine fideiubet. At quum ſe ſoluturum conſtituit, non ſimpliciter nullo alio adiecto, ſed cum ſe ſoluturum conſtituit, quod tunc fuit in peculio, ſuo nomine conſtituit, non nomine filij, vel ſerui, quia iure prætorio ex contractu filij, vel ſerui ſuo nomine tenetur in id, quod in peculio eſt, peculio tenus, *l. 1. §. vlt. hoc tit. l. 59. de ſolut.* Si filij aut ſerui nomine ſe ſoluturum conſtituerit ſimpliciter, nec adiecerit, *quod tunc fuit in peculio*, procul dubio peculium minuitur, eo quod ex ea cauſa obligatus eſſe cœperit, perinde atque ſi fideiuſſiſſet pro filio, aut ſeruo. Igitur in eo duntaxat differentia eſt inter eum, qui fideiuſſit, & eum, qui conſtituit hac in re, quod nemo fideiubere poteſt ſuo nomine; puta, quod eſt in peculio ſerui, vel filij, quoniam id debet ſuo nomine ex contractu filij vel ſerui. nemo vnquam fideiubet pro ſeipſo. Conſtituere tamen quis poteſt etiam pro ſeipſo, conſtituere poteſt ſuo nomine id, quod in peculio fuerit, quæ res non minuit peculium, aut non deducitur ex peculio. Quinimo, vt & hic oſtenditur, & in lege ſequenti, etſi poſtea minuatur, aut intereat vniuerſum peculium, atque ita minuatur, vel intereat actio de peculio, quæ eſt actio principalis, non tamen minuitur actio conſtitutoria, quia actio conſtitutoria retrorſum ſe refert, vt ait lex 18. §. 1. At id quod debitum fuit tunc, quum conſtituebatur, id debetur ab eo, qui conſtituit, etiamſi poſtea deberi deſierit, id eſt, etiamſi poſtea deſierit eſſe in principali obligatione. Satis eſſe debitū fuiſſe tunc, quum conſtituebatur. In actione de peculio ſpectatur tempus rei iudicatæ, id eſt, quantum eo tempore ſit in peculio. Si nihil ſit in peculio, ſi interim interierit

rierit peculium, inanis est actio de peculio, *l. quæsitum, de pecul.* At in actione constitutoria spectatur tempus conuentionis. Neque vero nouum hoc est, vt sublata obligatione principali, maneat accessoria, quæ iure constitit ab initio, siue sit fideiussoria, siue constitutoria, *l. cum quis §. si quis pro eo, de fideiuss.* Idemque dicendum opinor, si non ipse pater, vel dominus constituerit se soluturum quod est in peculio: sed alius pro eo vel constituerit, vel fideiusserit nominatim, scilicet in id, quod tunc est in peculio pro parte, vel in totum. Nam si simpliciter fideiusserit, vel constituerit, hoc non adiecto, in id quod nunc est in peculio, tenetur duntaxat in id, quod in peculio erit rei iudicatæ tempore, *l. cum fideiubeat, de fideiuss.*

Ad leg. 21. eod.

Promissor Stichi post moram ab eo factam, mortuo Sticho, si constituerit se pretium eius soluturum, tenetur. §. 1. Si sine die constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba edicti late pateant, alioquin & confestim agi tecum poterit, si statim, vt constituisti, non soluas. Sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum vt exactio celebretur. §. 2. Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem constituat se satisdaturum, fideiussorem vel pignora det, non tenetur: quia nihil interfit, quemadmodum satisfaciat.

FAciliora sunt hæc, quæ habentur, in *leg.* 21. Certissima est definitio iuris, debitorem hominis certi, liberari homine suo fato mortuo ante moram debitoris. Contra vero, homine mortuo post moram debitoris, debitorem non liberari, sed ab eo adhuc peti posse vel hominem, quamuis præstari non possit, quamuis dari non possit, vel pretium eius. nullius quidem rei nulla debitio videtur esse, nulla igitur debitio hominis mortui: sed tamen, quia quandoque is homo fuit in obligatione, non male petitur post mortem, ita tamen, vt pretium eius soluatur. quæ definitio iuris exstat multis in locis. *l. si ex legati causa, de verb. obligat. l. si mihi alienum, de solut. l. vendit. de hered. vend. l. 6. de vsufruct. leg. l. 9. §. pen. de statulib. l. eum qui §. 1. de iureiur. l. cum res §. vlt. de legat. 1.* Et in hoc titulo *l. 16. §. pen.* in illo loco, *si per rerum naturam stetit, subueniri reo debere*, id est, si res naturaliter interierit ante moram, subueniri reo debere, vt scilicet non teneatur. Et ideo initio huius legis 21. mortuo homine post moram, recte ait, debitorem constituere se pretium eius soluturum, quia id debere intelligitur. Idem est, si constituerit se hominem soluturum, *vt in l. 23. infra.* quoniam hoc sic intelligitur, vt pretium eius exsoluat. Idem vero & recte constituit alius, aut fideiubet pro eo, quia exstat principalis obligatio, quam non extinxit mors debiti hominis, quandoquidem contingit post moram debitoris. Hoc est apertissimum. *In §. 1. huius legis* 21. Quæritur an constitutum sine die factum valeat? Videtur non valere, quia repugnat vis verbi, & natura negotij, non est enim constitutum, nisi quod constitutum est ad diem. Magis est tamen valere constitutum, etiam sine die factum, quia, vt ait, verba edicti late patent, quæ scilicet indistincte loquuntur de constituto, nec diei mentionem faciunt. Valet igitur constitutum factum sine die, non tamen, vt confestim debitor conueniri possit, quia id natura huius negotij non patitur, sed modicum ei spatium dandum est ad soluendum, quod constituit non minus, quam decem dierum. Itaque constitutum, quod fit ἀπροθέσμως, id est, *sine die*, in decimum diem collatum videtur. Et tamen ex stipulatione pura confestim agi potest, *l. 41. §. quotiens, de verb. obligat.* Cur tam varie? quia constituti hæc vis est & natura, vt conferatur in diem; hoc verbum constituere significat Latine loquentibus. in conditionibus etiam testamentorum, si testator dixerit, *illud facito in diebus*, non hoc accipiemus de decem diebus, sed de angustiori tempore, de minori tempore quo fieri potest, de biduo nempe: qui iubetur facere in diebus, debet facere intra biduum *l. 217. §. vlt. de verb. signific.* At de spatio decem dierum recte lego etiam id seruari in edictis, quibus contumaces euocantur, vt scilicet inter singula edicta intermittatur saltem spatium decem dierum *in l. 69. de iudiciis.* Et lego etiam apud Plutarchum in Cicerone; Reis capitalium criminum postulatis, & accusatis minimum dari decem dies ad causam defendendam. Quod notandum. Falsum est autem, quod hic Accursius obiter notat, reum constitutæ pecuniæ ex pacto nudo teneri, ex pacto nudo obligari, quod & scribit in multis aliis locis, quasi scilicet constitutum sit pactum nudum, sed omnino est falsum. Constituti verbum, consilij deliberationem significat, non pactum. Constitutum est simile contractui, qui *receptum* olim dicebatur; actio constitutæ pecuniæ, actio constitutoria similis est actioni receptitiæ. Pactum non parit obligationem, nisi legitimum, & certis casibus. Constitutum specialiter parit obligationem. Ne igitur dicamus, eum, qui tenetur ex constituto, teneri ex pacto nudo. Constitutum enim non est pactum nudum.

Ad §. vlt.

SEquitur in *§. vlt. constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisdationem. Si quis autem constituat se satisfacturum, & fideiussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.* Sententia hæc est; multum interest, vtrum constituat quis se soluturum, an se satisdaturum vel satisfacturum. Nam, qui constituit se soluturum, non implet finem constituti, si offerat satisfactionem, satisdationem, id est, fideiussorem, vel pignus: sed si offerat pecuniam, quam constituit, quam cauit se soluturum, quæ verba naturaliter accipiuntur, nempe se numeraturum pecuniam. Non igitur satisfacit constituto, si satisfaciat alio modo, puta offerendo fideiussorem vel pignus. At qui constituit se satisfacturum, vel quod idem est se satisdaturum, (Nam generale est verbum satisdationis, non minus, quam verbum satisfactionis *l. 3. C. de verb. significat.* in illo loco, *generaliter de satisdatione vel fideiussione.*) Ergo qui constituit se satisdaturum, id est, satisfacturum, implet fidem constituti, etiamsi non numeret pecuniam, modo offerat pignus, vel hypothecam, vel fideiussorem, vel expromissorem, qui nouata obligatione omnem obligationem in se transferat, quia nihil interest, quemadmodum satisfaciat, quando generaliter constituit, se satisfacturum vel satisdaturum. Satisdare alias accipitur specialiter *pro fideiussorem dare*, sed hoc loco accipitur generaliter pro *satisfacere* quoquo modo *vt l. 2. pro her. l. solutam, de solut. l. satisdationis, de verbor. signific.* Et nihil est præterea *in l.* 21. Hęc de actione de constituta pecunia. sequitur actio commod.

Ad leg. 2. Commodati.

Nec in furiosum commodati actio danda est, sed ad exhibendum aduersus eos dabitur, vt res exhibita vindicetur.

EXposito edicto de constituta pecunia libro 29. ad edictum, secundo loco exposuit Paulus edictum de commodato, de quo eo libro sunt *l. 2. & l. 15. & l. 17. Commod.* quas hodie explicabimus. In l. 2. Paulus docet, in persona impuberis commodatum non consistere sine tutoris auctoritate: & ideo si pupillus commodatum acceperit sine tutoris auctoritate, non teneri eum domino, qui rem commodauit directa actione commodati, etiamsi pubes factus dolum, aut culpam in ea re admiserit: quia ab initio commodatum iure non constitit, nec actio commodati vlla esse potest. Eodemque modo in persona pupilli non consistit mutuum sine tutoris auctoritate, *l. propen.*

de obligat. & action. nec depositum, *l.* 1. *§. an in pupillum, depos.* Sed si res commodata vel deposita, vel pecunia mutuo data pupillo sine tutoris auctoritate extet, & eam pupillus possideat, eiusue restituendæ facultatem habeat, de ea exhibenda agi cum eo potest tutore auctore actione ad exhibendum, vt exhibita vindicetur. Si, inquam, extet, si eam possideat, non si eam non possideat, non si absque dolo malo consumpta sit. Possessio enim aduersarij petitori parit actionem ad exhibendum, vel in rem. Verum si quis pubes factus dolum, aut culpam admiserit in re commodata, eius ratio habebitur in actione ad exhibendum, vel in rem, puta si eam rem dolo malo desierit possidere, aut culpa sua, quoniam commodatarius non solum dolum, sed etiam culpam præstat, etiam leuissimam. In specie igitur proposita, pupillus, si rem possideat, tenetur quidem actione in rem & ad exhibendum: actione vero commodati vel depositi, vel mutui, non tenetur, excepto vno & altero casu. Vno casu si ex ea re, vel pecunia locupletior factus fuerit. Hoc enim casu ex rescripto D. Pij pupillus ex omnibus contractibus, quamuis eos miscuerit cum aliis sine tutoris auctoritate, in quantum locupletior factus est, tenetur vtili actione. Vtili igitur actione commodati, vel depositi, vel mutui, quia ex ea re, vel pecunia auxit suum patrimonium. Et si vel auxerit semel, satis est, quamuis postea rem amiserit, *l. in pupillo, de solut.* Et huius rescripti fit mentio multis in locis, *l.* 3. *in princ. hoc tit. & d. §. an in pupillum, l. pupillus, de auctor. tut. l.* 3. *§. pupillus, de negot. gest.* Altero etiam casu pupillus tenetur actione commodati, vel depositi, qui commodatum vel depositum accepit sine tutoris auctoritate, si tunc ei commodatum, aut depositum sit, quum erat doli capax, veluti proximus pubertati, & in deposito dolum admiserit, vel in commodato dolum, aut culpam: Nam & hoc casu quasi negotio ab initio cum eo iure contracto tenetur actione depositi, vel commodati, *l.* 2. *de fideiuss. & d. §. an in pupill.* quod etiam significat lex 1. *§. vlt. hoc tit.* quæ ponit, non teneri pupillum commodati, etiam si pubes factus dolum aut culpam admiserit. Quod ideo ponit, quia si ante pubertatem dolum, aut culpam admiserit, quum ei iam doli potenti res commodata esset, proculdubio commodati tenetur. Et hunc casum secundum accipimus in commodato, & deposito, vt exposui. Nam in mutuo nunquam quæritur de dolo, vel culpa, quia res consumenda datur, non seruanda, vt in commodato, vel deposito. Præterea notandum est, precarium, quod alias dicitur esse simile commodato, *l.* 1. *de precar.* hac in re maxime a commodato differre, quod nostri non animaduertunt. Nota quidem est omnibus hæc differentia inter precarium & commodatum, quod ex commodato nascitur obligatio mutua, vltro citroque: ex precario non item. Sed totum hoc ex liberalitate descendit eius, qui precario concessit, adeo vt id quod precario concessit, quandoque ei libuerit, oportune, importune reuocare possit, quod commodator facere non potest. Non potest scilicet commodator rem commodatam importune repetere, & retrahere. Vnde etiam sequitur, in commodato venire dolum & culpam: in precario dolum tantum, *l.* 17. *§. sicut, hoc tit. l.* 1. *& l.* 8. *§. eum quoque, de precar.* hęc inquam differentia nota est omnibus. Verum, est alia sane maxima differentia, quæ inter hæc duo negotia intercedit, quam non animaduertunt: quod si pupillus sine tutoris auctoritate commodatum acceperit, non tenetur actione commodati, exceptis supradictis duobus casibus: At si pupillus precario rogauerit sine tutoris auctoritate, tenetur interdicto de precario indistincte, & omni casu, si rem habeat, quod euidenter probat *lex vlt. §. vlt. de precar.* Et ratio varietatis proficiscitur ex varietate formularum, quam & d. §. vltimus suggerit. Actionis commodati hæc est formula: *Quod te mihi ex causa commodati dare facere oportet ex fide bona,* id est, quod mihi eo nomine obligatus es. Verbum, *oportet,* significat obligationem: Hæc formula non cadit in pupillum, quia pupillus obligari non potest sine tutoris auctoritate. Formula autem interdicti de precario hæc est: *Quod precario habes, d. §. vlt. & l. pen. comm. præd.* quæ interdicti formula sumitur ex verbis edicti in *l.* 2. *eod. tit. de prec. Quod precario ab illo habes.* Formulæ actionum sumuntur ab edictis: vt edicta, sic & actiones concipiuntur siue interdicta, *l. Ædiles* 2. *§. vendendi, de ædilit. edict.* huius igitur interdicti formula hæc est, *quod precario habes.* Et ideo hac formula, hocue interdicto pupillus officio iudicis tenetur, si rem habeat, quam precario rogauit, quoniam recte ei dicitur, *Quod precario habes,* si non habeat, non tenetur. Neque enim quæritur in hoc interdicto, aut spectatur, an pupillus sit obligatus, sed an rem habeat. Ex hac quoque varietate formularum nascitur alia differentia inter precarium, & commodatum. Heres commodatarij, sicut heres depositarij, tenetur actione commodati & depositi ex dolo, vel culpa defuncti, etiamsi ad eum nihil peruenerit, *l. ex deposito, de obligat. & act. l.* 7. *§.* 1. *depos.* heres autem eius, qui precario rogauit, non tenetur interdicto de precario, nisi quatenus ad eum peruenerit, id est, quatenus habet, iuxta formulam interdicti. Hæc est ratio *l.* 8. *§. vlt. de precar.* Quod autem iuris est in pupillo regulariter, vt commodati non teneatur: sed si res extat, teneatur ad exhibendum, & rei vindicatione, Paulus in hac *l.* 2. scribit, idem esse in furioso: & plane idem est: sed in furioso multo magis, & nullo casu excepto, vt recte hoc loco Albericus, & Angelus notant: Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, ne curatore quidem auctore, *l.* 5. *de reg. iur. l.* 1. *§. pen. de obligat. & act.*

Ad leg. 15. eod.

Commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus: tametsi scientes alienam possidemus.

Sequitur in l. 15. ex eodem libro Pauli, commodatum contrahi non tantum rei nostræ, vt mutuum: sed etiam rei alienæ, quam bona, aut mala fide possidemus: si eam alij vtendam demus gratuito: commodatum omne est gratuitum, adeo vt & furi & prædoni, qui rem furto subreptam, aut vi ereptam commodauit, competat actio commodati aduersus commodatarium. & similiter depositi actio, si rem vi, aut furto subreptam deposuerit apud alium, *l.* 1. *§. si prædo, depos. l. non a iudice, de iudic.* itemque pignoratitia actio si pignorauerit, *l. si pignore §. si prædo, tit. seq.* Et ratio hæc redditur in *d. l.* 1. *§. si prædo,* quia interest furis, vel prædonis, vt sibi res commodata, vel deposita restituatur, eo quod domino rei tenetur actione, scilicet ad exhibendum & in rem. Dices: atqui non interest eius ex honesta causa. dicam: si fur, aut prædo sua interesse dicat, quod furti teneatur vel condictione quasi fur, aut prædio: tum non est dandæ actionis commodati, vel depositi honesta ratio, honesta causa, *l.* 12. *§.* 1. *l.* 14. *§. is autem & §. idem Pomponius, de furt. l.* 14. *naut. caupon.* Sed si dicat sua interesse, quod teneatur actione in rem, vel ad exhibendum, honesta ratio, honesta causa est, quia his actionibus tenetur, vt quilibet possessor, non vt fur, aut prædo, *l.* 12. *C. de furt.* Et hæc ratio verior, & dilucidior est, quam illa, qua vtitur Accursius in *d. l.* 1. *§. si prædo.* At recte Accursius consentiens cum Ioanne & Azone refellit eos, qui etiam furi, & prædoni aduersus commodatarium, vel depositarium dant rei vindicationem quasi dominis, qua sententia nihil est absurdius. Quid ita? Quia fur tibi rem furtiuam quasi suam commodauit vel pignorauit, vel deposuit, quia se pro eius rei domino aduersum te gessit, & sibi igitur aduersus te parauit rei vindicationem. Quis hoc dixerit? Quod & omnino pugnat cum hac leg. 15. & similibus, quæ dicunt, rem alienā recte commodari etiam a fure, vel prædone, aut deponi, aut pignorari, non quidem vt domino rei præiudicium fiat, quod non potest, sed vt, quantum ad ipsos contrahentes attinet, obligatio consistat vltro, citroque. Nec ab huius sententiæ assertoribus quicquam faciunt leges, quibus nituntur, *l.* 1.

l. 1. *C. de non numer. pec. l. nec creditores, C. de pignor. act. l. pen.* §. *sed hæc super illis C. de præscript. trig. ann.* Nam in specie illarum legum, vindicatione agit non fur, aut prædo: sed verus dominus rei, vt in *l.* 1. *& l. nec creditores*, aduersus eum qui rem suam pignorauit, sicut in *l.* 2. *hoc titulo*, aduersus eum, cui rem commodauit, & in *d.* §. *sed hæc super*, aduersus eum, qui vi deiecit priorem possessorem, quos omnes etiam *d. l. nec creditores, & d.* §. *sed hæc super*, ait agenti domino rei vindicatione non posse facere dominij controuersiam, puta opposita exceptione longi, aut longissimi temporis: nam & in *d.* §. *sed hæc super*, prior possessor, qui vi expulsus est possessione, quam longissimo tempore possederat, pro domino habetur, vt in eadem *l. pen.* §. *pen.* quod & sequens §. *sed hæc super*, ostendit. Qui possedit triginta, aut quadraginta annis, etiamsi mala fide, & sine titulo possederit, instar domini est: & si vi expellatur possessione, non debet ei in reciperanda possessione, in beneficio momentariæ possessionis quisquam præferri, nec antiquior dominus, vel creditor hypothecarius, quæ est sententia illius §.

Leg. 17. Commod.

In commodato hæc pactio, ne dolus præstetur, *rata non est.* §. 1. *Contraria commodati actio etiam sine principali moueri potest: sicut & cetera, quæ dicuntur contrariæ.* §. 2. *Si ex facto heredis agatur commodati, in solidum condemnatur, licet ex parte heres est.* §. 3. *Sicut autem voluntatis & officij magis est, quam necessitatis, commodare: ita modum commodati, finemque præscribere, eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (id est, postquam commodauit) tunc finem præscribere & retro agere, atque intempestiue vsum commodatæ rei auferre: non officium tantum impedit: sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium inuicem. Et ideo inuicem propositæ sunt actiones, vt appareat, quod principio beneficij ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti in mutuas præstationes, actionesque ciuiles, vt accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoauit: Neque enim impune peritura deseret. Suscepisset enim fortassis alius, si is non cœpisset. Voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti vt debitor mihi caueret; non recte facies, importune repetendo: Nam si negasses, vel emissem, vel testes habuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti. deinde protraxisti: aut etiam sciens vitiosa, commodaueris. Adiuuari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium vtile esse, dicendum est.* §. 4. *Duabus rebus commodatis, recte de altera commodati agi posse, Viuianus scripsit. Quod ita videri verum si separatæ sint, Pomponius scripsit. Nam eum, qui carrucam puta, vel lecticam commodauit, non recte acturum de singulis partibus.* §. 5. *Rem commodatam perdidi, & pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait, contrario iudicio, aut rem mihi præstare te debere, aut, quod a me accepisti reddere.*

INitio legis ostendit hanc pactionem additam in commodato contrahendo, *ne dolus præstetur a commodatario*, non valere, quia est contra bonos mores, & contra negotij naturam, quod negotium est bonæ fidei: ne culpa præstetur, pactio valet, *l.* 5. §. *interdum, hoc tit.* Culpæ præstatio adesse, vel abesse potest salua & incolumi natura contractus: doli præstatio abesse non potest, salua natura contractus, qui bonæ fidei, quia nihil est magis contrarium bonę fidei quam dolus.

Ad §. 1.

NOtandum est, duplicem esse actionem commodati, directam, quæ commodatori, & contrariam, quæ commodatario ex diuerso siue ex contrario, vnde nomen datur. Directæ autem nomen ex eo est, quod sit principalis actio. Et inde in hoc §. 1. contrariam actionem commodati, quamuis hoc nomen eius ferre non videatur, moueri posse sine principali, id est, sine directa: sicut & contraria tutelæ, vel pigneratitia, vel contraria negotiorum gestorum, vel contraria mandati, vel depositi moueri, & intendi potest, etiamsi is, cuius in iis negotiis potior & superior causa est, non agat directo. ex his negotiis, inquam, nascitur actio vltro citroque: sed ex vno latere directa, ex altero contraria, quia potior est causa eius qui deposuit vel commodauit, vel eius ad quem tutela, negotiaue gesta pertinent, vel eius qui rem pignorauit, quam sit, vel tutoris, vel gestoris, vel mandatarij, vel depositarij, vel commodatarij, vel creditoris. ex aliis negotiis actio est vltro citroque directa, vt ex societate, ex emptione, venditione, locatione, conductione, quia par est vtriusque contrahentis causa, nec alius alio potior esse intelligitur. Qua de re consule caput 2. *obseruationis* 9. Pergamus ad reliqua.

Ad §. si ex facto.

EX hoc §. notandum est, singulos heredes commodatarij, hac actione teneri pro portionibus hereditariis ex facto defuncti, puta si defuncti dolo vel culpa res commodata perierit, etiamsi ad eos nihil peruenerit, vt ante dixi. Denique ex facto defuncti teneri singulos pro parte hereditaria. Ex facto autem proprio, vt heic Paulus ait, id est, ex dolo proprio, vel ex culpa singulos teneri in solidum, non pro parte, quod confirmatur etiam *l. in depositi, infra, depos.*

Ad §. sicut.

VOluntatis nudæ, & officij est commodare, non necessitatis. Initium omnium contractuum est voluntarium. Aristoteles in 5. Ethicorum, ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων ἑκούσιος. Verum postea contractus conuertuntur in necessitatem, in obligationes, in præstationes necessarias & mutuas, adeo vt quem dominus, vel is, qui rem commodauit, (nam & non dominus potest rem commodare) quem modum, finemue præscripsit commodato, postea mutare, aut intempestiue rem commodatam reuocare, non possit. Quod & in mandato procedere, & negotiis gestis hoc loco ostenditur: voluntatis esse mandatum suscipere, necessitatis consummare. Confert negotium gratuitum cum gratuito: Nam & mandatum & commodatum sunt negotia gratuita. Negotium alienum, quod quis semel susceperit, vel vltro, vel ex mandato, ab eo non impune deseri, vt *l. si mandauero* §. *vlt. mand.* forte enim, vt ait, alius suscepisset, si ipse non cœpisset gerere negotium alterius. Itaque periturum negotium, quod inchoauit, impune non deserit. Vnde, quo exemplo vtitur, si pugillares tabulas mihi commodaueris, vt in eis debitor mihi sua manu caueret, mox eas reuocaueris importune, antequam debitor mihi cauisset suo chirographo, eo nomine mihi teneris actione commodati contraria, in id quod interest: quia si negasses ab initio, ego vel emissem pugillares, quibus mihi debitor cauisset, vel in cedendo, inquit, testes adhibuissem, qui locus est valde notandus. Nam ex eo apparet, chirographis veteres nõ solitos testes adhibere. Chirographum faciebat fidem etiam sine testibus. Item si ad fulciendam domum mihi tigna commodasti, deinde ea protraxisti, id est, repetiisti, & retraxisti priusquam ædificio adaptarentur: aut si sciens tigna esse vitiosa, ea mihi commodasti, similiter eodem nomine mihi teneris actione commodati. Quia vt eleganter ait, commodatum beneficium est: est enim gratuitũ, & adiuuari nos beneficio opor-

tet, non decipi. Quæ sententia est elegantissima, & confirmatur *leg. ad res, in fi. de adilit. edict.*

Ad §. Duabus rebus.

Sequitur in §. *pen.* Duabus rebus diuersis, & seiunctis commodatis recte agi aduersus commodatarium de vna tantum re, si velit, protrahenda, & reuocanda, si res separatæ sint, vt dixi: nam si carrucam commodauerit, vel lecticam, non recte agit de singulis partibus protrahendis, quibus constant: quia nec singulas res commodauit, nec singulæ proprie partes esse intelliguntur lecticę vel carrucæ. Eademque ratione si nauem commodauit, non recte aget de singulis tabulis: Si domum, (nam & domus commodari potest, *l. 1. §. inter, hoc tit.*) non recte aget de singulis cæmentis, vel tignis, vel columnis, quæ exempla credo ad exemplum lecticæ, & carrucæ hoc loco addidisse Paulum: idque colligo ex *l. 36. de euict.* quæ est ex hoc libro, & docet, quæ est eadem ratio, etiam naue aut domo vendita, singularum tabularum, singulorumue cæmentorum nomine, si euincantur, postquam exempta fuerint ædificio, forte ex stipulatione duplæ venditorem non teneri, quia nauem vendidit aut domum. Et singulæ tabulæ domus aut nauis partes non sunt. denique singulæ illę res venditę, aut rei venditæ partes esse non intelliguntur. Et ideo de euictione earum rerum nomine venditor non tenetur, quia nec quota pars euicta sit rei venditæ sciri potest. Ita porquam apte l. 36. coniungetur cum hoc §. penult.

Ad §. vlt.

In §. vlt. hoc tantum proponitur, commodatarium rem commodatam perdidisse culpa sua, & conuentum a domino, a commodatore ei præstitisse æstimationem rei sua culpa amissæ, postea rem peruenisse ad commodatorem. Quid fiet? an & rem habebit, & æstimationem rei? Hoc bona fides non patitur. Et ideo contraria actione commodati vel litis æstimationem restituere debet vel rem præstare, quam postea recuperauit: qui litis æstimationem accepit, vendidisse rem videtur, *l. 5. §. 1. hoc tit.* Ita quidem, si eam habuerit commodator, & a commodatario oblatam rei æstimationem acceperit, non si eam perdiderit commodatarius: tum eam non intelligitur vendidisse, sed culpæ pretium tulisse tantum. Et ideo recte Accursius sentit in hoc casu, in electione esse eius, vel vt rem præstet, quę postea ad eum peruenit, vel rei æstimationem quam accepit, restituat. Si pro venditore haberetur, abscisse teneretur ad rem præstandam commodatario. Atqui nego illum haberi pro venditore, quia ab eo accepit litis æstimationem, qui rem perdiderat, qui rem penes se non habebat. Sequitur nunc edictum de pigner. act.

Ad leg. 14. De pignerat. act.

Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur.

Libro 29. ad edictum tractauit Paulus tertio loco, de edicto, & actione pigneratitia, quæ, vt commodati actio, etiam est duplex. Directa, quæ debitori datur soluta omni pecunia pignoris reciperandi gratia, & contraria, quę datur creditori pigneratitio ex certis causis. Actio constitutæ pecuniæ, de qua priore loco egit in hoc libro, simplex est, ex parte creditoris tantum, non ex vtraque parte duplex, sicut nec ex mutuo, vel ex promutuo, vel ex stipulatu, condictio certi vel incerti, de quibus egit libro superiore. Actio commodati, itemque actio pigneratitia duplex est. ex parte eius, qui commodauit, vel pignerauit, quæ pars est pensior & principalior est, directa: ex parte commodatarij, vel creditoris pigneratitij, contraria. Et in vtramque quidem directam actionem, vel commodati, vel pigneratitiam, venit dolus & culpa commodatarij, vel creditoris, & custodia eiusdem, *l. 13. §. vlt. hoc tit.* At hoc interest, quod in directam commodati venit omnis culpa, etiam leuissima, quia eius solius plerumque, qui vtendum rogauit, vtilitas in commodato versatur. In directam autem pigneratitiam, quia vtriusque contrahentis vtilitas versatur, tam debitoris scilicet, quo magis ei pecunia credatur, quam creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, non omnis culpa venit, non certe leuissima. Et hoc Paulus significat in *l. 14.* quæ est ex hoc libro, dum ait, *ea quæ diligens paterfamil. in suis rebus præstare solet, & creditorem præstare debere in conseruando pignore sibi tradito. quæ diligens,* inquit, *paterfamilias.* Loquitur proprie, non dicit, *quæ diligentissimus,* sed *quæ diligens.* Quæ igitur mediocriter diligens. vt in *l. si pignore §. vlt. inf. eod.* Longe aliter, quam commodatarius, a quo ea, quæ diligentissimus paterfamilias præstare solet in tuendis, seruandisque rebus suis, exiguntur, *l. in rebus, commod.* Diligentia diligentis patrisfamil. respondet culpæ leuissimæ. Custodia autem, & diligentia idem est, & venit ea quidem in vtroque negotio, quia non hoc tantum exigitur a commodatario, vel a creditore, ne sit negligens: sed vt sit diligens, & attentus in conseruanda re commodata, vel pignerata. Verum longe maior, attentior, accuratior diligentia, custodia a commodatario exceptis quibusdam casibus, quam a creditore desideratur. a creditore desideratur exacta diligentia, *§. vlt. Institut. Quib. mod. re cont. oblig.* a commodatario exigitur exactissima, *l. 1. §. is vero, de obl. & act.*

Ad leg. 16. eod.

Tutor lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est & in curatore adolescentis vel furiosi. §. 1. Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam vel alij pigneratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamuis & stellionatus crimen committat. Sed vtrum ita demum si scit, an & si ignorauit: Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia. Quantum ad contrarium iudicium ignorantia eum non excusat, vt Marcellus libro 6. Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit. §. 2. Etiam vectigale prædium pignori dari potest, sed & superficiarium: quia hodie vtiles actiones superficiariis dantur.

Lex ait, tutorem pupilli, si in rem eius siue negotia pecuniam mutuam accipiat, & rem pupilli pignori det: Itemque curatorem adolescentis, vel furiosi, si in rem adolescentis, vel furiosi pecuniam accipiat, & rem eiusdem creditori pignori det, tuendum esse, inquit, id est, tuendum esse pignus a prætore, vt in *l. 18. §. vlt.* similiter ait, *seruus si rem peculiarem pignori dederit, tuendum est.* Et hoc, vt Paulus ait in *hac l.* si lege non refragante tutor, vel curator rem pupilli, vel adolescentis, vel furiosi pignori dederit. Quid hoc est *lege non refragante*? Nempe si pignori dederit rem mobilem: nam rem immobilem sine decreto prætoris dare non potuit, quoniam id verat SC. siue oratio Seueri, *de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt non alien. vel pigner.* quod est de rebus immobilibus. Lex igitur hoc loco pro SC. vt in lege *lex. C. de administr. tutor.* Hoc est apertissimum.

Ad §. 1.

Sequitur in §. 1. creditori decepto in contrahendo pignore dari contrariam actionem pigneratitiam in id, quod

quod intereſt, vt in *l. ſi in pignore, de fideiuſſ.* vt puta, ſi debitor ignoranti, & imprudenti creditori rem alienam, vel rem ſuam alij priuato homini, vel etiam publico, puta fiſco, aut Reip. obligatam, vel ſi hominem morboſum, nullius æris, ignoranti creditori pignori dederit, *l. 9. in pr. hoc tit. l. 6. C. ſi res alien. pign. data ſit.* forte contra fidem datam in contrahendo pignore, vt moris fuiſſe Demoſthen. ait aduerſus Locriti paragr. quod & hodie fieri ſolet, pactis pignorum inſeri, pignus quod datur eſſe liberum ἀνέπαφον, ſe nihil alij debere, neque debituros eſſe ſub eodem pignore. Eo igitur nomine, creditori ignoranti & circumſcripto, debitor tenetur contraria actione pigneratitia, ſiue ſciens, ſiue ignorans debitor, eam rem eſſe talem, pignori dederit. in danda contraria actione non ſeparatur ignorans a ſciente. Et hoc amplius, ſciens debitor rem eſſe alienam, vel alij obligatam, vel ſeruum, quem pignori dabat, eſſe morboſum, tenetur extra ordinem crimine ſtellionatus, tanquam varius, vt ſtellio.

Variis ſtellatus corpore guttis,

vt Ouidius ait 5. Metamorph. tanquam impoſtor, *l. 1. & 2. C. de crim. ſtellien.* Ignorans autem debitor talem rem eſſe, quam oppignerauit, crimine ſtellionatus non tenetur, in ignorantem crimen non cadit. Inhumanum eſſet ignorantem pœna affici, quæ improbitati propoſita eſt, quæ quidem nulla exiſtit in ignorante. Itaque in crimine ſtellionatus ſeparamus ſcientem debitorem ab ignorante, non etiam in contraria actione pigneratitia. Quia contractus fides exigit, vt ſaluum ius ſuum ſit creditori.

Ad §. vlt.

IN §. vlt. huius l. Paulus tradit, non tantum eam rem a nobis iure pignoris creditori obligari poſſe, quæ dominij noſtri eſt: ſed etiam eam rem, cuius alter dominus eſt, maxime ſi in ea re ius emphyteuticum, aut ius ſuperficiarium habeamus. Ius ſuperficiarium, quod ius ἐμβατευτικὸν dicitur in *l. 3. §. ſi ius, de rebus eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt.* Ius emphyteuticum eſt ius excolendi, exercendi prædij alieni in perpetuum, domino præſtito vectigali annuo. Ius ἐμβατευτικὸν eſt ius conſidendi, & habitandi ædificium in alieno ſolo poſitum, præſtita quotannis mercede, quæ merces vulgo dicitur *ſolarium.* Et hoc quoque ius conſtituitur in perpetuum, ita vt perpetuo mihi habitare liceat in ſuperficie ædium tuarum, præſtito annuo ſolario, ſicut appellatur in *l. 2. §. ſi quis nemine, ne quid in loco publ. l. etiam, qui potior. in pign. hab. l. cum ſeruus §. heres, de leg. 1.* Symmachus 4. epiſt. *ſoluere*, inquit, *ſolarium patris iuſſus eſt, taxatione pretiorum grauiter aggerata.* Res igitur non mea, in qua ius habeo ἐμφυτευτικὸν, vel ἐμβατευτικὸν, a me pignori obligari poteſt, etiam inuito domino. Res aliena, in qua nullum ius habeo, a me pignori obligari non poteſt, niſi conſentiente, aut ratum habente domino, *l. 20. in princ. hoc tit.* Ratihabitio domini ſufficit, quia retrotrahitur, & conſenſui comparatur. Sed ſi neque conſenſus, neque ratihabitio domini interueniat, res illa aliena pignori obligari non poteſt, id eſt res illa obligatione adfici non poteſt, pignori tamen dari poteſt, pignori obligari non poteſt. Facio differentiam inter obligari & pignori dari; ita ſcilicet, vt inter dantem & accipientem conſtituatur obligatio vltro, citroque. Nam & qui ignoranti creditori pignori dedit rem alienam, obligatur contraria actione pigneratitia vt docui ſupra, & qui accepit, ſoluta omni pecunia, obligatur directa actione pigneratitia, *l. 9. §. penult. l. 22. §. ſi prædo, hoc tit.* Et ſicut in *l. cum hic ſtatus §. ſi ſocer nurui, de don. inter vir. & vxor.* ſi ſocer nurui, vel conſocero nuntium remiſerit, inuitis filiis, qui matrimonio iuncti ſunt, matrimonij diſſoluendi cauſa, quod ad ipſos dicitur finitum eſſe matrimonium: ita dicere poſſumus, quod ad ipſos contrahentes rei alienæ pignus conſiſtere. vno verbo, perſonas contrahentium obligari, rem ipſam inuito domino non obligari. denique rem alienam pignori dari poſſe, non etiam pignori obligari. Rem, inquam, alienam, in qua nullum ius habemus. At prædium vectigale, in quo habemus ius emphyteuticum, ſiue prædium ἐμφυτευτικὸν, itemque prædium ſuperficiarium ſiue ἐνοικικὸν, vt Græci hoc loco loquuntur, etiam inuito domino emphyteuta vel ſuperficiarius pignori dare vel obligare poteſt, fretus hoc iure, quod in eo prædio habet, ſaluo ſemper vectigali, aut ſolario prædij domino, *l. etiam, qui pot. in pignor. hab. l. grege §. & in ſuperficiariis, de pignor.* Quia, & hac ratione vtitur Paulus in hoc §. *vlt.* etſi iure veteri, emphyteuticarij, vel ſuperficiarij non habeant rei vindicationem, quia non ſunt domini: hodie tamen ex conſtitutionibus eis, quaſi dominis datur vtilis vindicatio prædij emphyteutici, vel ſuperficiarij, atque etiam vtilis vindicatio ſeruitutis ei prædio debitæ, & aduerſus quemuis poſſeſſorem, etiam aduerſus dominum, *l. 1. §. vlt. ſi ager vectigalis, id eſt, emphyteuticarius petatur, l. ſuperficiario de rei vindic. l. in prouinciali §. vlt. de noui oper. nunt. l. ei qui, de ſeruit.* Itemque dantur eis & aliæ actiones, quæ non ſolent, niſi dominis dari, aliæ, inquam, actiones emphyteuticariis, & ſuperficiariis, quaſi dominis accommodantur, velut actio arborum furtim cæſarum, & actio aquæ pluuiæ arcendæ, *l. cadere §. vlt. arb. furt. caſ. l. quod principis §. 1. de aqu. plu. arc.* Ideoque & id prædium alienare, diſtrahere, vendere, legare, donare, vel extraneo, vel domino in eo predio vſum vel vſumf. vel aliam ſeruitutem concedere poſſunt quaſi domini, *l. 1. §. pen. de ſuperf. l. ſi domus §. vlt. l. 1. §. penult. l. ſi tibi §. vlt. de leg. 1.* Non mirum igitur ſi & id prædium etiam inuito domino pignori obligare poſſint, ſuo iure freti, quod in eo prædio habent, quodque dominio proximum eſt. Sed, quod maxime notandum, ſi forte iure commiſſi, puta ob non ſolutum vectigal, vt fit, prædium ad dominum redierit, prædium domino commiſſum fuerit, ius pignoris euaneſcit, *l. lex vectigali, de pignoribus.* Quod confirmatur etiam argumento *l. 3. Quibus modis pig. vel hyp. ſoluatur: & l. 4. §. ſed & Marcellus, de in diem addictione.* Quarum ſpeciem explicare erit perutile. Si fundus venierit ea lege, *vt ſi quis intra certum tempus, meliorem conditionem, vel vberius pretium offerret, fundus eſſet inemptus*, & traditum ſibi fundum emptor pignori dederit, poſtea meliore allata conditione, & fundo reuocato a priore emptore, pignus, quod prior emptor contraxit, finitur. Sed ſi, vt ſubiicitur *in dict. l. 3.* fundus vænierit hoc modo, *niſi emptori diſplicuerit intra illud tempus fundus tibi emptus eſto, niſi tibi intra biennium diſplicuerit*, & interim emptor fundum pignori dederit, ac poſtea ei emptio diſplicuerit, hoc caſu pignus non finitur, ne ſit in poteſtate eius finire pignus, quod ipſe contraxit, & decipere creditorem ſuum: Facto eius pignus perimi non poteſt. Priore caſu non perimitur facto eius, ſed facto venditoris, & eius, qui offert meliorem conditionem ingratiis emptoris, id eſt inuito emptore. Eademque ratione non finitur pignus, quod emptor contraxit, ſi poſtea rem emptam, & mox a ſe pigneratam creditori ſuo, redhibeat venditori ob vitium latens, vel morbum. Facto, id eſt, facto eius, quia facto eius non poteſt ius pignoris extingui: pignus igitur manet, quod contraxit emptor, ſi redhibeat rem. Ideoque & eam rem venditor, cui redhibetur, non aliter recipiet, quam ſi eam redhibeat omni pignore liberatam. Hoc oſtenditur *in l. bouem. §. pig. de ædilitio edicto.* Ex his vero rectiſſime, & peritiſſime Bartol. *in dict. l. 4. §. ſed & Marcel.* ita colligit: Si vendidi tibi fundum ea lege, vt eum mihi reuenderes poſt certum tẽpus, quæ lex recepta eſt, *l. 7. C. de pactis intervend. & empt.* nec vlla frequentior eſt, & tu interim acceptum fundum pigneraueris, deinde reuendere coactus ſis, interpellante debitore, pignus, quod contraxiſti, euaneſcit, non facto tuo, vt cernere eſt, ſed facto venditoris, qui fidem tuam appellat. At ſi vendidi fundum (eſt alia ſpecies) & in vendendo deceptus ſim ſupra dimidiam iuſti pretij, qua ex cauſa poſſum agere de reſcindenda venditione, ſi emptor non eligat

magis supplere, quod iusto pretio deest, *l.2.de rescin.vend.* A omnibus notissima. Si igitur cum in vendendo fundo deceptus essem supra dimidiam iusti pretij, emptor priusquam ob eam fraudem agerem de rescind. vend. interim fundum pigneravit: postea ex hac causa rescissa venditione, & revocato fundo, pignus non finitur, quia in potestate fuit emptoris supplendo pretio retinere fundum, quæ omnia perquam recte illo loco Bartol. tradidit, argumento superiorum legum. Verum ad hæc institui potest quæstio etiam perutilis, si fundus emphyteuticarius ad dominum redierit iure commissi, pignus finitur, vt diximus *d.l. lex vectig.* Quæro, an etiam pignus finiatur, quo emphyteuticarius contraxit, si fundus emphyteuticarius ad dominum redierit iure προτιμήσεως, vt vocant, iure prælationis, quod dominus semper habet, forte emphyteuticario fundum B extraneo alienare volente (nam ex *l.vlt.C.de iure emphyt.* dominus si velit eodem pretio emere, præfertur extraneo, quod ius προτιμήσεως, ius prælationis dicitur.) An igitur si iure prælationis fundus emphyteuticarius ad dominum redierit, an evanescit ius pignoris ante ab emphyteuticario contracti? Quod quidam putant, sed ratio aliud suadet. Et quæso attendite. Nam vt eodem pretio id dominus emit, iure prælationis extraneo excluso, ita par, & consequens est, vt & id eodem iure accipiat, quo extraneus accepisset, id est, cum sua causa, cum causa pignoris. Et ratio differentiæ inter ius commissi, & ius prælationis est manifesta. Commisso prædio ob tardam solutionem vectigalis est, quod imputetur creditori pigneratitio, cur non solverit vectigal pro debitore, vt sibi servaret pignus, quod & *d.l.* C *lex vectigali* significat illo loco, *Si in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessasset.* Prædio autem a domino ad se protracto iure προτιμήσεως, quod alij emphyteuticarius vendere parabat, nihil est, quod creditori imputari possit, quia nullum creditor huic rei impedimentum, nullamve moram afferre potuit, & non est cur amittat ius pignoris iure contracti. Et hæc sunt, quæ pertinent ad *l.17.* sequitur lex 18.*de pignerat. act.*

Ad l. 18. eod.

Si convenerit, vt nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est a pratore hac conventio, vt & te in exigenda pecunia, & D *debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicuius: id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.*

§.1. Si nuda proprietas pignori data sit: vsusfructus, qui postea adcreuerit, pignori erit. Eadem causa est alluuionis.

§.2. Si fundus pignoratus venierit: manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit.

§.3. Si quis cauerit, vt sylua sibi pignori esset, nauem ex ea materia factam, non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud nauis. Et ideo nominatim in dando pignore adiiciendum esse ait. Quæque ex sylua facta natave sint.

§.4. Seruus rem peculiarem si pignori dederit, tuendum est, si liberam peculij administrationem habuit. Nam & alienare E *eas res potest.*

SVnt etiam lex 18. & 20.*ex eod.tit.de pign.act.* quas ordine explicabo. Initio legis 18. ostenditur, debitorem creditori suo recte pignori obligare nomen, siue cautionem debitoris sui, eamque conventionem a prætore tuendam esse, data creditori vtili actione hypothecaria, qua id, quod debitori suo debetur, persequatur, vel a debitore debitoris, vel a debitore suo, si id iam ei solutum fit: & siue per eam actionem nummos exegerit, eos credito suo pari quantitate compensabit: siue rem exegerit, cum debitor debitoris certæ rei, certi corporis debitor erat, quia pecuniæ sibi debitæ cum re corporali inæstimata, quam exegit, compensatio nulla est, eam rem retinebit pignoris loco, quoad omnis pecunia ei soluta sit, quod confirmatur *l.grege.§ sed potest, & l.cum convenit, de pignor. & l.postquam, C.de hered. vel act. vend.* Quin etiam sub generali hypotheca, siue pignore omnium bonorum suorum, vel omnium suorum nomina debitorum debitoris, contineri ostendit *l.nomen.C.quæ res pig.oblig.poss.* Quod si debitor debitoris conventus iure supradicti pignoris, creditori creditoris soluerit, ac postea conveniatur a creditore suo, qui iam soluit creditori creditoris sui, tuendus erit, vt Paulus ait hoc loco, adversus creditorem suum, data exceptione doli mali. Itaque prætor duplici via rationeve, hoc genus pignoris tuetur: data actione hypothecaria adversus debitorem debitoris, & debito soluto creditori creditoris, data exceptione ei qui soluit, adversus creditorem suum. prætoris est pignora nominum tueri, quia nudo pacto constituuntur, non traditione, & de pignore ex pacto iure tantum prætorio nascitur actio, *l.si tibi §.de pignore.de pact. §. item Seruiana, Institut. de action.* Dixi ei, cui nomen sui debitoris debitor pigneravit, dari vtilem hypothecariam, quia *d.l.cum convenit,* evidenter ait, eum cum debitore debitoris agere pignoris iure. Ergo agere hypothecaria. Ac præterea nominatim eadem lex, sicut & *d.l.grege §.sed potest, & d.l.nomen,* ait, Creditori, cui debitor nomen debitoris sui pigneravit, dari vtilem actionem, sine alia adiectione, simpliciter. Et certissimum est, toto illo tractatu de pignoribus vtilem actionem passim accipi pro hypothecaria, quæ semper dicitur vtilis, quia est vtilis Seruiana. Ergo creditori, cui debitor nomen sui debitoris pigneravit, datur hypothecaria, non actio in personam, vt Acc. & Bartol. volunt, quia creditor in debitorem debitoris actione in personam non possit agere sine cessione actionis principalis, quæ debitori suo competit, ob id solum, quod nomen debitoris sui ei sit pigneratum. Si nomen ei sit datum in solutum, vel si sit ei venditum, aut legatum, aut donatum, datur ei vtilis actio in personam in debitorem debitoris, quia nomen in eum omnino transfusum, & translatum est, datur sine cessione, sine mandato. At quum nomen duntaxat pigneratum est, non potest ei dari vtilis in personam sine cessione. Idque ostendit *l. vlt.C.quando fisc.vel priu. debitor. deb.* Et consequenter, male idem Bartolus non recipit in hac specie Novellam Iustiniani quartam, quæ vult in primis agi in personam contra debitorem principalem, prius excuti debitorem principalem, quam agatur actione hypothecaria adversus extraneum. Refellit namque eum aperte *l. pen. C. eod. tit.* quæ nominibus debitoris fisco obligatis, quæ vtique semper fisco obligata intelliguntur, iure tacitæ generalis hypothecæ, quam semper fiscus obtinet, ait, prius excutiendum esse debitorem principalem. Qui ordo in fisco etiam ante Novellam Iustiniani semper observatus fuit. Et ex ea Novella observatur etiam in cæteris creditoribus omnibus. Ergo & in cæteris idem statuemus, vt prius hodie excuti debeat debitor principalis, quam nomen, quod is pignori obligavit. Et hæc sunt, quæ pertinent ad initium huius legis. Sequitur §. 1. huius legis.

Ad §. 1.

Si nuda proprietas pignori data sit, vsusfructus, qui postea adcreuit, pignori erit, &c.

IN §.1, ostenditur, ab eo, qui nudæ proprietatis dominus est, fundo pignori obligato, augeri obligationem, fundo maiore effecto per consolidationem vsusfructus. Idemque esse, si fundus maior effectus sit per alluvionem fluminis, *vt l.si fundus, in principio.de pignoribus.* Recte: nam & minuitur pignus fundo maiore effecto. siue enim maior siue minor fundus effectus sit, is est fundus, qui pignori obligatus est. Augmentum vel diminutio subiecti id non perimit: sicut nec alteratio, nec mutatio loci, nec mutatio domini. Et hoc quidem, quod dico de mutatione domini, per eam scilicet non perimi causam pignoris, id subiicitur statim

statim in hac *l.* §. *si. fundus.* fundum scilicet pigneratum a debitore alienari, id est, mutari eius dominium cum sua causa, id est, salua pignoris causa, nisi scilicet creditor alienationi consenserit, vt *l.alienatio.de contrah. empt.l.* 15. *C. de pignor. l.* 12. *C. de distract. pignor.* Subiicit in hoc §. *si fundus.* sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit. Sensus hic est. Ancilla prægnante pignori obligata, partum quoque pignori esse, quamuis natus sit post venditionem ancillæ, quia & retro in vtero matris partus intelligitur pignori esse, & mater in emptorem transit cum sua causa, cum causa pignoris, *l.* 1. *C. de partu pignoris.* Vnde quæro. Quid si ancilla non prægnans pignori obligata sit, an etiam si postea conceperit, partus ex ea editus, pignori erit, licet de eo specialiter nihil conuenit? Et vt breue faciam, siquidem apud debitorem vel heredem eius peperit, vel apud creditorem, partus pignori esse censetur, quia in bonis debitoris fuit. Sed si apud extraneum, veluti apud emptorem conceperit, & pepererit, quia partus nunquam fuit in bonis debitoris, non erit pignori. Et hæc distinctio proponitur in *leg. Paulus. §.* 1. *de pignoribus.* Idem seruatur fere in fructibus rei pignoratæ. Partus ancillæ non est in fructu: operæ, ancillæ, vel serui, & mercedes operarum sunt in fructu. Fœtus quoque pecorum, & pensiones prædiorum sunt in fructu, & fructus quidem rei pigneratæ, de quibus nominatim non conuenit, vt pignori essent, a debitore percepti, vel herede eius, tacito iure pignori esse creduntur, *l. grege. in princip. de pign.l.* 3. *C.in quibus causis pign.vel hypoth. cont.* A creditore autem perceptos fructus secum ipse creditor pensat in sortem, & in vsuras. *l.*2.*C.de pignor.act.l.*1.*C.de distract.pig.l.*9.*de pignor.*

Ad §. pen.

AD hæc in §. *penultimo huius legis*, ostenditur, si sylua sit pignori obligata, materiam eius syluæ omnem, arbores omnes esse in pignoris causa: nauem vero, vel arcam ex ea materia, arboribusve confectam, non esse in pignoris causa, quia non nauis, sed materia pignerata est, a qua longe diuersa est nauis, & ideo in syluæ pignore contrahendo nominatim adiiciendum esse ait, *quæque ex sylua facta natave sint.* Nata, vt fructus: facta, vt arcæ, naues, armaria, tigna, trabes. Itaque mutatione rei extingui pignus videtur, puta si ex materia pignerata fiat nauis, eius materiæ pignus extinguitur. Quod pugnat omnino cum *leg. si fundus*, §. *si res*, *de pignor.* quæ nominatim mutata re pignerata his verbis vtitur, vt si ex domo pignerata factus sit hortus, vel si ex area pignerata domus aut vinea, pignus non interire ait. Quid dicemus? Distinguenda sunt mutationis genera. Mutatio, quæ parit nouam speciem, & priorem perimit, quæ pignori nexa erat, proculdubio pignus perimit. Et hæc mutatio fit, cum ex materia, ex cupressu, vel pinu fit nauis, vel arca, *l. sed si ex meis, de adquir.rer.dom.* Cupressus igitur vel pinus pignori esse desinit. Idem omnino est, si ex sylua fiat nauale. Idem si ex lana pignerata fiat vestimentum. Idem si ex marmore pignerato fiat statua. Hæc mutatio perimit priorem speciem, & parit nouam. Mutatio vero, quæ rem auget, vt si loco puro imponatur ædificium, aut vinea: si ex arbore fiat arbustum, vitibus, vineis consitum, vel mutatio, quæ rem minuit, vt si ex domo fiat hortus, vel si domus ad aream redigatur, hæc, inquam, mutatio pignus non perimit, quia nec res, quæ pignerata est, eiusve rei portio maxima perimitur *l.* 12. *hoc tit.l.Paulus* §. *domus, & d. l. si fundus.* §. *si res, de pigno.* nempe solum quod maxima est portio domus, vt ait *lex qui res.* §. 1. *de solut.* diruto ædificio non perimitur: solum item puro imposito ædificio non perimitur. Et ita sunt distinguenda mutationis genera. Quæ mutationis distinctio etiam seruatur in legatis: nam si ex lana legata vestimentum fiat, vestimentum non debetur. *l. lana, de l.* 3. nisi legatarius probauerit durasse voluntatem testatoris. *vt in seruum.* §. *si pocula de leg.* 1. Et syluæ materia legata nauis ex ea facta non debetur. *d.l.lana. & l. Seruius, eodem titul.* Marmore legato, statua ex eo facta non debetur. *l. quæsitum.* §. *illud. de leg.* 3. At si areæ siue solo legato domus imposita sit, domus debetur, *l. si areæ, de leg.* 2. Forte & domo legata e contrario si ad aream reciderit, ex voluntate testatoris area debebitur. Quin & massa argenti legata possunt scyphi ex ea facta deberi, *vt ait d.l.lana.* Itemque pari ratione ære legato, possit statua ex eo facta deberi. Quod & de scyphis factis ex massa pignori obligata, vel de statua, facta ex ære pignori obligato, dici possit, propria & speciali ratione quadam: quia, vt eleganter ait *d. l. quæsitum.* §. *illud, eaque talis naturæ sunt* (ratio est physica) *vt sæpius in sua possint redigi initia, ea materiæ potentia victa nunquam vires eius effugiunt.* In his scilicet rebus præualet materia, cuiusmodi sunt vasa argentea, vel statuæ æneæ, namque redigi possunt ad rude æs, argentumve, quod fuit ante, quæ ratio etiam posita ex contrario efficere possit, vt quæ redigi possunt, (hoc notandum) ad priorem formam, ea quoque eius formæ vires retineant, veluti vasa legata, aut pignerata, si conflata sint, & in massam vel laminam redacta, vt ea quoque massa sit in legati aut pignoris causa, quoniam ex ea rursus eiusdem formæ vasa refici possunt, atque reflari. Verum eæ mutationum distinctiones vix seruantur in vsufructu, quem facile quælibet mutatio rei, in qua vsusfructus constitutus est, extinguit, nisi sit permodica, veluti ex solo in vineam, vel contra: quælibet alia mutatio honesta, occasio est vsusfructus consolidandi, & confundendi cum proprietate, nullumque ius fragilius vsusfructus iure, quia & sui natura ad proprietatem suam, vnde prodiit, semper tendit & recurrit. Quo verbo & in hac re nostri auctores vtuntur, vsusfructus recurrit ad proprietatem, ad proprietatem properat. Sic fit vt massæ vsusfructus finiatur, si ex ea fiant vasa; & contra, item vt syluæ, si ex ea fiat nauale, vel si ex materia eius fiant naues, scaphe, arcæ, armaria, tigna, vt item domus finiatur vsusfructus, si solo adæquetur, quæ omnia ostenduntur in *l. quid tamen. quibus modis vsusfructus amittitur.* Hactenus duas tantum attigi mutationis species, vnam quæ fit ex non subiecto in subiectum, vt si ex arbore fiat nauis, fit enim ex non naue nauis; alteram, quæ fit ex subiecto in subiectum, vt si ex domo fiat hortus, vel si ex area fiat vinea. Est & tertia species mutationis, quæ fit ex subiecto in non subiectum, vt si nauis dissoluatur tota, quæ omnium summa mutatio est, mors nempe interitusve subiecti: vt cum ex homine fit puluis, aut cinis ex ligno. Ideoque hoc genus mutationis, non tantum vsumfructum, sed etiam pignus, & legatum extinguit. *d.l.lana.* Ex non subiecto in non subiectum mutatio non fit, vt doctor sapientum docuit. Pergamus ad reliqua.

Ad §. vlt.

IN §. vlt. huius l. ait, pignus contractum a seruo vel filiof. re peculiari creditori peculiario pignori data, in rem peculij non aliter, quam si habuerit liberam peculij administrationem, tuendum esse, quia & alienare potest. *l.*2.§. *pen.l.*11.§. *vlt.de reb.cred.* Si alienare potest, & multo magis obligare. Sic argumentatur *l.*1.*C.rem alienam gerentib. non interd.l.*9.§.1.*inf.de pig.l.vlt. C. eod.t.* Potest etiam, qui liberam peculij administrationem habet, pacisci, ne res peculiariter obligata pignori sit, ita scil. vt definitur in *l. sicut,* §. *pacisci. inf. Quibus mod. pignus vel hyp. sol.*

Ad l. 20. eod.

Aliena res pignori dari voluntate domini potest. Sed et si ignorante eo, data sit: & ratum habuerit, pignus valebit.

1. §. *Si pluribus res simul pignori detur, æqualis omnium causa est.*

2. §. *Si per creditorem stetit, quo minus ei soluatur, recte agitur pignoratitia.*

3. §. *Interdum & si soluta sit pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.*

LEx 20. non erit longi subsellij. Initio docet rem alienam non posse pignori obligari sine consensu domini. Hoc satis exposuimus in *l. 16. sup.* sed subiicit ratihabitionem domini sufficere, quia ratihabitio retrotrahitur, retro recurrit, & pro consensu habetur *vt in l. si fundus. §. 1. de pig.* nihil est amplius. In §. 1. docet vna eademque re pluribus simul pignerata, æqualem pluribus creditoribus, ex causis diuersis æqualem omnium causam esse, alterum altero non esse potiorem. Quod vtique verum est, etiamsi vna die pluribus eadem res pignerata sit. Quod maxime notandum est. Probatur id *l. si fundus. §. pen. de pig.* Quod fit eodem die, pro eo est ac si factum esset eodem momento, nec si mane vni eandem rem pignerauero, & vesperi alteri, alter altero potior est, quia pro eo est, ac si simul eam rem omnibus pignerassem: & inter contemporales non est ordo. In hanc rem valde facit *l. 6. de excusat. tut.* quæ docet duas tutelas vni eidemque delatas vno die, cum quæritur de excusatione danda ob numerum tutelarum, tum non apparere, vtra vtri anteponatur, non est prior numero vna potius, quam altera, quoniam ambæ videntur delatæ eodem momento, quæ delatæ sunt eodem die. Sed prætor eam in numerum tutelarum ex iis duabus imputabit, quam volet. Pretoris est, quam volet imputare in numerum trium tutelarum, vel quatuor: nostrum id non est, quia delatæ sunt ambæ eodem die.

Ad §. pen. & vlt.

IN §. pen. huius l. docet interdum directam pigneratitiam, quæ non solet competere debitori, nisi soluta pecunia pignoris recuperandi causa, interdum debitori competere, etiamsi non reapse soluerit pecuniam debitam: sed per creditorem steterit, quominus oblatam pecuniam congruo loco, & tempore acciperet, & postea pecunia sine culpa debitoris perierit. Periit enim creditori, & pro soluta habetur, eo quod in ea accipienda creditor moram fecit, *l. qui decem, de sol. l. 17. de constit. pecunia.* Contra in *§. vlt.* statim subiicit, interdum non competere directam actionem pigneratitiam debitori, etiamsi soluerit, vt puta si creditori pignus vendiderit in vicem debiti, quæ venditio pro solutione est, nec si postea debitum offerat, recte agit pigneratitia. *l. Titius h. tit.* Denique sicut in solutum datio pro venditione est *l. eleganter hoc tit. l. 4. C. de euict.* ita venditio ipsius pignoris, & traditio non accepto pretio, est pro datione in solutum, siue pro solutione naturali. Et nihil est præterea. Sequitur *l. 3. & 5. de exercit. act.*

Ad l. 3. de exercit. act.

Nec quidquam facere, quotam quisque portionem in naue habeat: eumque qui præstiterit, societatis iudicio a cæteris consecuturum.

NOtandum est ex contractu eius, quem quæstus faciendi causa tabernæ, officinæ, vel negotiationi præposuimus, vt ei rei vice nostra sedulus insisteret, qui proinde institor dicitur, nos qui præposuimus obligari, & teneri actione institoria in solidum, siue seruus sit noster, siue alienus, siue communis, siue liber homo is, quem præposuimus. Et eodem exemplo ex contractu eius, quem naui nostræ, quam in mari, vel in flumine exercemus, præposuimus propter quæstum vecturæ, qui etiam veluti institor quidam est, nec tamen proprie institor dicitur, quia non insistit, sed nauigat, sed dicitur magister nauis, ναύκληρος. Ex contractu igitur magistri nauis nos, qui magistrum naui præposuimus, in solidum obligari & conueniri posse actione exercitoria. Hæc actio nomen sumit a nobis, qui exercitores nauis sumus, qui exercemus nauem. Ille autem, quem præposuimus, est magister nauis. Actio autem institoria ab eo sumit nomen, quem præposuimus tabernæ quam exercemus, vel negotio quod exercemus, quia non potuit a magistro nauis actioni aptum imponi nomen. Itaque impositum est ab exercitore, non a magistro. Quod si plures simus, qui per magistrum nauem exerceamus, non per nos ipsos, quia tunc ex contractibus nostris pro parte tantum, quam in naue habemus, obligamur. *l. 4. hoc tit.* Sed si plures simus, vt dixi, qui per magistrum nauem exerceamus, is, qui cum magistro a nobis præposito contraxit, non agit in nos omnes actione exercitoria pro partibus, quas in naue habemus, sed eo non inspecto quotam quisque nostrum partem in naue habet, vnum ex nobis eligere potest, cum quo agat in solidum actione exercitoria, cæteris prætermissis, vt *l. 9. inf. h. t.* Et ratio hæc redditur in *l. 2. h. t.* quæ repetita est ex *l. & ancill. §. vlt. de pecul.* quia satis iniquum est, eum, qui cum vno contraxit, puta cum vno magistro nauis, destringi in plures aduersarios, quia iniquum est, inquit, vt qui cum vno contraxit, destringatur in plures aduersarios. Verum vt Paul. subiicit in hac *l. 3.* quod vnus nostrum in solidum conuentus actione exercitoria præstiterit, id actione pro socio vel communi diuidundo, actione pro socio, si exercitores sint socij voluntarij ex contractu societatis, actione communi diuidundo, si non sint socij ex contractu, id, inquam, hac vel illa actione a cæteris, quos solidum soluendo liberauit, pro parte eorum consequetur. Atque ita, si exitum rei spectas, singuli exercitores tantum tenentur pro parte quam in naue habent. Si huius iudicij potestatem spectas, singuli tenentur in solidum. Idemque seruatur in actione institoria, si plures institorem tabernæ præposuerint, nempe ex contractu institoris singuli in solidum tenentur, *l. habebat. §. vlt. & seq. de inst. act.* Idem etiam seruatur in actione de peculio. Si plures sint domini vnius serui, ex contractu serui singuli tenentur actione de peculio in solidum, ne, qui cum vno contraxerit, in plures aduersarios destringatur *l. noxal. §. vlt. & d. l. ancillarum. §. vlt. de peculio.* Verum si vnus conuentus in solidum, solidum præstiterit, quod amplius sua parte præstiterit, id a cæteris consequetur actione pro socio, vel communi diuidundo: idem ergo omnino seruatur in exercitoria & institoria actione, & actione de peculio. Verum, vt his actionibus singuli in solidum tenentur, id quidem non ideo fit, quia quod præstiterint, sint a collegis recepturi, vt diximus, quoniam hæc ratio per se sola nihil valet, *l. 171. de regul. iuris.* Sed prima & summa ratio hæc est, quia non est æquum, eum qui cum vno contraxit, puta cum vno institore, vel magistro, vel seruo vno, in plures aduersarios destringi, hoc est, occupari, diuisa vna actione in personas duas vel plures. Et eodem sensu Florus siue Lucius Annæus Seneca dixit libro 4. cap. 1. *destringere vrbem incendiis.* & Litus Liuius. 44. *populatione destringere copias regias.* At licet hæc sit summa & præcipua ratio, ei tamen non est aliter locus, quam si is, qui conuenitur in solidum, quod amplius parte sua præstiterit, a cæteris seruare & consequi possit actione pro socio, vel communi diuidundo. Nam his actionibus cessantibus singuli supradictis actionibus non tenentur, nisi pro parte sua, pro parte dominij, alioquin in damno versarentur, si tenerentur in solidum. Et hoc ostenditur in *l. idem erit, de instit. act.* quæ ita belle coniungi potest cum *d. l. 171.* quia sunt ex eodem auctore & libro. Species hæc est: Seruum meum tabernæ meæ institorem feci, & cum mercium causa quidam ei pecuniam credidisset, vita defunctus sum, duobus vel tribus heredibus institutis, & eidem seruo pure in testamento data libertate, neque seruus ille vnquam fuit communis inter heredes, neque merces, quibus seruus ille institit, communes illæ fuerunt ante aditam hereditatem. Itaque quidquid ante is seruus gessit, earum mercium nomine & causa, non venit in iudicium communi diuid. Quamobrem singuli actione institoria, quod & in exercitoria dici potest, vel etiam de peculio, vt ostendit *l. item cum test. & l. quæsitum. §. si cum ex parte, de peculio.* singuli, inquam,

inquam, his actionibus tenentur duntaxat pro parte hereditaria. nec obiici illis potest, quod sit iniquum eum, qui cum vno contraxit, destringi in plures aduersarios, quia imo non est iniquum, si conuento vno, & condemnato in solidum, ea res damno ei futura est, eo quod deficiat actio pro socio, quia heredes non sunt socij voluntarij, *l. vt sit inf. pro socio.* quodque deficiat actio communi diuidundo, quia neque commune eorum fuit negotium, cui viuo testatore seruus institit, neque seruus etiam ipse communis est aut fuit, cum libertate donatus sit, & iis actionibus deficientibus nulla alia actio superest. Et ita vero respondendum est, si quis legi 12. tabul. notissimæ, quæ vult ex contractu defuncti heredes teneri pro portionibus hereditariis, non singulos in solidum, *l. 1. C. si certum petetur.* si quis, inquam, huic legi 12. tabul. obiiciat hanc rationem, hocve B impedimentum, quod iniquum sit eum, qui cum vno contraxit, puta cum defuncto, destringi in plures aduersarios, quæ ratio tamen primo statim congressu neminem non perturbaret. Et hæc sufficiunt ad l. 3.

Ad l. 5. eod.

Si eum, qui in mea potestate sit, magistrum nauis habeas: mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero. Idem est ac si communis seruus nobis erit: ex locato tamen mecum ages, quod operas serui mei conduxeris: quia & si cum alio contraxisset, ageres mecum, vt actiones, quas eo nomine habui, tibi præstarem, quemadmodum cum libero, si quidem C *conduxeris, experieris. Quod si gratuitæ operæ fuerint, mandati ages. Item si seruus meus nauem exercuerit, & cum magistro eius contraxero: nihil obstabit, quo minus aduersus magistrum experiar actione, quæ mihi iure ciuili vel honorario competit. Nam & cuiuis alij non obstabit hoc edictum, quo minus cum magistro agi possit. Hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur. Si onus ex multis exercitoribus cum magistro nauis contraxerit: agere cum aliis exercitoribus poterit.*

Sequitur *l. 5.* cuius legis initium explicatu perdifficile est, & attentione opus est maxima. Finge: Seruum meum naui tuæ magistrum præposuisti, vel illo tibi præbente gratuitas operas mandatu tuo, rogatu tuo (*c'est tout vn*) vel illo locante tibi suas operas certa mercede, ego, D qui eius dominus sum, contraxi cum illo, propter nauigandi necessitatem aliquam, aut transuehendi merces meas necessitatem aliquam: ex eo contractu tu mihi teneris actione exercitoria, non quidem directa, quia ipse seruus mihi non obligatur, nec obligari potest vllo modo: sed mihi teneris vtili actione exercitoria, vt de actione institoria proditum est in *l. & ideo, de institor. act.* Idemque seruatur, vt ait, si seruum communem meum & tuum naui tuæ præposuisti magistrum, vel merci tuæ institorem feceris, & cum eo contraxerim: nam & ex hoc contractu mihi in te competit actio exercitoria vel institoria. At vt de seruo alieno tantum loquamur, de quo etiam sunt accipienda quæ sequuntur in hac l. illa verba, (*idem est, si communis seruus nobis erit*) includenda sunt veluti παρένθεσις vice versa, tu mihi teneris ex eo contractu, quem habui cum seruo meo, quem naui præposueras: vice versa, siue tu E gratuitis serui mei operis vsus fueris, eo naui præposito, tu mecum ex eo contractu mandati actionem habes de peculio, qui ei mandasti curam nauis tuæ, siue operas eius conduxeris, mecum habes, si quid tibi debeat ex ea causa, actionem ex locato de peculio, *vt d. l. & ideo*, ex locato, id est, ex locato conducto: vel, vt recte glossa, *ex locato*, id est, ex conducto, vt sæpissime in iure, quoniam intelligitur perfecta oratio ex locato conducto. Cæterum est ex conducto, sicut contra ex conducto nonnunquam, id est, ex locato, quia perfecta oratio est ex locato conducto. Si igitur operas serui mei conduxeris certo pretio, vt eum naui tuæ præponeres, si quid is tibi debeat ex ea causa, mecum agere

A potes ex locato de peculio, id est, ex locato conducto, sicut si liberi hominis conduxeris operas, quem naui præponeres, in eum tibi competeret, si quid ex ea causa tibi deberet, actio ex conducto, vel si gratuitas operas in ea te exhibuisset, actio mandati *l. 1. §. est autem, h. t.* Et quod dixi recte glossam hic interpretari ex locato, id est, ex conducto, id confirmat *d. l. & ideo* apertissime, quæ vocat actionem ex conducto eam, quæ hic dicitur ex locato. Hic igitur ex locato, sic accipe, ex locato conducto: nam qui conduxit operas, agit ex conducto, qui locauit ex locato. Additur in hac l. etiam te, qui seruum meum naui præposuisti, si seruus meus cum aliis contraxerit, dum nauem tuam exercet, atque adeo iure dominij mihi adquisierit actiones ex contractibus habitis cum aliis, te, inquam, aduersum me agere posse supradictis actionibus, mandati scil. vel ex conducto de peculio, vel vt tibi cedam actiones meas, tibi mandem actiones meas, teque procuratorem faciam in rem tuam, vt *l. 1. de instit. act. l. quod debetur, de pecul.*

Ad §. pen.

Sequitur alia species in *§. pen.* Seruus meus exercet nauem meam, vel nauem peculiarem, eique magistrum præposuit liberum hominem. Ego ipse nauigaturus, aut naui merces impositurus, cum illo magistro, quem seruus meus præposuit, contraxi: mihi non est aduersus seruum meum actio exercitoria, cum nulla domino cum seruo actio esse possit, nulla lis. Sed hoc casu aduersus magistrum nauis, cum quo contraxi, competit mihi actio ciuilis vel honoraria, pro qualitate negotij cum eo contracti: nam & si exercitor liber homo liberum hominem naui magistrum præposuerit, & cum eo contraxerim, liberum mihi est omissa actione exercitoria, aduersus exercitorem agere cum magistro ex contractu. Nam vt eleganter ait, hoc edicto non transfertur actio a magistro in exercitorem, videlicet, quum magister est capax actionis, sit liber homo, non seruus: sed adiicitur, & electio est creditoris, vel agere cum magistro principali actione ex contractu vel cum exercitore honoraria actione ex hoc edicto, *d. l. 1. §. est autem.* In fine legis docet, si plures sint, qui nauem per vnum magistrum exerceant, & vnus eorum, vnus ex exercitoribus cum illo magistro contraxerit, nihil impedire, quin illi cum cæteris exercitoribus sit actio exercitoria ex contractu magistri, quem iste præposuit, non solus, sed cum aliis: nam si solus præposuit, tum non potest, quia non habet, cum quo agat.

Ad l. 16. de instit. act.

Si cum villico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio: quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus præpositum habuero: non erit iniquum, exemplo institoriæ, actionem in me competere.

Finem dabit huic lib. *l. 16. de institor. act.* Quæritur exemplo institoris, vel magistri nauis, an etiam possit dici, dominum teneri ex contractu villici serui in solidum, quem præposuit agris, vniuersoque operi rustico? Is enim est villicus, qui præponitur agro, & omni operi rustico *l. 8. de instr. & instr. leg.* sicut ex contractu institoris vel magistri tenetur in solidum, an etiam ex contractu villici, qui & præpositus dicitur, tenetur in solidum? an hæc etiam præpositio illum obligat in solidum? Quod Paulus negat in hac l. 16. hac ratione, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur. Propter fructus percipiendos, Basil. hoc loco, ὡς ὑποδοχεὺς τῶν καρπῶν. *Villicus* quid est? susceptor fructuum, qui condendis & percipiendis fructibus præponitur. Hæc præpositio dominum non obligat in solidum: sed præpositio quæstuaria

tantum. *Quæstus* quid est? id quod venit ex negotiatione, ex mercatura, vel locatione, conductione. Id est quæstus proprie, *l. quæstus, pro soc.* Et præpositio illa obligat tantum in solidum, quę facta est quæstus causa, si tamen, vt subiicit, villicus etiam præpositus sit distrahendis mercibus, veluti distrahendis frugibus, quas perciperet, & aliis forte coemendis, vt Paulus ait 2. *sent. tit.* 4. ex quo loco explicanda est *l.* 5. §. 1. *de exercit.* Proculdubio ex ea causa dominus tenetur in solidum, si quid contraxerit cum aliis, quia non tantum est villicus: sed etiam institor. Is, qui præponitur fructibus percipiendis, & distrahendis, est plusquam villicus.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 4. de instit. act.

Cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces, & ibi vendant. Nec mutat causam actionis, locus vendendi emendive: cum vtroque modo verum sit, institorem emisse aut vendidisse.

SVperiore libro, cum egisset Paulus de actione exercitoria, hoc libro 30. primore loco agit de actione institoria, quæ eandem cum exercitoria causam habet. Nam & magister nauis quasi quidam exercendæ nauis institor est, adeo vt idem ius plerumque in vtraque actione valeat, quodque dicitur de vna, id dici etiam possit de altera. Quæ res facit, vt existimem superiore lib. non nisi adductum comparatione exercitoriæ actionis, non nihil etiam egisse Paul. de institoria actione in *l.* 16. *de instit. act.* Porro hoc libro primum dicturus de actione institoria, quæ ex contractu institoris in eum datur in solidum, qui institorem mercaturis aut redempturis faciendis præposuit, cœpit a definitione institoris: institorem esse eum, qui præponitur tabernæ, locoue ad emendum, aut vendendum, veluti pergulæ, quæ est appendix ædificij, sub qua & venum merces exponi solent. Et ita tabernam & pergulam coniungit *l. heres* §. *proinde, in fin. de iud.* Vel etiam institor est, qui sine loco mercaturis faciendis præponitur, sine vllo loco, vt *l.* 18. *h. t.* locus non facit institorem, forum non facit mercatorem: Nam & qui nullo certo loco consistunt: sed commeant per prouincias, obeuntes honestorum virorum domos, cum cista delicatarum mercium, ibique eas vendunt, ad hoc genus mercimonij siue quæstus immissi a magno mercatore quodam, etiam illi institores sunt *l.* 4. *h. tit.* quæ est ex hoc libro. Itemque circitores, qui circitantur ciuitatem vestis distrahendæ aut coemendæ, huic rei præpositi a vestiario negotiatore quodam, institores sunt *l.* 5. §. *sed & eos h. tit.* Vtroque enim modo verum est, eos vendidisse vel emisse. Docuit etiam hoc libro Paulus, tabernæ appellatione significari omnem locum, ergo & pergulam, omnem locum comparatum vænum exponendis, aut emendis mercibus, varij aut certi generis, veluti tabernam purpurariam, tabernam ferrariam, de qua *l. pen.* §. *quisquis, de leg.* 2. Definiunt etiam nomen tabernæ forte hoc modo, quod plerumque taberna fiat ex tabulis sectilibus, quæ axes & asses dicuntur. Et inde est in *l.* 184. *de verbor. sig.* ex hoc ipso Pauli libro, inde, inquit, *tabernacula & contubernales dictos esse.* Tabernacula, tecta castrensia, expeditionales, & subitas habitationes, vt Cassiodorus ait in psalmum 14. & milites, qui in eis versantur conturbernales dicuntur. Adde & adtubernalem dici habitorem contiguæ tabernæ. Sic est legendum apud Festum, contiguæ non continuæ. Exposita autem breuiter verborum significatione, mox Paulus transit ad rem ipsam, & inter cætera docuit in *l.* 6. *h. tit.* actionem institoriam in me dari, non tantum, si ego institorem præposuero: sed & si procurator omnium rerum & negotiorum meorum, qui generale mandatum habet, nam & hic institorem mercibus meis præponere potuit. Et is, quem præposuit, ego præposuisse videor. Is enim, qui est procurator omnium rerum, legitimus procurator dicitur, *vt Marc. Tullius, ait pro Cæcinna,* quasi pene quidam dominus, inquit, id est, alieni iuris vicarius. Ergo siue ego præposui institorem, siue procurator omnium rerum mearum, ex contractu eius in me datur actio institoria, & non in me tantum, sed etiam in procuratorem omnium rerum mearum, qui institorem præposuit, si actor hunc malit eligere, quia hic est alter dominus, & pro eo est, ac si duo præposuissent mercibus communibus, quo etiam casu in arbitrio actoris est agere cum quo volet in solidum, nec cogitur diuidere actionem in partes, quas in mercibus habet, vt docuimus in *l.* 3. *de exercit. act.*

Ad l. 17. eod.

Si quis mancipiis, vel iumentis, pecoribusve emendis, vendendisque præpositus sit: non solum institoria competit aduersus eum, qui præposuit, sed etiam redhibitoria, vel ex stipulatu duplæ simplæve in solidum actio danda.

1. §. *Si seruum Titij institorem habueris: vel tecum ex hoc edicto, vel cum Titio ex inferioribus edictis agere potero. Sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum Titio duntaxat agi poterit.*

2. §. *Si impubes patri habenti institores, heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit: dicendum est, in pupillum dari actionem propter vtilitatem promiscui vsus, quemadmodum vbi post mortem tutoris, cuius auctoritate institor præpositus est, cum eo contrahitur.*

3. §. *Eius contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus heres existat, dandam esse actionem, etiam Pomponius scribit. Non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.*

4. §. *Proculus ait, si denunciauero tibi, ne seruo a me præposito crederes, exceptionem dandam, si ille illi non denunciauerit, ne illi seruo crederet: sed si ex eo contractu peculium habet, aut in rem meam versum sit, nec velim, quo locupletior sim, soluere: replicari de dolo malo oportet, nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quæram.*

5. §. *Ex hac causa etiam condici posse, verum est.*

SEquitur in *l.* 17. *si quis mancipiis, vel iumentis, &c.* Initio docet eum, qui institorem præposuit mancipiis vel iumentis, vel pecoribns emendis, vendundis, si qua institor vendiderit, non tantum emptori teneri in solidum actione institoria ex empto, quæ principaliter ex contractu cum institore habito descendit, sed etiam si mancipia, vel iumenta, vel pecora ob morbum, vel vitium aliquod latens, sint in causa redhibitionis actione redhibitoria, nam & hæc ex eodem contractu venit *l. cum autem* §. *si seruus, de ædil. edict.* Itemque si euictionis interposita sit stipulatio duplæ vel simplæ, emptore scilicet stipulante, & institore promittente, secuta euictione, in me datur actio ex stipulatu in solidum. Est enim hæc stipulatio sequela emptionis, venditionis. Denique non tantum in me datur actio institoria ex empto, quæ principaliter ex contractu venit: sed etiam, quæ inde subnascuntur actiones, in me dantur, veluti redhibitoria actio, actio ædilitia, & actio ex stipulatione duplæ vel simplæ. Et hoc est, quod proponitur initio huius l. cui opponitur *l. si procurator meus* §. *vlt. de procurat.* quæ si procurator meus, cui mandaui causæ meæ defensionem,

stipulanti

ſtipulanti promiſerit iudicatum ſolui, ait in me non dari actionem ex ſtipulatu,ſed in procuratorem tantum,quamuis actionem iud cati ſatis conſtet in me dari, non in procuratorem *l. 4. de re iud.* Verum actio ex ſtipulatione iudicatum ſolui dabitur tantum aduerſus procuratorem, qui promiſit,non aduerſus me,qui idem non promiſi. Cur tamen datur aduerſus me actio ex ſtipulatione inſtitoris,quã ego non interpoſui? At in *d. l. ſi procurator meus §. vlt.* agitur de procuratore dato ad litem ſuſcipiendam, ad litem defendendam: hoc loco agitur de inſtitore præpoſito ad vendendum. Diſpares igitur ſunt,qui inter ſe conferuntur, procurator ad litem defendendam, & inſtitor ad vendendum. fac eos pares, fac ſcil. procuratorem datum ad vendendum, & reperies tum nihil procuratorem differre ab inſtitore. Nam ſi procurator datus,conſtitutus ad vendendum cauerit emptori de euictione, dominus quoque eius de euictione tenetur vtili actione exemplo inſtitoriæ actionis,vt nominatim ait, *l. Iulian. §. ſi procurat. de action. emp.* & confirmatur valde *l. liberto in prin. de neg. geſt.* Verum adhuc quæri poteſt, cur tamen ſi procurator datus ſit ad litem ſuſcipiendam & cauerit iudicatum ſolui, dominus non teneatur? vulgo Doctores omnes certatim tradunt, hanc eſſe rationem differentiæ, quia & dominus ſi feciſſet, quod procurator,vel inſtitor fecit,id eſt,ſi vendidiſſet, cauiſſet emptori de euictione, hoc eſt verum. Sed ſi per ſe cauſam egiſſet,non cauiſſet iudicatum ſolui, hoc vero eſt falſum: nam in iudiciis in rem & ipſe cauiſſet iudicatum ſolui,non in iudiciis in perſonam, *l. 8. & 9. iud. ſolui. l. Iulianus,qui ſatiſd. cog. l. qui ſe liti, de petit. hered.* Verior ratio,quæ hanc differentiam fecit, hæc eſt, quia merito imputatur procuratori dato ad litem defendendam, quod ſatiſdederit iudicatum ſolui,quod promiſerit, cauerit iudicatum ſolui,quia non a procuratore, ſed a domino ipſo litis interponenda fuit cautio pro procuratore,vt eſt euidenter expreſſum *in l. 10. iud. ſolui. & l. filiusfam. §. vlt. de procur.* debuit pro eo prius dominus cauere iudicatum ſolui, deinde procurator litem exequi.cur promiſit, quod promittere ipſe neceſſe non habuit? Circa hæc ſi quæras, quod etiam quærunt Doctores,quid inſtitor diſtet a procuratore, dicam multum intereſſe:non omnem inſtitorem eſſe procuratorem: ſeruum quidem alienũ vel liberum hominem, ſi inſtitor meus ſit, eſſe procuratorem meum, quia mandatu meo præpoſitus eſt,vnde & actio mandati naſcitur, *l. 1. & 11. h. tit.* ſeruum autem meum ſi inſtitorem fecero,non eſſe procuratorem meum. Seruo enim meo non mando ſed impero. Mandare eſt verbum precarium, quod non plus ſignificat,quam rogare,ſiue dicas rogo, ſiue mando: mandato das initium,& perficitur mandatum, ſi ille ſuſcipiat ſe facturum,quod rogaſti,mandaſtiue:contra vero, non omnis procurator eſt inſtitor, non certe procurator ad lites: nam inſtitor quæſtui faciendo tantum præponitur *l. 16. h. t.* Procurator etiam liti exequendæ,aut negotio quodam neceſſario exequendo abſque lucri, vel quæſtus ſpe.

Ad §. 1.

SEquitur hæc ſpecies in §. 1. Seruus alienus eſt inſtitor meus ex contractu,quem cum illo miſcuiſti, habes & in me actionem inſtitoriam ex hoc edicto, niſi priuſquam cum eo contraheres,ego vetuerim cum illo contrahi, quæ prohibitio facit,vt deſinat eſſe inſtitor, *l. 11. §. de quo, hoc tit.* Sed ſi non mutauero voluntatem, habes in me actionem inſtitoriam,habes etiam in dominum eius actionem ex inferioribus edictis, in me actionem inſtitoriam ex hoc edicto,in dominum eius actionem ex inferioribus edictis,veluti de peculio,de in rem verſo, quod iuſſu. Et hinc obſeruandum eſt in his libris ſeruari ordinem edicti perpetui. Datur enim prius actio exercitoria,inſtitoria & tributoria, quam actio de peculio,vel de in rem verſo,vel quod iuſſu, quæ in inferioribus edictis proponuntur. Quod etiam oſtendit *l. 2. de ſtatu hominum.* At rurſus finge, non ſeruus alienus,ſed ſeruus meus,eſt inſtitor meus, tu cum illo contraxiſti, eius rei ſcilicet nomine,cui præpoſitus eſt. Tu habes in me non tantum actionem inſtitoriam, ſed etiam actionem de peculio, vel de in rem verſo, vel quod iuſſu, aut ſi non habes in me inſtitoriam, vt quia prohibui, ne cum illo inſtitore deinceps quiſquam contraheret,& nihilominus contraxeris cum illo,habes ſaltem in me actionem de peculio,aut de in rem verſo *l. ſi quis ſeruum §. vlt. de pec. & in hac l. §. pen.* Cuius ſententia breuiter hæc eſt: denuntiaui, ne quis inſtitori meo pecuniam crederet, eius negotij cauſa, cui præpoſitus erat. Tu tamen ei pecuniam credidiſti,& agis in me actione inſtitoria. Defendam me hac exceptione,cuius formula extat in hoc §. *pen. ſi ille illi non denuntiauerit, ne illi ſeruo crederes.* Si ego tibi non denuntiaui,ne illi ſeruo meo crederes. Sed ſi ſeruus ille peculiatus ſit,ſi eam pecuniam, quam ei credidiſti, verterit in peculium, vel etiam ſi eam verterit in rem meam,tu aduerſus illam exceptionem oppones replicationem doli mali,quia dolo malo facit,qui ex aliena iactura lucrum quærit. Atque ita in hunc modum reduplicationis induces actionem de peculio,vel de in rem verſo, quæ etiam ceſſante actione inſtitoria ſemper competit.

Ad §. ſi impubes.

TRanſeamus ad §. *ſi impubes*, & erit finis. Impubes patri habenti inſtitores,heres extitit, & poſt mortem patris,cum inſtitoribus contraxerunt, qui non erant gnari mortis patris. Quæritur an ex eo contractu detur in impuberem actio inſtitoria? Et videtur prima facie non eſſe danda: nam vt prohibitione finitur officium inſtitoris, quod ante diximus, ita etiam morte domini, qui præpoſuit inſtitorem. Ergo non recte agunt cum herede domini, qui poſt mortem eius ſcientes cum inſtitore, qui iam deſierat eſſe inſtitor, contraxerunt. Mandatum finitur morte, eſt vox iuris collecta de populo: mandatum finitur morte. Diſpenſationem finiri morte, ſi quis ſit præpoſitus Calendario,id eſt,pecuniis fœnerandis,qui & inſtitor eſt,diſpenſatio finitur morte domini *l. eius qui in prouinc. de reb. cred.* Attamen placet hoc loco etiam in impuberem, cuius perſona dubitationem augebat, *vt in l. 11. hoc tit.* & multo magis in puberem, qui heres domino extitit,qui inſtitorem præpoſuit, dari actionem inſtitoriam, etiam iis, qui ſcientes mortem domini, qui inſtitores præpoſuerat,poſtea cum inſtitoribus contraxerunt:nam vt ait, vt poſt mortem tutoris, cuius auctoritate inſtitor præpoſitus eſt,iis, qui ſcientes mortem tutoris, cum eo inſtitore contraxerunt, datur actio inſtitoria aduerſus pupillum. Et vt reſpondeam rationi dubitandi, quam attuli ſupra, hoc dicendum ait eſſe propter vtilitatem promiſcui vſus. Refragari quidem regulam iuris,ſiue rigorem iuris,quia morte domini finitur officium inſtitoris, ſed nos hic agere, quod notandum, de inſtitore mercibus exercendis præpoſito, cuius officium vtilitas promiſcui vſus exigit, vt dicamus,morte domini non interire,id eſt,vtilitas & neceſſitas commerciorum. Commercium eſt promiſcuus mercandi vſus,qui & mutuus vſus Liuio 34. *Commercio*,inquit,*Græcorum Hiſpani gaudebant:huius mutui vſus deſiderium, vt Hiſpana vrbs Græcis pateret,faciebat.* Et l. 38. *Id opidum*, inquit,*multarum gentium fines contingit, quarum commercium in eum maxime locum mutui vſus contraxere.* Et ita promiſcuus vſus, *l. quamuis, C. de furtis* pro conſortio coniugali, & vtilitate neceſſarij vſus *l. pen. C. de hæreticis.* Ergo vtilitas commerciorum exigit, vt etiam pupillus teneatur ex contractu habito cum inſtitoribus, a patre mercibus præpoſitis,cui pupillus heres extitit,etiamſi, qui non ignari mortis patris,cum iis inſtitorib. poſtea cõtraxerunt, ne ſcilicet pupillo auferantur ingentia commoda, quæ ex actu inſtitorum ad dominos redeunt,ſi dixerit morte patris finiri inſtitorum officium. Itemque vt ſubiicit, multo magis dicendum eſt,ſi ante aditã hereditatem a pupillo vel furioſo cum

Paul. V

illis institoribus scienter contraxerint, quia tunc probabilius est eorum officium durare, quandiu nullus nouus dominus existit, quandiu iacet hereditas. Longe aliud dicendum est in dispensatoribus Calendarij, quamuis & ij institores sint: neque enim omnium institorum eadem causa semper: dispensatoris præpositi pecuniis mutuandis, aut fœnori occupandis, fœnoriue sumendis officium, finitur morte domini *dict.l.eius qui in prouincia.* Hoc loco agitur de exercentibus merces, quorum maior est necessitas in republica quam exercentium pecuniam. Imo præstaret nullos versari in Republica qui pecunias exercerent, & fœnori darent. Qua de re, si quid cupis amplius scire, adi, si libet Africanum ad *d.l.eius qui in prouincia*, hæc huic loco satis, abundeque sufficere videntur. In fine legis, quod est facillimum, ait, ei, qui præposuit institorem, etiam posse con- B dici, id est, cum eo, qui præposuit institorem, non tantum posse agi actione institoria in solidum, sed etiam perinde, ac si ipsemet contraxisset per se, non per institorem, posse cum eo agi certi condictione in solidum, quia iussu eius institor contraxisse videtur. *l.si institorem, de reb. cred.* Ergo aduersus eum, qui præposuit institorem, duæ patent actiones. Sequetur actio tributoria, die crastina.

Ad l. 4. 2. 6. & 10. de tribut. act.

L. 2. Vt tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat.

L. 4. Si pupillus, cuius tutor scierit, pubes factus, vel furiosus, sana mentis, dolo admittant, tenentur ex hoc edicto.

L. 6. Non enim hæc actio, sicut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed æqualem condictionem quandoque agentium.

L. 10. De peculio actione etiam cum emptore serui agi potest: tributoria non potest.

POst edictum de actione exercitoria, & de actione institoria Paulus interpretatus est edictum de actione tributoria, de qua sub eod. tit. sunt *l. 2. & 4. & 6. & 10.* quas hodie interpretabimur. Hæc actio tributoria, sane multum distat ab illis actionibus, ab exercitoria, scilicet, & institoria. Illæ actiones sunt de re merceve domini, hæc actio, quæ tributoria dicitur, est de merce peculiari, *l.11.§.pen.de instit. act.* Illis actionibus nos obligat præpositio, quia scilicet institorem merci, vel magistrum naui præposuimus: In hac autem actione tributoria nos obligat non præpositio, quia nulla interuenit: sed scientia, & patientia primum, quia scientibus nobis filiusfam. vel seruus, vel qui loco serui apud nos est in mercibus peculiaribus negotiatur. Deinde etiam distributio mercium, quam permissam nobis a prætore, non ex mente prætoris fecimus æquam, sed iniquam, & prauam dolo malo inter nos, cum & nobis filiusfam. aut seruus debuit, ex quarum causa, inter nos, inquam, & alios creditores ex causa mercium peculiarium, & inde nomen actioni tributoriæ, quod tributionem, id est, diuisionem siue partitionem coarguat & coerceat *l. 3. quando ex fact.tut.pup.* Itemque illis actionibus, exercitoria scilicet & institoria in patrem, vel dominum agitur in solidum, aut simpliciter dicamus in illis actionibus agitur in solidum ex contractu institoris, vel magistri, quia præpositio iussui comparatur. *l.si institorem, de reb. cred.* Actione autem tributoria non agitur in solidum, sed cum filius aut seruus domino vel patri debent, & aliis creditoribus, ex causa mercis peculiaris, pater vel dominus sui debiti partem fert ex mercibus pro rata, πρὸς ἀναλογίαν inter eum, & alios creditores facta diuisione mercium peculiarium. Iam habemus tres differentias. Sequitur 4. & vltima. Hæ actiones dantur etiam ex contractu liberorum hominum, & seruorum alienorum, quos scientes esse liberos, aut seruos alenos præposuimus naui, aut merci, tabernæ, A mensæ, negotio ad nos pertinenti, conductis eorum operis, vel gratuito nobis ab eis exhibitis. Hæc autem actio, quæ tributoria dicitur, non est, nisi ex negotio, quod in merce peculiari, scientibus nobis, vt diximus, gesserunt ij, qui erant in potestate nostra, puta filiifamilias aut serui, vel ex negotio, quod seruus alienus similiter in merce peculiari gessit, in quo vsumfructum habebamus, vel etiam ex negotio, quod quasi in merce peculiari gesserunt ij, qui nobis bona fide seruiebant, tanquam serui, quos nos bona fide possidebamus, existimantes, eos esse in potestate nostra, cum essent liberi, vel serui alieni. *l.1.§.vlt.hoc tit.* Verum in his omnibus personis, exigimus, vt merx peculiaris, in qua negotiati sunt scientibus nobis, ad nos pertinuerit. Filiusfa. potest habere mercem peculiarem ex causa castrensi, vel B quasi castrensi, quam constat non pertinere ad patrem. Item liber homo, aut seruus alienus, quem bona fide possidemus, vel in quo vsumfructum habemus, potest habere mercem peculiarem quæ ad nos non pertineat, vt puta, quam alius ei donauerit vel legauerit, vel quam ipse ex negotio gesto adquisiuerit. Hæc enim vel ad ipsum pertinet, si liber homo est, vel ad dominum proprietatis. Et duæ tantum causæ sunt, ex quibus merx peculiaris ad bonæ fidei possessorem, vel fructuarium pertineat, si eam mercem ex re possessoris, vel fructuarij parauerit, vel si eam parauerit ex suis operis *l. 10. & l.19.de adquir.rer.dom.l.hinc quæritur, de pecul.* Potest vnus idemque homo duplicis iuris peculium habere. Vnum quod pertineat ad proprietarium, alterum quod pertineat ad fructuarium, secundum superiorem C distinctionem. Et ob id recte Paulus in *l. 2. hoc tit.* quæ est ex hoc libro, ita demum ait actioni tributoriæ locum esse, si merx, qua supradictæ personæ peculiariter negotiatæ sunt scientibus nobis, ad nos pertineat. Alioquin nos hac actione teneri rationis non est. Et in hoc sane conueniunt superiores actiones institoria & exercitoria cum hac actione, quia sicut illæ fere non sunt, nisi de re aut merce, quæ ad nos pertinet: sic nec tributoria, nisi de merce peculiari, quæ ad nos pertinet. Et ad hæc maxime notandum, huic actioni locum esse in eum, ad quem merx peculiaris pertinet, & quo sciente, qui in eius potestate, vel quasi potestate erant, in ea merce negotiati sunt, si mercium peculiarium, vel rerum, aut pecuniarum ex eis redactarum, inter se, & creditores mercium peculiarium, dolo malo distributionem, quam D prætor eis permiserat, non fecerunt æquam, vti oportuit, pro rata portione eius, quod cuique debetur. Et hoc agitur siue intenditur hac actione, vt præstet, quod singulis creditoribus mercis peculiaris minus distribuit, quam oporteret, quodque sibi plus retinuit quam oporteret, & quod ex merce peculiari dolo malo auertit, vel distraxit, aut perire passus est, quod idem ex venditione mercium peculiarium pretium non exegit. Hæc igitur actio coercet dolum malum distributoris, diuisoris mercium, quod ostendit aperte *l.7.§.si cuius, & l.vlt.hoc tit. & §.introduxit, Instit.quod cum eo, qui in al.pot.* Et recte igitur *l.8.in fine, hoc tit.* tributoriam actionem non competere, nisi dolo interueniente, id est, praua distributione, quæ tamen eadem l.8. in initio ait, hanc actionem de dolo non esse, quod & verissimum est, neque enim recta est collectio. Hæc actio dolum coercet; ergo est actio E de dolo; non sequitur, & non esse etiam hanc actionem, quæ tributoria dicitur, actionem de dolo, ex eo apparet quod actio de dolo sit temporalis in eum, qui dolum admisit: finitur etiam iure veteri, & iure nouo biennio, at hæc actio tributoria est perpetua, *d. l. 8.* & quod actio de dolo, notissimum est, sit famosa, hæc actio non item. Aliud est igitur actio de dolo, aliud actio quæ dolum coercet. Et ita est explicanda lex 8. Hinc vero Paulus tradit in *l.4.hoc tit.* ex hoc libr. si tutore sciente seruus pupilli negotiatus sit in merce peculiari, vel curatore sciente seruus furiosi, & pupillus pubes factus, vel furiosus factus sanæ mentis, dolo malo iniquam distributionem fecerit inter se & creditores mercis peculiaris, eum teneri hoc edicto hac actione, quia hodie post pubertatem, vel post sanitatem receptam cœpit hæc actio nasci, & competere ex praua distributione,

distributione, quæ potuit etiam incidere in pupillum ipsum doli capacem, veluti proximum pubertati, si iniquam distributionem fecisset mercium peculiarium. *l.3.§.1.hoc tit.*

Ad l. 6.

Non enim hæc actio, sicut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium.

SEquitur l. 6. eiusdem Pauli. Hoc loco explicandum est nobis, quid hæc actio distet ab actione de peculio. Conuentus dominus, vel pater actione de peculio, ex contractu serui vel filiifam. habet priuilegium deductionis, nempe, vt primore loco sibi soluat, quod seruus aut filius debet naturaliter (ciuiliter non potest debere) & vt ante omnia deducat ex peculio, quod sibi seruus aut filius debet: & ex residuo quantulocunque, vtcunque satisfaciat creditoribus peculiaribus, vt denique primum sibi ipse soluat solidum, deinde reliquis, quantum feret quod restabit ex peculio. Hoc est priuilegium deductionis, quod priuilegium præfertur etiam omni alij priuilegio, *l. ex facto, de pecul.* Conuentus autem actione tributoria, in tributum, id est, in partitionem mercium peculiarium, pro rata sui debiti vocatur, veluti extraneus creditor cum cæteris creditoribus mercium peculiarium, nec habet priuilegium deductionis, *l.5.§.in tributum, hoc tit.* Quo genere fiet frequenter, vt sui debiti tantum portiunculam ferat, non, vt in actione de peculio, integrum debitum. Item dominus non tenetur de peculio, si nihil sit in peculio rei iudicatæ tempore: & nihil intelligitur esse in peculio, si quod est in peculio id absumat, vel exhauriat debitum patris, vel domini, cuius causa priuilegiaria est. Actione autem tributoria tenetur, si sit merx peculiaris, vel aliquid, quod eo nomine receptum sit, ex merce peculiari scilicet, veluti ex venditione mercis peculiaris. Iterum dico, actione tributoria tenetur, si sit merx peculiaris, vel quod ex merce peculiari redactum sit aliquid, quamuis nihil sit in peculio, veluti debito domini absumente peculium, in quo & merx peculiaris erat: atque ita fit tantum, vt sit, maneatque merx peculiaris, & peculium tamen non sit: denique vt alia sit æstimatio peculij, alia mercis peculiaris. Quod enim domino debetur, peculium minuit, vel absumit mercem peculiarem, in qua seruus sciente domino negotiatur, neque minuit, neque absumit, *l.1.in princip. & §. peculiarem, hoc tit.* Merx peculiaris est in peculio, (quis hoc non videt?) separatur tamen a peculio, & alio iure est, quam sit peculium. Et sic etiam legimus, aliam rationem esse peculij, aliam serui peculiaris, *l.1.& 5. de pecul. leg.* Seruo qui legatus est cum peculio, mortuo vel manumisso, vel alienato a testatore, & serui & peculij legatum extinguitur. Seruo autem cum vicario legato, qui est seruus peculiaris, ac postea mortuo, vel manumisso, vel alienato, legatum vicarij non extinguitur. Ratio differentiæ? Quia peculium est accessio serui. Perempto igitur legato serui, & perimitur accessio. At seruus peculiaris, seruus vicarius, non est accessio serui ordinarij, homo homini non est accessio, hoc dignitas hominis non patitur, inquit *l. iustissime, de ædilit. edict.* Vides quam igitur distet peculium a seruo peculiari. non mirum igitur, si peculium distat a merce peculiari. Sunt & aliæ differentiæ inter actionem tributoriam, & actionem de peculio. Actio de peculio datur etiam in dominum ex contractu serui, qui ignorauit, quid rerum ageret seruus quidve contraheret in peculio. Hoc est certissimum. Actio autem tributoria datur tantum in dominum scientem seruum negotiari in merce peculiari, nec prohibentem. Item, cui competit tributoria, competit etiam actio de peculio, si hanc malit eligere, & quandoque actio de peculio illi vtilior est, quam actio tributoria, vt ostenditur in *l.5.§.1.l.9.§.1.& l. pen. hoc tit.* Cui competit autem actio de peculio, sane non semper & tributoria competit. Tributoria tantum competit vno casu, si seruus sciente domino in merce peculiari negotiatus sit: actio de peculio innumeris casibus. Omnis negotiatio, omnis contractus serui, vel filiifam. inducit actionem de peculio: omnis negotiatio non inducit actionem tributoriam. Sed negotiatio tantum mercium peculiarium, quæ fit sciente & patiente domino *l.5.§. mercis.h.t.* Negotiatio quidem omnium mercium, quarumcumque, quæ fiat sciente domino, tributoriam inducit *l.1. §. licet, hoc tit.* Sed non & quælibet alia negotiatio. Item in actione de peculio totius peculij quantitas spectatur, *l. pen. h. t.* In actione tributoria id duntaxat spectatur, quod ex merce peculiari est, vel quod ex ea refectum est. *l. 5. §. non autem h. t.* Præterea si plures sint creditores, quibus seruus sit obligatus ex contractu, in actione de peculio melior est causa occupantis, *qui se fait payer le premier*, vigilantis, condemnantis dominum *du tout*, si peculium ferat, *l. si vero, de pecul.* In actione autem tributoria æqualis est causa omnium creditorum mercis peculiaris, nec refert quis prior, quis posterior agat tributoria: nam &, qui prior agere, & integrum forte debitum suum exigere præuortit, cessantibus cæteris creditorib. mercis peculiaris, cum cæteris postea emergentib. vocatur in tributum, id est, in partitionem mercium pro rata debiti. Hoc huius edicti æqualitas exigit. Et hæc differentia ex hoc lib. Pauli notatur in *l. 6.* Adijcitur ex eod. lib. alia, & breuissima in *l. 10. h. t.* cum emptore serui nouo domino, ex contractibus serui anterioribus factis ante emptionem, agi posse de peculio, siue venierit cum peculio, siue peculium statim emptor ei concesserit, *vt l. & ancill. §. si seruus, de pecul.* At cum emptore non potest agi actione tributoria, etiamsi scierit, ante venditionem seruum in merce peculiari negotiari, quia ea merx tum ad eum non pertinebat, & scientia eius temporis, quo dominus non fuit, ei nocere non potest, nec distributio etiam ad eum pertinet, qui tunc, quum negotiabatur seruus in merce peculiari, dominus eius serui, mercisve non erat. Et hæc sunt quæ pertinent ad has leges quatuor, quæ pertinebant ad actionem tributoriam.

Ad l. 5. Quod cum eo qui in aliena pot.

Si filiusfamilias, viuo patre, conuentus & condemnatus sit: in emancipatum vel exheredatum postea iudicati actio in id quod facere potest, danda est.

1. §. *Si filio exheredato, ex senatusconsulto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debebit, in quantum facere potest, sed in solidum condemnari, quia effectu quodammodo heres est.*

2. §. *Sed si coactus immiscuerit se, & restituat hereditatem: perinde obseruandum, ac si se abstinuisset.*

DEficientib. superiorib. actionib. exercitoria, institoria, tributoria, quæ ex contractu seruorum, filiorumve in patrem dominumve competere solent, quę scil. deficiunt, si serui, aut filiifa. institores, vel magistri mercibus, aut nauib. domini, vel patris facti non sint, & si in mercib. peculiarib. sciente patre, vel domino, negotiati non sint. Iis, inquam, actionib. deficientib. succedunt aliæ tres, actio de peculio, actio de in rem verso & actio quod iussu *l.1.h.t.l.1. de pecul.* Quæ generaliter & communiter dantur ex omnib. contractibus & negotiationibus seruorum filiorumve in patrem, dominumve. Superiores tres exercitoria, institoria, tributoria, non dantur generaliter ex omnib. negotiationib. & causis. Communiter tamen omnes hæ sex actiones dantur ex contractib. tam filiorumf. quam seruorum. Itaque in his omnib. sex actionibus commune ius est seruorum, & filiorumf. Verum excipiendæ sunt causæ, in quibus proprium quoddam ius seruatur in filiisf. quod non seruatur in seruis, quod prætores, & iuris auctores in intermedio harum actionum communium, proponendum, & explicandum esse censuerunt. Ac primum quidem proprium hoc est in filiisf. vt ex omnib. contractib. excepto contractu mutuæ pecuniæ, propter SC. Macedonian. in solidum obligentur naturaliter & ciuiliter, tanquam patresf. & ob id agi cum eis tanquam cum patribusf. in solidum possit. *l. f. liusf. 2. de obl. & act. l. vlt. §. 1. de verb. obl. l. si quis cum filio inf. de pecul.* Itemque vt si non soluant, aut si bonis non cedant, si quæ

habent, ob id in carcerem coniici possint, & cõtineri quoad soluerint, *l. vlt. C. qui bon. ced. poss.* Nam hoc iure non erat necesse, se nominatim huic iniuriæ carceris subiicere, vt fit hodie: nam etiamsi id ita actum non esset inter contrahentes, decoctores duci poterant in carcerem *l. 1. C. eod. t.* hoc, inquam, proprium est in filiisf. Nam serui ex contractib. naturaliter quidem obligantur, quia natura est cõmunis omnium hominum; sed ciuiliter non obligantur, & ob id agi cum eis non potest, *l. serui, l. obligari, de oblig. & act. l. cum seruo, de reg. iur.* Quia actiones nascuntur non ex oblig. naturali: sed ex obligatione ciuili. Hoc etiam proprium est filiorumf. vt ex contractib. quos viuo patre, in cuius potestate erant, contraxerunt cum aliis, postea emancipati vel exheredati a patre, vel abstinentes se bonis paternis, vel a patre ex minima parte heredes instituti, quæ est debitum bonorum subsidium, id est, legitima, si conueniantur in solidum, vti sunt obligati in solidũ, causa cognita, id est, ex causa non condemnentur etiam in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt ex edicto quod proponitur in *l. 2. h. t. Quod cum eo.* Cuius edicti ratio siue æquitas hæc est, quia inhumanum videbatur, nouum patremf. qui nuper exierit familia patris per emancipationem, vel per mortem patris, & qui nihil, aut qui minimum tulerit ex bonis defuncti patris, statim opprimi, aut exigi in solidum. Expectandum enim est quoad sit soluendo, quoad facultates idoneas absoluendis creditoribus adquisierit. Et in hoc versatur causæ cognitio, vt si cum eo agatur, statim atque factus est sui iuris, qui exclusus est non tantum familia, sed & bonis patris, tum condemnetur in quantum facere potest, si, vt dixi, cum eo agatur statim: Nam si post multos annos cum eo agatur, cum satis habuit temporis ad rem faciendam, condemnabitur in solidum, *l. 4. §. pen.* Itaque non nisi ex causa condemnatur in id duntaxat, quod facere potest. Et secundum hæc in *l. 5. h. t.* ex hoc lib. Pauli ostenditur, si viuo patre filiusfa. ex suis contractib. conuentus & condemnatus sit, quo genere ex sententia iudicis incipit pecunia deberi. *l. si fundus. §. si pluris, de pign.* quasi nouata obligatione priorum cõtractuum, etiam iudicio cõtrahitur. *l. 3. §. idem scribit, de pec.* Et inde M. Tull. lites contractæ contrahuntur iudicio excepto. Et hic nouissimus contractus veluti nouatione quadam anteriores contractus perimit. Vnde consequens est ex hoc contractu nouissimo, qui contractus est viuo adhuc patre, postea emancipatum, vel exheredatum actione iudicati, causa cognita, in id duntaxat dãnari, quod facere potest. Verum quod ait, exheredato hoc beneficium dari, ne damnetur supra vires suarũ facultatum, interdum, vt subiicit in *l. 5.* vitiatur, id, inquam, non est perpetuum. Interdum exheredato hoc beneficiũ non datur, vt puta si pater filium exheredauerit, & extraneum heredem instituerit, eumque rogauerit filio exheredato hereditatem restituere, & restituerit. Si enim hic filius exheredatus, cui ex causa fideicom. restituta est patris hereditas, ex negotiis viuo patre contractis conueniatur, damnabitur in solidum, quia, inquit, effectu quodãmodo heres est, aut heredis loco. Is, cui ex SC. Trebell. restituta hereditas est, non est quidem heres iure directo, sed est heres iure fideicommissi. Quo autem iure sit heres, nihil refert, modo rem patris habeat, quod confirmatur etiam *l. si filiusfa. in fin. ad l. Fal. l. 4. in fin. de bonis libert. l. postul. §. pen. l. seruo inuito, ad SC. Treb.* Quia &, vt idem Paul. ait in *l. 38. ad Trebell.* restitutio hereditatis, quæ fideicommissario fit ex SC. Treb. non solutio tantum est debiti fideicommissi, sed etiam successio vniuersi iuris, quia omnia commoda & incommoda hereditaria in fideicommissarium Treb. transferuntur. Est igitur plane effectu heres. Merito igitur filius hoc casu exheredatus, in solidum condẽnari debet. Ex diuerso quoque interdum filius ex asse heres institutus, non in solidum, sed in quantum facere potest, damnari debet, vt si heres quidem institutus sit, sed statim rogatus sit, hereditatem patris alij restituere, & postulante fideicommissario coactus se immiscere hereditati patris, eius restituendæ causa, se immiscuerit, & eam restituerit, vt in *l. recusare §. sed & ad filium, ad Treb.* Quo casu nihil retinet ex hereditate, sed restituit totam, non detrahit Falc. Falcidiam: perdit, qui coactus adit, vel miscet se bonis periculo fideicommissarij *l. quia poterat. eo. t. ad Treb.* Nomine igitur heres est, honore heres est, re ipsa siue effectu heres non est, quia rem non habet, & ideo pro eo est, ac si abstinuisset se, quod etiã malebat, & fecisset, nisi coactus fuisset se immiscere. Et hæc sunt, quæ pertinẽt ad *l. 5. Quod cũ eo qui.*

Ad l. 8. & 10. ad SC. Macedon.

Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

Sequitur *l. 8. ad SC. Maced.* Recte diximus supra filiumf. ex omnib. contractib. obligari in solidum naturaliter, & ciuiliter, & ob id cum eo agi posse, excepto contractu creditæ pecuniæ. Quoniam si filiusf. sibi pecuniam, id est, nummos (sic pecunia est accipienda in SC. Macedon. pro nummis, non pro cæteris rebus in quibus etiam mutuum consistere potest) si, inquam, filiusf. sibi pecuniam, id est, nummos mutuos acceperit, ignotante aut inuito patre, obligatur quidem naturaliter, sed non ciuiliter, propter SC. Macedon. quo obligatio siue actio ciuilis, agente creditore, qui modo sciuit, aut scire potuit, se filiof. credere, hæc omnia sunt necessaria, per exceptionem inanis & irrita constituitur, quia senatui nummorum datio filiisf. atque etiam parentibus eorum perniciosissima visa est. Itaque censuerunt inhibendam esse filiisf. nummorum tractationem. Et hoc quoque proprie seruatur in filiisf. vt ait nominatim *§. pen. Instit. Quod cum eo qui est in aliena potest.* In filiisf. inquam, qui nihil proprium habent. Nam si quædam bona habeant propria, veluti castrensia, aut quasi castrensia, vel etiam hodie quibusdam casibus bona aduentitia, pro quantitate patrimonij sui, creditæ pecuniæ mutuum consistit, creditorum nummorum mutuum consistit, nec improbatur SC Macedon. *l. 2. h. t.* Quia in his bonis scilicet filiusfa. vt in bonis propriis, scil. propriis pleno iure, ita vt nec in iis vsumfructum habeat pater, in his, inquam, bonis filiifa. sunt quasi patresfam. nec tamen omnimodo. Patres enim familiarum supra quantitatem patrimonij sui obligantur, hoc est certissimum: At filiifa. qui sunt in bonis propriis, supra quantitatem eorum bonorum, ex causa mutuatitiæ pecuniæ non obligantur. Quod maxime notandum est. Et inuenies etiam alium casum in *l. vlt. ad SC. Tertul.* quo filiifa. in castrensibus bonis non omnimodo habentur pro patribusfam. At si filiifa. qui mutuam pecuniam acceperunt, id est, nummos, bona propria non habeant, vnde se ære alieno liberare possint, ex ea causa, vt dixi, ciuiliter non obligantur, naturaliter tantum obligantur; ciuiliter non obligantur propter SC. Maced. Et ideo si creditori soluerint, indebiti condictionem, repetionem non habent, quia natura debitores erant SC. Maced. non expungit naturalem obligationem *l. 10. h. t.* quæ est ex hoc lib. quia, inquit, naturalis obligatio manet. Et ideo, quod soluerint filiifam. nummariis creditoribus non repetunt. At alia est causa SC. Vell. de intercessionib. mulierum, quod totam obligationem etiam naturalem expungit *l. 16. D. ad Vell.* Et ideo, quæ tuta cum esset exceptione SC. Vell. soluit ei, apud quem intercesserat pro alio, habet indebiti condictionem, quia nec naturaliter debuit, *l. qui exceptionem, de condictione indebiti.* Nescio quid in mentẽ venerit Accursio qui in hac l. 10. scribit, SC. Vell. non tolli naturalem obligationẽ, quod refellunt supra dictæ leges: & *l. si mulier in iure.* quam adducit, nihil probat huiusmodi. Quamuis autem filiusf. si soluerit creditori nummos, quos ab eo sumpsit mutuos, non habeat condictionem, tamen si curator adolescentis forte emancipati a patre, nam qui est in potestate patris nõ habet curatorem, si, inquam, per ignorantiam, inquit, *l. 8.* ex hoc lib. id est, per ignorantiam facti, *vt in l. vlt. h. t.* ne quis hoc accipiat de ignorantia iuris, vt accepisse Accursius se significat, dum in eam l. 8. adducit. *l. interdũ, de condictione indebiti.* Ad rem, si curator igitur adolescentis emancipati, per ignorantiam facti, soluerit pecuniã, quam adolescens, cum esset in potestate patris, mutuam acceperat, indebiti condictionem

nem habet,hæc est sent.l.8.quæ est ex hoc lib.Et ratio hæc, ne curator, qui errore deceptus bona fide pecuniam soluit, versetur in damno, qui vtique versabitur in damno, si id quod soluit, repetere non possit, quia adolescenti id iudicio negotiorum gest. reputare non potest. Æquum est igitur, ei dari repetitionem, ne ea res,quam gessit bonafide, damnosa ei sit. Et ita etiam in *l.si procuratorem in prin. de cond. indeb.* dicitur procuratorem, qui soluit indebitum, quasi debitum a domino per ignorantiam facti, id ipsum repetere posse. Et vero debere, si sibi consultum velit, quiaeam solutionem non est domino reputaturus.

Ad l. 12. eod. ad SC. Macedon.

Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare SCtum. Sed si iusserit pater filio credi: deinde ignorante creditore mutauerit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit: quoniam initium contractus spectandum est.

Restat l.12.quæ docet, si sciente tantum patre & tacente,crediti sint nummi filiofam. cessare SC. Macedon. Taciturnitas patris consensum imitatur. Et hoc quoque probat *l. 7. §. interdum in fin. hoc tit.* cum ait CSto locum esse, si pater ignorauit filiofam. pecuniam credi. Ergo si sciuit,Senatusconsulto locum non esse, quia legitime credita pecunia est volente patre.voluisse videtur,qui sciuit,& tacuit. Idem multo magis dicendum est, si pater iusserit filiofam. pecuniam credi: Et hoc quoque casu verum est, cessare SC. Macedon.vt & in hac l.12.ostenditur. quamuis postea pater mutauerit voluntatem pœnitentia actus, si modo hoc creditor, quum credebat pecuniam filiofam. ex iussu patris ignorauerit, si modo tempore numeratæ pecuniæ ignorauerit, patrem mutasse voluntatem, quia origo contractus legitima est. Et in contractibus semper spectatur origo, semper initium. Quam in rem l.12.valde notanda est.Operæpretium est, vt in extremo huius recitationis, quamuis hoc proprie non pertineat neque ad l. 8. neque ad l.10.neque ad l. 12. quæ sunt ex hoc lib.adnotemus, multa seuerius esse recepta hac in causa nummorum creditorum filiif.in odium,& pœnam creditorum, non dico fœneratorum.Nam & SC.locus est,si filiisfa.pecunia credita sit sine vsuris, vt ostenditur in quodam loco *l. 7.h.t.* Multa igitur seuerius in hac causa esse recepta vel introducta in odium & pœnam creditorum. Primum, vt nec pater teneatur de peculio,vt nec pater,qui ignorauerit, a creditore conueniri possit actione de peculio, cum filiusfa. peculiatus sit.*l.pen. C.eod.tit.*Item,vt nec credita pecunia peti,aut repeti possit, etiamsi extet in peculio, nec sit consumpta,non potest vindicari,non potest condici,*l.9.§.hoc SC.*Item,si duo sint creditores, qui simul nummos crediderint filiofa. vel si vnus sit creditor, alter stipulator, qui stipuletur sibi reddi pecuniam,quam alter numerat, & mutuatur, mutuamve dat,vt scientia vnius noceat alteri. qui ignorans credidit filiofam. non tenetur SCto Macedon. sed qui scit tantum, aut qui scire potuit.si sint duo,vt ante dixi, alterutrius scientia sufficit,quod etiam seueriter receptum est.*l.7.§.non solum.h.t.* Illo loco, *sed etsi alteruter eorum ignorauerit in patris esse potestate, seuerius dicendum est vtrique alterius scientiam nocere.* Vulgo etiam in Florentinis vox illa *seuerius* est diuisa: sed vna tantum est vox *seuerius*, sic est legendum sine subdistinctione:nam & ita in *d.l.9.§.hoc SCtum.*Multo magis, inquit,seueritate SCti eius contractus improbabitur,qui filiæfam. mutuum dedit,seueritate,inquit. Postremo,vt non cesset SC. si filiusfa.qui pecuniam mutuam accepit,postea factus paterfa. factus sui iuris pignus dederit creditori,quo tamen genere videtur agnouisse creditum contractum viuo patre.Et ideo cessare videtur CS. Maced.nec cessat tamen, nisi vsque ad pignoris quantitatem, *l. 9. in prin. hoc titul.* Quod etiam seueriter introductum, quandoquidem alias petitio sortis non solet modum, aut finem accipere ex pretio pignoris, *l. si promutua 8. C. si certum petetur.* Nunc ad eas ll. quæ sunt de peculio, transeamus.

Ad l.20.de pecul.

Nam inter se agere socij de peculio non possunt.

De edicto & actione de peculio dicere incipio a l. 20. Si duo sint socij, qui seruum communem habeant,& cuius etiam peculium inter eos commune sit, & vnius ex iis dominis seruus debitor sit ex contractu, hic non potest cum altero agere actione de peculio, sicut nec ex delicto serui, quod scil. seruus communis admisit in vnum ex dominis, hic dominus non potest cum altero agere actione noxali,quia vetus est regula iuris,eum,qui serui nomine tenetur noxali actione, non posse agere noxali actione,*l.penultima,C.de furtis.*quæ regula trahitur etiam ad actionem de peculio: eum, qui ex contractu serui tenetur actione de peculio, non posse agere de peculio ex contractu,quem miscuit cum eodem seruo. atquin vnus ex dominis in solidum tenetur extraneis omnibus actione noxali, serui nomine, ex delicto serui, vel actione de peculio ex contractu.*l.& ancillarum §.vlt.hoc tit.l.sed si vnus §.si seruus,de iniuriis.* Ergo non potest ipse agere noxali, nec de peculio neque cum alio, neque cum socio.*l.8.20.41.de nox.action.l.vt tantum §.si seruus,de seruo corrupto.l.licet §.1.naut.caup.stab.* Nec igitur aliud de seruo communi statuendum est, quam de seruo proprio. Et ideo sicut ex contractu habito cum seruo proprio, mihi non datur actio de peculio (in quem enim daretur? Nam cum seruo non est actio vel etiam ex delicto,quod in me seruus proprius admisit, mihi non datur actio noxalis:) ita nec ex contractu vel delicto serui communis datur mihi vel actio de peculio ex contractu serui,vel actio noxalis ex delicto serui. Et hæc est ratio. Sufficit mihi,quæ verba significant, non esse necessariam actionem de peculio,vel noxalem, quia sufficit mihi eo nomine in socium actio pro socio,vel communi diuidundo, vel familiæ ercisc.videlicet vt pro parte, quam socius in peculio habet,mihi præstet,quod mihi seruus debet, tantumve mihi,quantum debet,cedat ex peculio; vel vt mihi damnum, quod seruus fecit sarciat, aut partem dominij cedat, veluti pro noxa, *vt l. & puto. §. vlt.fam. ercisc.l.61.de furtis.*& ita explicanda est hæc ratio huius l. Verum huic sententiæ primo obstat *l. 29.inf.h.tit.* vbi seruo testamento manumisso, & heredibus institutis iis, qui cum eo seruo contraxerant, ait coheredes inter se vel de peculio agere posse, hac ratione,quia,inquit,de eo quisque peculio, quod apud eum est, quolibet alio agente tenetur, quasi dicat,Ergo,& coherede agente tenetur de peculio,quod apud se est.Verum hæc ratio ostendit, coheredes apud se separata peculia habuisse, quod quibus casibus euenire possit, ostendit *l.16.& 17.* Vbi ergo sunt apud eos separata peculia, nihil vetat inter se eos agere de peculio ex contractu serui defuncti, quoniam ille seruus coheredum nunquam fuit seruus, qui testamento fuit manumissus, vt posuimus. Et eo facilius cum is nunquam seruus eorum fuerit, inter se agunt de peculio. Vbi autem commune est peculium, sufficit actio pro socio, vel communi diuidundo, neque necessaria est actio de peculio. Et illo loco illius *l.29.vel de peculio agere*, ille articulus *vel* non ponitur pro *saltem*, vt Glossa notat, sed est disiunctiua coniunctio, quoniam subintelligitur, posse coheredes inter se vel de peculio agere, vbi subintelligitur communi diuidundo, vt integra oratio hæc sit, posse coheredes inter se com uni diuidundo vel de peculio agere:communi diuidundo, scilicet si apud eos commune peculium sit: De peculio autem,si separata apud eos peculia sint, & intra annum scilicet, quia seruus scilicet testamento manumissus est, & seruo manumisso vel mortuo, vel alienato, quia extinguitur peculium, extingui etiam videtur actio de peculio, sed ex edicto Prætoris producitur tamen in annum vtilem post manumissionem serui, aut mortem, aut alienationem,quod inferius latius explicabitur. Similes vero scribendi formæ occurrunt sæpe in his lib.& in vetustis aucto-

ribus.in *l. recusare ad Trebel.* Recusare hereditatem absentes vel per epistolam posse, subintelligitur enim per nuntium, vel per epistolam. Cato de re rustica: *Oleæ optime cordiuntur, vel virides in muria.* Vbi subintelligitur *Aridæ*, Aridæ scilicet vel virides. Opponi etiam posset sententiæ huius leg. 20. quodammodo *l. 5. §. vlt. de exercit. actio.* ducto argumento ab actione exercitoria ad actionem de peculio, quia vt ex hoc ipso libro Pauli notatur, si duo pluresve sint exercitores nauis, & vnus eorum cum magistro, quem præposuerunt, contraxerit, ille aduersus cæteros agere potest exercitoria: Ergo inter se possunt agere exercitoria: Cur non & de peculio? Verum quod ibi scriptum legitur, ita procedit, non si magister fuerit seruus communis, quia & tunc sufficit actio pro socio vel communi diuidundo, sed si fuerit liber homo, vel seruus alienus, nihil est apertius.

Ad l. 26. eod.

Si semel ex causa, id est, quod dolo fecerit, dominus præstiterit, de peculio conuentus cæteris ex eadem causa nihil præstabit. Si tantundem seruus ei debeat, quantum dolo minuit, non erit condemnandus. His consequens erit, vt manumisso quoque, vel alienato seruo, ex causa etiam doli intra annum teneatur.

Certum est edicto Prætoris in peculium imputari, quum agitur de peculio, non tantum, quod extat de peculio: sed etiam, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset: vt si seruo iam multis obærato peculium ademerit in totum, vel pro parte, vel si auerterit, aut minuerit, aut seruum intricare, consumere, abligurire passus sit, in fraudem creditorum peculiarium *l. summa, sup. hoc tit.* quod spectatur non tantum in actione de peculio perpetua, quæ competit viuo seruo, vel filiofam. sed etiam in actione de peculio annali, qua dominus tenetur seruo mortuo vel manumisso, vel alienato sine peculio, quamuis eo genere extinctum sit peculium, atque adeo videatur extincta actio de peculio: sed tamen adhuc post extinctum peculium durat intra annum vtilem tantum; in eamque actionem de peculio intra annum veniet & id, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset *l. 1. in princip. & § pen. tit. seq. quando de pec. actio. &c.* Sed si dominus conuentus actione de peculio ab vno ex creditoribus ex doli causa, qui scilicet cessantibus cæteris creditoribus occupauit agere in dominum ex doli causa, quod peculium auertit dolo malo, vel consumpsit, si huic, inquam, qui agere occupauit, dominus præstiterit, quod dolo malo minuit, post conuentus a cæteris ex eadem causa damnari non potest. Quod Paulus recte proponit in hac *l. 26.* quia in hoc iudicio occupantis melior conditio est, *l. 6. de tribut. act.* & æquitas non patitur, vt quod quis semel præstitit, id eidem iterum vel alij præstare cogatur. *l. 18. rer. amot. & l. qui seruum, de interr. in iur. fac. &c.* Vnum tantum casum notat Paulus in hac *l. 26.* quo nec ex doli causa dominus cuiquam ex creditoribus peculiariis damnari debet, puta si quantum dolo malo eius factum est, quo minus in peculio esset, tantum ei seruus debeat. Id enim non deducendo ex residuo peculio, quod ei seruus debet, creditoribus satisfacit, idque creditores compensare coguntur. Quod natura debetur (vt quod seruus domino debet, id enim debet naturaliter non ciuiliter) in compensationem venit, *l. 7. de compensat.*

Ad l. 31. eod.

Sed si ipse dolo fecit solidum præstat.

Ad hæc notauit Paulus vt liquet ex *l. 31. h. t.* si dominus dolo malo fecerit, quo minus in peculio esset, ex hac causa etiam heredes eius teneri. Ex dolo igitur defuncti heredes teneri, non quidem in solidum, sed quatenus ad eos peruenit, id est, quatenus ex dolo defuncti locupletior hereditas ad eos peruenit. *l. summa. §. emptor. hoc tit.* eodem modo quo fit in actione de dolo. *l. in heredem. de dolo.* & in actione tributoria, quæ etiam dolum persequitur distributoris, & vlciscitur. *l. 7. §. vlt. l. 9. de tributoria actione.* Quia scil. hic dolus ex delicto venit magis, quam ex contractu, qua de causa & vix patitur Prætor de peculio ex causa doli, id est, ex causa dolo malo diminuti peculij, agi vltra tempus præstitutum actione de dolo, quod fuit olim annuum, hodie est biennale, *vt l. 30. §. vlt. h. t.* Ex contractu ob dolum defuncti singuli heredes tenentur, pro parte hereditaria, etiamsi nihil ad eos peruenerit. *l. si hominem §. 1. l. in depositi.* Ex delicto autem aut quasi delicto ob dolum defuncti heredes non tenentur, nisi de eo, quod ad eos peruenit. Ex dolo autem proprio tenentur in solidum indistincte, siue ex contractu rei, quæ ex præsumptione doli descendat, siue ex delicto *d. l. in depositi. l. in commod. §. si ex facto, commod. l. 9. in fin. de trib. act.* Et hoc est, quod ex hoc lib. Pauli refertur in *l. 31.* heredem, qui dolo malo diminuit peculium, creditoribus peculiariis teneri in solidum, qui scilicet ex dolo defuncti domini non teneretur, nisi quatenus ad eum peruenisset. Ex eodem lib. Pauli est in hoc eod. *tit. l. 43.*

Ad l. 43. eod. tit.

Si posteaquam tecum de peculio egi, ante rem iudicatam seruum vendideris, Labeo ait, etiam eius peculij nomine, quod apud emptorem quæsierit, damnari te debere: nec succurrendum tibi, culpa enim tua id accidisse, qui seruum vendidisses.

Si *posteaquam tecum de peculio egi*, vbi statim recte glossa, id est, si posteaquam tecum litem contestatus sim: iudicio de peculio egisse non dicitur, nisi qui litem contestatus est. Recte in *l. 1. in pupillo, de solut. & in l. in pup. de excep.* Tempus quo agitur, id est, tempus litis contestatæ. Sententia autem huius l. hæc est: Si dominus conuentus actione de peculio, post litem contestatam, pendente iudicio nondum finito, nondum re iudicata, seruum vendiderit, ex eius contractu de peculio damnari dominum, non tantum pro quantitate peculij, quod tunc apud eum est, quum res iudicatur: sed etiam pro quantitate peculij, quod seruus apud emptorem adquisiuit, quodque etiam apud emptorem est tempore rei iudicatæ, quia circa quantitatem peculij semper tempus rei iudicatæ spectatur. *l. quæsitum hoc t.* Et merito culpa domino imputatur, quod seruum vendendo, pendente iudicio sese maiori condemnationi subiecerit. Eademque ratione didicimus (quod miror hic non adnotari, cum proprie conueniat huic loco) ex *l. quemadmodum, de nox. act.* conuentum dominum noxali iudicio ex delicto serui, si pendente iudicio seruum alij vendiderit, omnimodo cogi præstare æstimationem damni, æstimationem noxæ, quia culpa sua vendendo seruum, sibi ademit noxæ deditionem, qua si seruum non vendidisset, defungi potuisset, atque ita non subire æstimationem litis. Et hæc sententia l. 43.

Ad l. 41. de negot. gest.

Qui seruum meum me ignorante vel absente in noxali causa defenderit: negotiorum gestorum in solidum mecum, non de peculio aget.

Ad actionem de peculio pertinet etiam alia lex 41. *de neg. gest.* Sententia hæc est: eum, qui animo gerendi negotij mei, me absente, & ignorante in noxali causa, cum de furto, vel damno a seruo commisso erga aliquem ageretur, vt seruus scil. ipse plecteretur, seruum meum in noxali causa defendit, gerens negotium meum, & forte litis æstimationem

æstimationem subiit, atque ita seruauit seruum amico absenti: eum, inquam, non de peculio, sed negotiorum gest. in dominum habere actionem. Ratio hæc est: quia actio de peculio nascitur ex contractu serui, & hic procurator voluntarius siue negot. gestor. cum domino serui, non cum seruo contraxisse intelligitur. Actio de peculio in dominum competit, cui seruus debet: huic seruus nihil debet, sed dominus, cuius negotium gessit. Ergo cessat actio de peculio, & competit aduersus dominum actio negot. gestor. per quam recipiet quod soluit, id est, æstimationem litis, quam soluit. Et competet vtique actio negotiorum gestorum in dominum, etiamsi expedierit, quod notandum est, seruum noxæ dedere, propter vilitatem hominis, potius quàm pro eo soluere litis æstimationem, saltem vt dominus teneatur actione negotiorum gestorum vsque ad pretium serui, quem domino seruauit, quia vel eatenus vtiliter negotium domini gessit. Idque etiam demonstrat aperte Africanus in *l. Stichus, de pecul. leg.* Et delenda, quæ aliter in hanc legem consignauit Accursius.

Ad l. 2. quando de peculio act. &c.

Cum post mortem filiifamilias annua aduersus patrem actio est, quemadmodum aduersus eum esset perpetua viuo filio: ideo, si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensium erit post mortem filij. Idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.

§. 1. *Si seruus, cui creditum est, apud hostes sit: de peculio actio in dominum non anno finienda est, quamdiu postliminio reuerti potest.*

Postrema l. Pauli ex hoc lib. de actione de peculio est *l. 2. quando de peculio actio annalis sit.* Qua in l. duo ponuntur casus, quibus actio de peculio filiofam. aut seruo mortuo, vel pene mortuo quod postea explicabimus, anno non finitur, sed vel citeriore tempore finitur, vel perpetua est. Morte filij, vt iam dixi vel serui peculium desinit esse peculium, peculium extinguitur. Ergo summo iure extinguitur etiam actio de peculio. Sed ex æquitate adhuc producitur in annum vtilem ex hoc edicto prætoris, *Quando act. de pec.* His duobus casibus non producitur, vel non producitur in annum vtilem, vel perpetua manet. Prior casus hic est, si actio de peculio erat temporaria, nulla est actio de peculio simpliciter, sed actio de peculio ex empto, actio de peculio ex locato, actio de peculio ex condictione certi, ex contractu aliquo, si actio de peculio fuerit temporaria, manebit temporaria mortuo filio vel seruo, non producetur in annum, exempli gratia, actio redhibitoria finitur sex mensibus si in patrem fuerit actio redhibitoria de peculio ex contractu filiif. & post natã actionem, moxque diem obierit filius, an actio redhibitoria erit annua? minime. Vnde ita concludamus, quæ viuo filio actio de peculio est perpetua in patrem, idem de seruo dici potest, veluti actio creditæ pecuniæ in rem patris, aut sciente vel volente patre, aut actio ex empto vendito, ea mortuo filio est annua in patrem, qui eum habuit in potestate. Quæ autem viuo filio actio de peculio est temporaria, non perpetua, veluti redhibitoria, mortuo interim filio temporaria manet, nec producitur in annum. Et ait idem esse dicẽdum in omnibus temporalibus actionibus, vt in alia actione ædilitia, quæ dicitur *æstimatoria* siue quãto minoris, quæ finitur anno vtili: nam & si cœperit aduersus patrem viuo filio, post mortuo filio non producitur in annum integrum. Alter casus hic est, Si seruus, ex cuius contractu dominus tenebatur de peculio, captus sit ab hostibus: nam hoc casu actio de peculio est perpetua; veluti actio creditæ pecuniæ in seruo proprio; spes enim postliminij efficit, vt non habeatur pro mortuo, non finitur, inquit, actio anno, quamdiu postliminio reuerti potest. Et spem postliminij facit virtus bellica. faciebatque olim in casibus omnibus, ita vt non haberetur pro captiuo, qui erat captiuus, atque adeo sustineret omnia negotia, quæ ad captiuum pertinebant, interim spes illa postliminij, spes reuersionis. Sequentur aliæ actiones de in rem verso, & quod iussu.

Ad l. 8. de in rem vers.

Et nihil interesse Pomponius ait, filiæ suæ nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natæ dederit. Idem ergo dicemus, & si seruus mutuatus fuerit, & domini sui filiæ nomine in dotem dederit.

Leges, quæ restant ex Pauli libro 30. ad edictum, sunt de edicto & actione quod iussu, & de actione de in rem verso, & de actione præscriptis verbis æstimatoria, & de SC. Velleiano, quod est de intercessionibus mulierum, quæ omnia facile hodie explicabuntur. Deficiente vel non sufficiente actione de peculio, de qua ante dictum est, si nihil sit in peculio rei iudicatæ tempore, vel si non tantum sit in peculio quantum filiusfamilias aut seruus debet, & quod debet versum sit in rem patris, vel domini, cum & filiofam. & seruo ab initio animus fuisset principaliter gerendi negotij patris, vel domini, ex hac causa pater vel dominus tenetur actione de in rem verso in solidum, si omne sit versum in rem eius, aut quatenus versum erit. Sumatur ex hoc libro Pauli exemplum ex *l. 8. de in rem verso.* si filiusfamilias pecuniam mutuatus sit, vt eam pro filia sua, vel pro sorore, vel pro filia fratris in dotem daret, quod genus mutui Senatusconsultum Macedonianum non improbat, *l. 17. ad Sonatusc. Maced.* pater ex hoc casu creditori tenetur actione de in rem verso, quia quam dotem patri necesse erat dare pro filia, vel pro nepte, eam filius dedit eius nomine, quæ & ad eum reditura est quasi ab eo profecta, si filia, vel neptis moriatur in matrimonio eo superstite. Itaque vt sit locus actioni de in rem verso aduersus patrem, necesse est, vt dotem filius dederit pro filia sua, vel pro sorore, vel pro filia fratris, patris nomine, quasi gesturus negotium patris, non si pro filia sua dotem dederit suo nomine: & hac mente, vt quandoque mortua in matrimonio filia, dos ad se reuerteretur, vt *l. profectitia §. si filiusfam. de iure dot.* Hoc casu in rem patris versum non videtur, quia sibi filius, non patri negotium gessit. necesse est etiam, vt ad patris onus spectauerit dotis datio, & pertinuerit dotis promissio, vt puta, si filiam aut neptem habuerit in potestate, hanc etiam dotare cogitur, *l. qui liberos, de ritu nupt. l. 6. de collat. bonor.* Sed si filiam emancipauerit vel neptem, dos, quam filius pro filia sua, vel pro sorore dedit, vel pro filia fratris emancipata ab auo, non videtur versa in rem patris vel aui: nec enim pater necesse habuit eas puellas dotare, quæ iam exierant potestate sua. Ergo qui eas dotauit, patris negotium non gessit. Et adiicit Paulus, idem esse dicendum si seruus pecuniam mutuatus sit, vt eam pro herili filia in dotem daret: Nam & hoc casu creditori dominus tenetur in solidum actione de in rem verso. Sequitur ex eodem libro Pauli in l. 11.

Ad l. 11. eod. de in rem vers.

Quod seruus in hoc mutuatus fuerit, vt creditori suo solueret: non erit in rem versum, quamuis actio de peculio liberatus sit dominus.

Si seruus pecuniam mutuatus sit, vt creditori suo solueret, & soluerit suo nomine, atque ita se ab eo liberauerit, in rem domini versum non videri, quamuis eadem opera, eadem solutione dominum liberauerit actione de peculio. In causa hoc est, quod seruo animus principaliter fuerit se liberare, non dominum. Euentus liberauit dominum, non propositum, quod in animo seruus habuit, non

προσώπου. & ideo dominus non conuenitur actione de in rem verso. Et in hoc tractatu de actione de in rem verso, hoc est principium iuris certissimum, patrem vel dominum ea actione non teneri, nisi filiofamilias aut seruo fuerit animus principaliter gerendi negotij, & augendi patrimonij patris vel domini, eumque etiam ex ea causa sibi obligandi naturaliter, *l.* 3. *§. siue cum seruus, l.* 5. *§. vlt. l.* 7. *§. vlt.* Et passim in hoc titulo. Et nihil præterea ex hoc libro habemus de actione de in rem verso.

Ad l. 2. quod iussu.

Si tutoris iussu, seruo pupilli creditum sit, puta si ex vtilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem, quod iussit tutor. §. 1. *Si iussu domini ancillæ, vel iussu patris filiæ creditum sit, danda est in eos quod iussu actio.* §. 2. *Si iussu meo cum alieno seruo contractum fuerit, eumque postea redemero: quod iussu non tenebor, ne actio, quæ ab initio inutilis fuerit, euentu confirmetur.*

De actione quod iussu est *l.* 2. *huius tit.* vt scientia tutoris, vel curatoris locum facit actioni tributoriæ, *l.* 3. §. *vlt. de trib. act.* & similiter præpositio institoris, vel magistri a tutore, vel curatore facta, locum facit actioni institoriæ vel exercitoriæ, *l.* 5. §. *vlt. de instit. act.* ita iussus tutoris vel curatoris, qui scilicet iubet contrahi cum seruo pupilli, vel adolescentis, locum facit actioni quod iussu, perinde atque si adolescens ipse, vel pupillus tutore auctore, id iussisset, siue mandasset, præsertim si id fit ex re, ex vtilitate pupilli. Et ideo in pupillum erit actio quod iussu, perinde atque si ipse iussisset tutore auctore, vel mandasset. Nam hęc actio locum habet, siue quis iusserit, siue mandarit, aut rogauerit cum seruo suo contrahi, *l.* 1. Imo vt opinor, etiamsi hortatus fuerit aliquem, vt cum seruo suo contraheret, vt seruo suo crederet pecuniam. Hortatio plus est quam iussio. Apollonius 3. περὶ συντάξεως. τὸ ἐγκελευστικὸν ἐπιτείνει πρόσταξιν. *Hortantis oratio auget iussum siue imperium.* Nec quæ posset contra obiici lex 20. *de dolo,* quicquam obstat. Cum seruus meus mihi pecuniam deberet, ego hortatus sum eum, vt a te pecuniam acciperet mutuam, quam mihi solueret. accepit, & mihi soluit. Habes ne in me actionem de peculio? non, si nihil sit in peculio, vt ait. Pone nihil esse in peculio. Ergo non est actio de peculio. Sed habes ne in me actionem de in rem verso? minime, quia solutione pecuniæ mihi debitæ non videor factus locupletior. Meum mihi redditum est. in rem versum videtur, si quis ditior factus sit, non si non sit factus pauperior, non si sua, aut sibi debita ei reddita sint. Deficit ergo actio de peculio, deficit actio de in rem verso. Quid fiet? Tibi, qui pecuniam credidisti seruo meo, qui eam hortatu meo de te mutuatus est, in me competit actio de dolo; quæ est actio subsidiaria, quæ scilicet non competit, nisi cum aliæ omnes actiones deficiunt. Ergo & in hac specie, quamuis ea lex de eo nihil attingat, deficit actio quod iussu, quia scilicet neque iussi tibi, vt crederes pecuniam seruo meo, neque mandaui, neque rogaui, neque hortatus sum, sed seruum meum hortatus sum. Actio quod iussu non datur, si imperauero seruo, vt a te pecuniam acciperet: sed si imperauero tibi, sed si rogauero te. Subiicitur in hac *l.* 2. actioni quod iussu locum esse non tantum, si filio vel seruo, sed etsi filiæ, vel ancillę iussu patris vel domini creditum sit. Quod & in omnibus superioribus actionibus adnotatum est, nullam esse constituendam differentiam inter filios & filias, seruos & ancillas, quamuis prima verba edicti, quo hæ actiones promittuntur, ita sint concepta: *Quod cum eo, qui in aliena est potestate,* neque dixerit prætor: *Quod cum eo, eaue.* Ideo adnotant vbique, in his actionibus nullam esse constituendam differentiam inter filiosfamilias & filiasfamilias, inter seruos & ancillas, *l.* 1. §. *sed etsi ancilla, de tribut. act. l.* 7. §. 1. *de instit. act. l.* 1. §. *in potestate, de exercit. act. l.* 1. §. 1. *& l. & ancillarum, de pecul. l.* 3. §. *pen. comm. & in* §. 1. *huius l.* 2. Vnde certo certius est, in *l. si filiusfamilias* 14. *de negot. gest.* vbi ait, si filiusfamilias negotium gesserit alienum, in patrem esse actionem negotiorum gestorum de peculio, in patrem esse actionem quod iussu, si rogatu eius quis filiofamilias negotia sua commiserit, aut ab eo administrari passus sit. Quis de eo ambigit si filiusfamilias hoc fecerit, in patrem esse actionem de peculio? Legendum, *si filiafamilias*; quoniam subiicit in fine: *Idem & in ancilla.* In fine huius legis hoc docet Paulus, actionem quod iussu dari in eum, qui iussit cum seruo suo contrahi: non si iusserit cum seruo alieno contrahi, etiamsi postea eum emerit, eum suum fecerit, sua pecunia comparauerit. Quia, quod principium iuris maxime notandum est, quod notatur hoc loco, quæ ab initio actio inutilis est, ex euentu non confirmatur, ex causa non confirmatur. Quod etiam belle comprobat *l.* 1. *in fi. comm.* Idem prorsus dicendum est, si quis iusserit cum libero homine contrahi, quamuis is postea in eius seruitutem redactus fuerit. tenetur quidem qui iussit cum libero homine, vel cum seruo alieno contrahi suo nomine directa condictione, directa actione, quasi ipse contraxisse videatur. *l. vlt. pro soc.* quasi eius persona solius spectata sit in contrahendo cum libero homine vel seruo alieno: verum non tenetur actione quod iussu, quia hæc actio pertinet tantum, siue datur ex negotiis gestis ab iis, qui sunt in potestate, aliis personis cum iis contrahentibus iussu parentum, vel dominorum.

Ad l. 1. ad Senatusconsultum Velleianum.

Velleiano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro vllo fœminæ intercederent. §. 1. *Nam sicut moribus ciuilia officia adempta sunt fœminis, & pleraque ipso iure non valent: ita multo magis adimendum fuit eis id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam peculium rei familiaris.* §. 2. *Æquum autem visum est, ita mulieri succurri, vt in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur. Magis enim ille, quam creditor, mulierem decepit.*

Vlpianus refert in *l.* 1. *eiusdem tit.* primo quidem temporibus Augusti, mox deinde Claudij, edictis eorum interdictum fuisse, ne mulieres pro viris suis intercederent, atque ita se obligarent, resve suas opponendo pignori vel hypothecæ. Postea Senatusconsulto Velleiano, quod & eiusdem Claudij temporibus factum opinor, cum & de eo Senatusconsulto, qui circa ea tempora fuit, Caium Cassium respondisse legamus in *l.* 16. *§. vlt. hoc tit.* & quia plerumque edicta principum solebant mox subsequi SC. quæ idem censerent, quæve plenius de ea re, qua de princeps edixisset, censerent, statuerentque. Senatus vel augebat edictũ principis, vel minuebat. Quod videmus etiam hodie Senatum facere vel adiicere aliquid amplius, vel minuere aliquid edictis principis. Itaque cum videretur imperfectum edictum Claudij, eodem tempore senatus plenissime, vt ait Vlpianus in *l.* 2. & Paulus in *hac l.* mulieribus opem tulit, videlicet non solum ne pro viris suis, sed ne pro vllis aliis intercederent, vt *l.* 2. *in fi. l. vlt.* §. *item si mulier, hoc tit.* Et vt Paulus scribit *lib.* 2. *Sent. eod. tit.* ne pro viris, aut fœminis fœminæ intercederent. quod suspicionem facit hac in re, fuisse olim diuersitatem aliquam: quia & ante hoc Senatusconsultum verba Senatusconsulti demonstrant, ius ita dictum fuisse, vt si mulieres pro aliis intercessissent, neque aduersus eas actio esset actio efficax, neque ab eis petitio, id est, vindicatio: id proprie petitio significat, puta, si res suas pignori obligassent, ne eæ res ab eis vindicari possent cum effectu, forte ius ita dicebatur cum pro viris intercesserant, non cum pro fœminis. honestius est fœminam pro fœmina, quam pro viro vllo intercedere. Vt ut sit Paulus scribit, illo loco Senatusconsulto

subuentum

subuentum esse mulieribus siue pro viris, non pro viris suis solum, sed & pro maribus, siue pro fœminis intercessissent. Et præterea Vlpianus in *l.* 2. hoc Senatusconsulto ait subuentum esse fœminis omnibus: forte enim olim non omnibus, non illustrioribus fœminis. Itaque plenissime Senatusconsulto fœminis subuenitur, siue intercesserint pro viris suis, siue pro aliis, & siue pro masculis, siue pro fœminis. Et subuentum fœminis omnibus sine discrimine, sine delectu. Et ita est interpretandum illud *l. initium.* Rationem autem Senatusconsulti, quæ & Senatusconsulto expressa est, latius explanat Paulus in hac *l.* 1. Quia & moribus, inquit, more maiorum fœminis ciuilia, siue publica (idem est) officia adempta sunt, & pleraque, inquit, ipso iure non valent. Pleraque officiorum siue munerum publicorum, Basilica: πλεῖστα τῶν λειτουργημάτων, vt puta, si cognitoriam operam præbuerint siue procuratoriam, si tutelam gesserint, vel quod aliud munus publicum, id quod gesserunt, ipso iure non valet. Hinc ita argumentatur: Si munera publica interdicta sint fœminis, & pleraque ex iis, quæ gesserunt, ipso iure irrita sunt: multo magis interdicendum est eis officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versatur, sed etiam periculum rei familiaris. Munera ciuilia, quæ dixit esse interdicta fœminis, pleraque sunt personalia tantum siue corporalia, non patrimonialia. Itaque in eis muneribus gerendis nullum versatur periculum rei familiaris. In intercessionibus, quæ fiunt pro aliis, in officio intercedendi pro aliis, versatur periculum rei familiaris, quia intercessio obligat. Et vero hoc officium intercedendi pro aliis, velut fideiubendi aut constituendi, aut expromittendi, pars est officij argentariæ mensæ, *l. 6. §. rationem in fi. de edendo.* a quo officio etiam fœminæ remotæ sunt, *l. pen. eod. tit.* Quod si forte fœminæ intercesserint pro aliis, & conueniantur, eis succurritur per exceptionem Senatusconsulti Velleiani. Pleraque ex muneribus publicis, vt dixi, ipso iure non valent. Intercessiones mulierum, quæ fiunt pro aliis (alioqui non essent intercessiones) ipso iure valent: sed rescinduntur per exceptionem Senatusconsulti Velleiani: hisque rescissis & infirmatis, si nouatione facta mulier susceperit in se alienam obligationem, quæ intercessio proprie appellatur expromissio, tum actio restituitur in veterem debitorem, quem nouatio liberauit. Et ob id ea actio dicitur sæpe in hoc titulo actio *restitutoria,* & vtilis, & actio *rescissoria,* quia rescissa mulieris intercessione datur, *l. vlt. §. vlt. hoc tit.* sed si vel mulier, quod est aliud genus intercessionis longe astutius, pro alio, cui exempli gratia, quidam erat crediturus pecuniam, ipsa interuenit, vt non alius eam pecuniam acciperet, cui creditor daturus erat, sed ipsa, atque ita se constitueret ream principalem, & mox ei, pro quo interueniebat, acceptam pecuniam dederit, actio in eum, pro quo interueniebat, instituitur perinde atque si ipse mutuam pecuniam a creditore accepisset. Instituitur magis, quam restituitur, vt ait, *l. quamuis §. si cum essem, hoc tit.* Quia vt eleganter ait Paulus in fine legis primæ; hic qui supposuit mulierem, vt pro se mutuam pecuniam acciperet, magis mulierem decepit, quam creditor, qui nesciuit, eam pro alio intercedere, interuenire, interponi. Hæc est sententia l. 1.

Ad l. 3. eod. tit.

Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur.

AD ea quæ diximus de Senatusconsulto Velleiano, duo casus adnotandi sunt, quibus intercessiones mulierum non rescinduntur per exceptionem Senatusconsulti Velleiani, quorum vnus ex hoc libro Pauli, qui est in manu, proponitur in *l. 3. eod. tit.* alter ex eodem libro in *l.* 11. Intercessionum vnum genus est, si debitorem conuentum a creditore mulier defendat, eius vice iudicio accepto, lite contestata, quo modo veluti genere nouationis quodam, debitor liberatur, ipsa sola obligatur, quia litis contestatio obligat: litem contestari est litem contrahere. Si contrahere, & obligare igitur: iudicio accepto quasi contrahitur, etiam nondum secuta condemnatione, *l. 3. §. idem scribit, de pecul.* Mulier igitur, quæ pro reo iudicium accipit, quæ se liti offert, quæ litem pro reo subit, plane se obligat, & illum liberat, & quasi nouatio fit prioris obligationis mutatione personæ, mutatione rei, siue debitoris. Duplex est nouatio; voluntaria, quæ fit per stipulationem Aquilianam inter volentes, vt si mihi stipulanti nouandi causa mulier promittat, quod mihi Titius debet: & nouatio necessaria, quæ fit iudicio accepto, lite contestata, vt si me agente, aut parante agere cum debitore meo, mulier pro eo litem subeat. Hæc sunt duo genera nouationum, *l. aliam, de nouat.* Vtraque autem nouatio, quæ facta est interuentu mulieris, rescinditur Senatusconsulto Velleiano, si modo in rem alienam fuerit; quia iudicium pro alio accipiendo se obligauit imprudens, & illum liberauit, *l.* 10. §. 1. *de in rem verso.* Verissimum enim est, quod ait *l. solutione, de solut.* Iudicium accipiendo vel soluendo pro debitore, debitorem etiam inuitum & ignorantem liberari: vtroque genere, debitorem liberari: sed vtroque tamen genere, quod notandum, interueniente muliere, liberanteque debitorem, non esse locum Senatusconsulto Velleiano. Multum enim interest, mulier pro alio soluerit, an iudicium subierit in rem alterius. Nam si iudicium susceperit in rem alterius, iuuatur Senatusconsulto Velleiano: si soluerit pro alio, non item: siue soluerit donandi animo, siue quasi gestura negotium debitoris, siue ex mandatu debitoris, *l. 4. & 9. C. ad Senatusc. Vell.* Quia quo facilius mulier se obligat, quam soluit pro alio, eo magis quoque subueniendum ei fuit se obliganti, quam soluenti pro alio, *l. 4. hoc tit.* Sunt enim mulieres per se satis parcæ numerandi. Et Menander recte;

Οὐκ ἔστιν ἐν γυναικὶ πλείστη χάρις.

Soluere igitur pro alio, non est intercedere. Intercedere est, se vel sua obligare. Ergo si iudicio accepto, suo nomine mulier alium defendat, non in rem suam, sed plane in rem eius, quem defendit, proculdubio iuuatur Senatusconsulto Velleiano. Sed si in rem suam propriam mulier alium defendat in iudicio, puta quod is si damnetur, regressum ad eam habiturus sit, vt puta, si fideiussorem suum conuentum a creditore suo iudicio defendat, ne condemnetur, & soluat, ac postea, quod soluerit a muliere repetat iudicio mandati, quia mandatu eius pro ea fideiussit, vel si defendat eum, qui sibi vendidit hereditatem aliquam, cum quo experiuntur creditores hereditarij: si hunc, inquam, defendat ne condemnetur, & soluat creditoribus hereditariis, ac post regressum ad se habeat ex stipulatione emptæ & venditæ hereditatis, quæ interponi solet inter emptorem & venditorem, de qua *l. 2. §. si quid, l. si ex pluribus, de hered. vend.* hoc casu intercedit quidem pro alio, sed quia intercedit in rem suam, vt se expediat ab illo regressu, quem veretur, reapse suam potius, quam rem alienam agit, suam potius, quam alienam obligationem suscipit, & ideo non iuuatur Senatusconsulto Velleiano. Et hoc est quod ait *l. 3. huius tit. Sed si eum, inquit, defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur:* rem suam agere, non est intercedere: si regressum, inquit, ad eam habeat. intercedit enim, vt illo regressu se absoluat, quem Græci solent appellare ἀναφοράν. Demosthenes aduersus Timocratem: Ἐκείνοις εἶναι ἀναφορὰς πρὸς τοὺς ἔχοντας, *ont leur recours contre ceux qui ont l'argent.* Euripides in Oreste:

ἔστιν ἡμῖν ἀναφορὰ τῆς συμφορᾶς.

Si quid aduersi nobis acciderit, habemus, quo recurramus, habemus ἀναφοράν, *habemus regressum ad illum.* Alter vero casus est in *l.* 11. *huius tit.* Si mulier quasi in rem suam, pecuniam acceperit mutuam, id est, si finxerit, se in vsus suos pecuniam mutuam accipere, cum id factum vellet alteri,

cui mox eam pecuniam erat creditura, hoc quoque casu, quamuis reuera intercesserit pro alio, tamen non iuuatur CS. Velleiano, *l. 4. in princ. l. bona fide, l. vir vxori, hoc tit.* Hoc SC. deceptis opitulatur, non decipientibus. hoc SC. deceptæ iuuantur, non decipientes, ἀπατώμεναι non ἀπατῶσαι, vt est in *l. 2. hoc tit.* Ipsa vero in casu proposito decepit creditorem ignorantem, quæ finxit, se in suos vsus rogare mutuam pecuniam, non creditor ipsam; qui scit quid agat, quidve moliatur, decipit: qui ignorat, decipitur. Et in Phormione recte: *Imo enimuero hic me decepit: nam hic me huiusmodi sciebat esse: ego hanc esse aliter credidi.* Et vt SC. Macedonianum, de quo diximus supra, ita SC. Velleianum scientibus tantum creditoribus obstat, & officit, quive scire potuerunt: nam supina ignorantia non excusat creditorem, *l. pen. ad SC. Maced.* & in hoc tit. *l. 12. & l. Seia. §. vlt. l. si fideiussores, & C. eod. tit. l. 5. & 7. & 18.* quod aliquando fuit mihi vsui in hac specie. Moribus prouinciarum quarumdam vir & vxor socij sunt rerum in matrimonio quæsitarum quarumcunque, & rerum mobilium, nisi aliud conuenerit, ne socij sint. Sed hoc raro fit in hisce prouinciis. Verum cum contigisset aliquando, vt in contrahendo matrimonio cauissent inter se, neque res mobiles, neque res quæsitas in matrimonio inter eos communes fore, nullam communionem inter eos fore, si constante matrimonio sumpserint mutuam pecuniam a creditore, qui eos acceperit quasi duos reos, existimans, vt fieri solet, eos mutuari pecuniam in rem communem, & esse socios, & mox creditor agat in solidum cum muliere, quia est rea debitrix in solidum, si, inquam, agat cum muliere, & illa obiiciat SC. Velleianum, iure creditor contra obiiciet replicationem doli mali, *l. 18. C. eod.* quia ignorauit, eam fuisse dissortem a viro, existimauit eam esse consortem viro in rebus mobilibus, aut in rebus quæsitis manente matrimonio, prout fieri vulgo consueuerat. Scienti denique mulieri aduersus ignorantem non succurritur. Et eleganter in specie proposita Paulus in hac *l. 11.* si aliter constituamus, id est, si dicamus, locum esse Senatusconsulto: *si mulier tanquam in suos vsus pecuniam mutuam acceperit, alij mox creditura,* vix vllus inuenietur, qui cum fœminis contrahere velit, quia ignorare potest, quid pecunia accepta facturæ sint. Denique quodammodo commercio cum fœminis interdictum esset. Et ita explicanda est *l. 11.*

Ad l. 2. de æstimat. act. &c.

Hæc actio vtilis est, etsi merces interuenit.

Porro vindicatur etiam huic libro 30. *l. 2. de æst. act.* quæ est vltima huius libri. Nam *l. 22. de excep. rei ind.* reddenda est libro sequenti, in quo applicabitur. Restat igitur tantum explicanda ex hoc libro illa *l. 2. de æstimat. act.* Si rem tibi æstimatam circumferendam, & vendendam dederim, vt ea vendita æstimationem, de qua inter nos conuenit, ad me referres: hoc negotium nouum est, & vacat proprio nomine, ideoque ex eo datur actio in factum præscriptis verbis, quæ dicitur æstimatoria, quia est de re data æstimata, & est actio bonæ fidei. Duæ tantum sunt actiones præscriptis verbis bonæ fidei, hæc, quæ æstimatoria dicitur, & ea, quæ ex permutatione nascitur. Cæteræ actiones præscriptis verbis, sunt strictæ. Cæteræ autem actiones bonæ fidei sunt xv. & maxime est necesse, vt studiosi habeant in numerato actiones bonæ fidei, quandoquidem data eis est in Institutionibus certa earum actionum enumeratio, quam memoriter scire oportet. Et miror plerosque adolescentes interrogatos de numero actionum bonę fidei obmutuisse. Sunt 15. Actio ex empto vendito (sunt duæ quidem, sed habentur pro vna) actio ex locato conducto, actio commodati, actio pigneratitia, actio negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelę, familiæ erciscundæ, communi diuidundo, petitio hereditatis, actio ex stipulatu de dote, & hæ duæ actiones præscriptis verbis. Locum autem habet actio præscriptis verbis æstimatoria, vt Paulus ait, in hac l. 2. etiamsi merces interuenerit, id est, non tantum, si gratuitam operam mihi circitor præbuerit, cui rem æstimatam circumferendam & vendendam dedi: sed etsi merces huius operæ interuenerit. Cui obiiciunt statim *l. rogasti, in fi. de præscr. verb.* Species hæc est: Prædium meum tibi permisi pignori dare tuo creditori sub certa mercede, certo pretio, & hac lege, vt mihi de eo prædio intra certum tempus reluendo & repignerando & reddendo fideiussorem dares. Non das fideiussorem, agam in te ex locato, quod non pareas legi locationis: neque enim ambigitur hoc genere me tibi locasse prædium meum certa mercede, vt tantisper eum oppignerares creditori tuo. Et merito igitur in illa specie, quia merx interuenit, datur actio ex locato, non præscriptis verbis. Verum vt statim respondeam, in hac specie valde ambigitur, an sit contracta locatio. Aliter respondet Accursius & bifariam: sed Glossa circumscribenda est. Assentior Fulgosio, qui & hanc esse rationem diuersitatis animaduertit, quod in hac specie magna sit ratio dubitandi, an sit contracta locatio. Rem tibi æstimatam vendendam dedi, pro tua opera tibi constituta mercede certa ea lege, vt vel mihi rem incorruptam & inuenditam redderes, vel æstimationem, de qua conuenit, siue pluris, siue minoris venderes. Videris tu quidem mihi locasse tuas operas, quia merces interuenit, ego conduxisse tuas operas. Sed quo minus dicatur contracta locatio conductio æstimatio rei facit, itemque redditio æstimationis, de qua conuentum est: res enim quę locatur, vulgo non æstimatur, nec contracta locatione æstimatio eius: sed eadem ipsa res redditur. In hac specie electio est eius, qui rem suscepit, vt vel eam ipsam reddat, vel æstimationem, de qua conuenit. Itaque hoc negotium longe discrepat a locatione conductione, quæ vulgo contrahi solet. Quod si merces huius operæ nulla interuenerit, si circitor gratuitam operam præbuerit amico, etiam ambigitur, contractum ne sit mandatum, quia mandatum solet esse gratuitum: imo est gratuitum semper: an vero contracta sit emptio, venditio; & neque vel mandatum esse contractum vel venditionem quisquam liquido affirmare possit. Videtur primum, mandatum non esse contractum, sed venditio potius, commutatio scilicet rei cum æstimatione, do tibi rem æstimatam, vt æstimationem ad me referas: non est simplex mandatum. Et rursus non videtur esse venditio, quia venditio vulgo fit, vt is qui rem accepit, id est, emit, (emere olim ac sumere idem erat). vt, inquam, is, qui rem accepit, eam sibi habeat, & retineat, non vt reddat; & emptori plane venditur, non vendenda datur: huic vendenda datur, non venditur: nec idem etiam est omnino æstimatio & pretium. Æstimari res potest citra venditionem, pretium non constituitur, citra venditionem: emptionis substantia consistit ex pretio, *l. pacta conuenta, de contrah. empt.* pretium emptor infert de suo, quoniam id omnino debet facere accipientis, *l. 1. de rer. perm. l. ex empto, §. 1. de act. emp.* In hac specie æstimationem infert, qui rem æstimatam vendendam suscepit, de alieno, de funda aliena, non de sua. Itaque cum non posset hoc genus negotij, vel mercede intercedente vel non intercedente vlli attribui negotio quod proprio nomine prędítum esset, ideo adnumeratum est hoc negotium, & agglutinatum iis, quæ nomine vacant, ac proinde etiam data est ex eo actio, quæ nomine vacat, id est, actio in factum præscriptis verbis, & specialis quidem, quæ non nominatur, sed appellatur æstimatoria, & est bonæ fidei. Dixi appellatur, non nominatur; quia diuersa sunt nominare & appellare. Ad intellectum huius legis *rogasti* omnino pertinet *l. si vt certo 5. §. nunc videndum, Commod.* quam indicare volui, propterea quod non indicatur vulgo in illa *l. rogasti.* & omnino facit ad speciem eius legis, eamque distinctionibus adhibitis explicat ille *§. nunc videndum.*

IACOBI

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 2. depositi vel contra.

Quid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris, quam debuit, vendidit? actiones suas tantummodo præstabit.

DE actione depositi in hoc libro tractatur, & est de ea primum *l.* 2. *eiusd. tit.* Si heres rem apud defunctum depositam, vel commodatam vendiderit, cum existimaret, eam esse hereditariam, nesciret esse depositam vel commodatam, de ea quidem re, quam non habet, nec dolo malo desiit habere, non tenetur actione depositi, sed tenetur de pretio, quod ad eum peruenit, vt id depositori restituat: nam quemadmodum si rem haberet, dolo malo faceret, si eam reposcenti depositori non restitueret, *l.* 1. §. *est autem, hoc tit.* ita dolo malo facit nunc, si pretium, quod ex re tulit, non restituat. *d. l.* 1. §. *vlt.* neque enim æquum est, vt ex re deposita lucrum faciat *l.* 4. *hoc tit.* Sed vt in hac l. 2. subiicit Paulus, si nondum huius rei pretium ab emptore exegerit, vel si minoris, quam debuit, eam rem vendiderit, liberatur depositori cedendo actiones suas, puta si nondum pretium exegerit, cedendo actionem ex vendito aduersus emptorem, quæ actio pretij dicitur, *l.* 8. *&* 9. *C. de contrah. empt. l.* 7. *C. de act. emp.* at si minoris, quam debuit vendiderit, & minus illud pretium acceperit, quam actionem cedet depositori? Quæro, an vlla competit actio rescindendæ venditionis, ob id solum, quod minore pretio res venierit? minime, nisi ex *l.* 2. *&* 8. *C. de rescind. vend.* pretiū, quo res venierit, minus sit dimidia veri, & iusti pretij: nam si pretium, quo res veniit, quodque numeratum est venditori, vel dimidiam iusti pretij efficiat, adæquet, vt si res digna decem, venierit quinque, rata venditio est, nec rescindi potest. Itaque in hac *l.* 2. necessario ponere debemus, heredem, cum ignoraret rem esse apud defunctum depositam, eam minori pretio vendidisse, quam quod efficeret dimidiam iusti pretij, puta rem dignam 10. vendidisse 4. vel tribus. Quo nomine constitutio illa *l.* 2. docet venditori, qui imprudens dimidio minoris vendidit, rescindendæ venditionis causa, nisi emptor velit offerre, quod iusto pretio deest, competere actionem ex vendito: vt ibi Accursius interpretatur recte. Neque nouum est, vt ex vendito, vel etiam ex empto agatur ad rescindendam venditionem, *l.* 4. *de leg. commiss. l. ex empto,* §. *is qui vina, de act. emp.* His actionibus non tantum agitur de implenda emptione venditione, sed & quandoque de distrahenda & rescindenda emptione venditione. Hic vero apparet, quod est proditum in *d. l.* 2. non illa primum constitutione introductum fuisse: sed iam olim obtinuisse, nempe, vt si res dimidio minoris venierit, agere venditori liceat de rescindenda venditione, nisi emptor offerat, vt dixi, quod iusto pretio deest, vt si res fuerit digna 10. & venierit 4. nisi emptor offerat 6. Et in hanc rem profecto hic locus summe notandus est, qui omnino hoc peruincit, ius illud ante Diocletianum & Maximianum, qui auctores sunt l. 2. obtinuisse. Habeo & aliud huiusce rei maximum argumentum, quod in his libris sit quidem relata species rei venditæ ad finem dimidiæ iusti pretij, vt in *l.* 47. *de euict.* serui valentis siue digni 10. & venditi 5. quæ venditio rata est; nusquam vero inuenietur species rei venditæ dimidio minoris, ita vt venditio rata sit. Deinceps ergo dicamus ius illius constitutionis non esse nouū, idque firmemus ex *d. l.* 47. & ex hac *l.* 2. Si igitur heres, vt redeam ad speciem propositam, qui ignarus rem apud defunctum depositam, vendidit quasi hereditariam, nondum pretium acceperit, vel si eam rem vendiderit dimidio minoris, non tenetur quidem depositori iusti pretij nomine, quod vel nullum accepit, vel iusto accepit dimidia parte minus, liberatur cedendo actionem ex vendito aduersus emptorem, eumque faciendo procuratorem in rem suam, quod cessio facit. Quid est cedere actiones? facere procuratorem, vel in rem alienam, vel in rem suam, quia scilicet nihil aliud habet heres quod depositori præstare possit: nec enim pretium habet, aut quod habet dimidia iusti inferius est. liberatur ergo cedendo actiones suas, & depositorem faciendo procuratorem in rem suam, non in rem heredis, vt fit etiam in similibus speciebus in *l. quod si in diem* §. *idem Iulianus, de petit. hered. & l. eleganter* §. *si vendiderit, de pignerat. act.* Cessio pro iusta præstatione est. Et hæc quidem ita seruantur, siue is, qui deposuit, depositæ rei dominus non fuerit, vel eam ab emptore vindicare non possit, id est, si rem ab emptore vindicare non potuerit, quod dominus non fuerit rei depositę, vt tum agat in heredem depositarij, vt vel sibi cedat actiones suas aduersus emptorem, a quo ipse rem vindicare non potest: siue rei depositæ fuerit dominus, & emptor eam vsuceperit, vel etiamsi non vsuceperit, & malit depositor in personam agere, quam in rem.

Ad leg. 13. eod.

Si quis inficiatus sit non aduersus dominum: sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret: aut eius qui deposuisset, heredem: nihil dolo malo fecit. Postea autem si cognouerit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.

§. 1. *Competit etiam condictio depositæ rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit. Non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit.*

DE eadem actione depositi est *l.* 13. *eod. tit.* cuius duæ sunt partes, quæ pertinent ad eum, qui inficiatur depositum. Ait in principio, *si quis inficiatus sit, &c.* Quintil. declam. 245. *Inficiari,* inquit, *est depositum nolle soluere.* Et in inficiatorem ex 12. tabul. olim erat actio depositi in duplum: hodie ex edicto prætoris est in simplum tantum, sed famosa & turpis actio est, & in qua lis æstimatur iureiurando actoris, *l.* 1. §. *in depositi, hoc tit.* & interdum etiam ex edicto prætoris actio depositi est in duplum aduersus inficiatorem, non aduersus confitentem, vt puta si eo nomine agatur, quod ruinæ, naufragij, incendij, tumultus causa depositum sit. depositum ex his causis repente nullis adhibitis testibus, vt fit, inficiari maiori pœna dignum est, acerbiori iudicio persequendum, & vindicandum. Et hæc ostenduntur in §. *sed furti, Instit. de action. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Et quod dixi de actione depositi generaliter, ex omnibus causis in inficiatorem eam fuisse in duplum ex 12. tab. id ex Pauli 2. sent. proditum est apud Licinium Rufinum *tit. depos.* Verum ita demum depositarius inficiari, & dolo malo versari videtur, & consequenter infamia notatur iudicio depositi, si domino reposcenti depositum non reddat, cuius statim reddendi facultatem habet. At non videtur infitiari, vt in priori parte huius legis Paulus ostendit, si alio reposcente depositum, qui non deposuit, puta procuratore vel herede domini, quem depositarius non nouit, quem ignorat esse procuratorem, vel heredem depositoris, quem imo suspicatur, neque verum esse procuratorem, neque verum heredem, cuique reposcenti depositum, quod prudentes depositarij faciunt, dicit, ego a te non accepi, te non noui, nescio an sis heres depositoris, an sis procurator, qualem te esse dicis. Denique potest ab eo desi-

derare probationem: alioqui iure ei denegabit restitutionem depositi, rei depositæ, iure recusabit actionem depositi. Is igitur infitiari non videtur, qui reddere non vult ei a quo non accepit depositum, non probanti, se heredem esse, vel procuratorem. At si postea ille id probauerit, & si postea depositarius cognouerit illum esse verum heredem, aut verum procuratorem, nec depositum ei reddat, infitiari videtur, & condemnatus notatur infamia. Non satis est semel ab initio caruisse dolo, sed dolo carere semper oportet. Et in hanc rem est hic locus valde notandus, quod confirmatur etiam *l. 3. hoc tit.* Si ab initio ignoraui te esse heredem depositoris, culpandus non sum. Sed si postea cognoui te esse heredem, quamuis initio id non cognouerim, initium illud non me excusat a sequenti infitiatione. Et hoc est, quod habetur in priori parte huius legis. In posteriori parte ostenditur infitiationem depositarij coerceri non tantum actione depositi, sed etiam condictione certi, quæ est stricta actio, qua scilicet depositor heresue eius intendit *sibi dari oportere rem suam, quam deposuit*: ita omnino quasi in furem: nemo enim rem suam condicit (hæc est regula iuris) nisi furi condictione furtiua: imo & quasi furi rem suam condicere licet, nempe agendo hoc modo: *si paret te mihi rem illam dare oportere*, quæ formula siue actio est acerbior, quam actio depositi: quia in condictionem venit res, qua de agitur, si perempta sit, etiamsi fuerit apud actorem interitura: in condictione res venit omnimodo, siue exstet, siue interierit, & siue fuerit apud actorem interitura, siue non, *l. si cum exceptione, §. quatenus, de eo quod metus causa*, quæ tamen non veniret in actionem depositi, si interitura esset omnimodo, etiamsi statim restituta fuisset depositori, *l. 14. §. vlt. hoc tit.* Vnde ita concludamus, condictione siue formula huiusmodi: *Si paret rem illam mihi dari oportere*, vel, *quod mihi ex illa causa dari oportet*, non furem tantum teneri, aut conueniri posse: sed & quasi furem, vt creditorem, qui soluta omni pecunia pignus infitiatur, *l. 4. §. res, de reb. cred.* vt item vxor, quæ res viro amouit diuortij causa, *l. 6. §. vlt. l. 17. §. pen. l. 24. & 25. rer. amot.* Et vxor quidem, quæ res amouit viro, multo magis, quia etsi amouisse dicatur, lenitate verbi tristitiam rei mitigante, vt ille ait, non furto subripuisse, propter honorem matrimonij, tamen reuera furtum fecit, vt ait *l. 29. eod. tit.* Infitiatio autem non est furtum, nisi rei creditor vel depositarius possessionem interuerterit. Infitiatio per se sola non est furtum, neque verbo, neque scriptura, neque animo solo, neque infitiatione sola fit furtum, sed contrectatione & interuersione possessionis. Infitiatio igitur non est furtum, sed est prope furtum, vt eleganter ait lex *infitiando, de furt.* quæ lex tota Gallice reddita est in consuetudinibus Normaniæ cap. 7. *Il y a, dit-il, vn peu de saueur de larrecin*: Denique nemo, vt ait Paulus, in hac posteriore parte, hoc ipso, quod depositum accepit, tenetur condictione, sed agi tantum cum eo potest depositi actione in hunc modum: *Quod te mihi ex fide bona reddere, restituere oportet*, non dare. At, inquit Paul. si id dolo admissum sit, id sc. quod dixit in priori parte, id est, si infitiatus sit, cum eo dominus potest agere condictione, *Quod te mihi dare oportet.* Et ita explicanda est posterior pars, quæ vulgo non intelligitur.

Ad l. 31. De adquir. rer. domin.

Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. §. 1. Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cuius non exstat memoria, vt iam dominum non habeat. Sic enim fit eius, qui inuenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, condiderit sub terra: non est thesaurus. Cuius etiam furtum fit.

Addamus etiam his duabus legibus *l. 31. de adquir. rer. dom.* Cum hoc libro, vt verisimile est, Paulus docuisset, apud deponentem manere dominium & possessionem rei depositæ: deposito dominium non mutari, non transferri in depositarium: quod & ita scriptum est nominatim in *l. licet. 17. §. rei. depos.* Quod idem & de re commodata dicitur *l. 9. commod.* & de re locata *l. non solet, loc.* & de re pignerata *l. cum & sortis §. vlt. de pigner. act.* Subiecit generaliter Paulus in *d. l. 31. de adquir. rer. dom.* nunquam nudam traditionem transferre dominium, quod est principium iuris, nisi præcesserit iusta quædam causa transferendi dominij, veluti venditio, permutatio, donatio, dos, mutuum, adiudicatio, *l. 3. & 4. & tribus aut 4. seqq. de Publ. in rem act.* depositum non esse iustam causam adquirendi dominij: tradi quidem depositario rem, sed hanc traditionem esse nudam, quia depositum non est iusta causa adquirendi dominij. Et ne quis obiiceret thesaurum depositum, qui iure gentium inuentori adquiritur secundum distinctiones traditas in Institut. quæ sunt notissimæ: Paulus in *d. l. 31.* statuit duo esse thesauri genera, vt etiam *l. pen. §. vlt. de auro & arg. leg.* Vnum, cuius memoria non extat: & hic quidem thesaurus fit eius, qui inuenerit, adquiritur ei, quia nec dominum habet, nec alterius est, quia nescitur cuius sit. *Thesaurus*, inquit, *est vetus depositio pecuniæ, cuius memoria non extat, vt iam dominum non habeat.* Sic enim fit eius qui inuenerit, quod non alterius sit. Alterum genus thesauri est, cuius memoria extat, vt si quis metus vel custodiæ causa, vel præsidij, vel lucri pecuniam sub terra condiderit, pecuniam terræ commendauerit, deposuerit: huius depositi dominium non mutatur. Imo & eius pecuniæ furtum fit, si quis sciens cuius ea sit, thesaurum effodiat, & pecuniam auferat. Denique depositum, quod dominum habet, non potest adquiri depositario, ne possessione quidem longissimi temporis. At depositum quod dominum non habet, vt qui thesaurus dicitur proprie, inuentori iure gentium adquiritur, & tale depositum dicitur proprie thesaurus. Ex hoc libro iam exposui legem 2. & 13. *depositi*, & ex eodem libro *l. 31. de adquir. rer. domin.* accommodaui etiam ad actionem depositi, hoc modo: id enim paucis repetere operæ pretium est, nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita, si iusta quædam causa præcesserit adquirendi dominij, propter quam traditio sequeretur, veluti venditio, permutatio, donatio, dos. Ait, si *præcesserit*. Nihil tamen refert, præcesserit iusta causa transferendi dominij traditionem, an secuta fuerit, puta venditio præcesserit traditionem rei, an secuta fuerit; neque enim nuda esse censetur traditio, quæ primum facta est sine causa, si mox causa iusta transferendi dominij subsecuta sit, quod ostenditur aperte in *l. fine §. 1. de Public. in rem act.* Et ita etiam nihil interest, pactum præcedat stipulatio, an sequatur, *l. petens, C. de pact.* numerationem pecuniæ præcedat stipulatio, an sequatur, *l. 3. §. vlt. ad Senatusc. Macedon. l. 6. de nouat.* semper enim præcessisse intelligitur causa, vel tradendæ rei, vel paciscendi: causa stipulandi intellectu præcedit, etiamsi non re ipsa præcedat. Ergo hoc loco, si præcesserit, vel secuta fuerit. Depositum autem hoc est subintelligendum, non esse iustam causam transferendi dominij, quod ita nominatim est proditum in *tit. depos. l. licet 17. §. rei.* Ergo nudam esse traditionem rei, quæ fit ex causa depositi, nempe, quia nuda est, non iusta causa transferendi dominij. Et ne quis obiiceret thesauri depositum, statim in hac l. 31. duo facit thesauri genera. Vnum, quod dominum non habet: & hæc depositio pecuniæ, hic thesaurus, inuentori iure gentium adquiritur, quia dominum non habet, quod ita definit: *Thesaurus est vetus depositio pecuniæ, cuius non extat memoria, vt iam dominum non habeat.* obliuio perimit dominium. Eodem fere modo Cassiodorus 6. variarum: *Thesaurus*, inquit, *est depositiua pecunia, quæ longa vetustate competentes dominos amisit.* Longa vetustas perimit dominium. Alterum genus thesauri est, quod dominum habet, cuius extat memoria. Et hoc inuentori, vel solo, aut terræ, cui commēdatum est, non adquiritur, cuius etiam furtum fit, si quis

si quis sciens pecuniam ab aliquo sub terra reconditam effodiat, & auferat. Thesauri depositionem Paulus existimauit pertinere ad quęstionem depositi. Itaque *l.31.de adquir. rer. dom.* recte huic libro 31. adscribitur qui totus fuit de deposito & commodato. Nunc veniamus ad *l.22.de except. rei iudic.* quæ est ex eodem libro, & de actione depositi.

Ad l. 22. de exceptione rei iudicatæ.

Si cum vno herede depositi actum sit, tamen & cum cæteris heredibus recte agetur. Nec exceptio rei iudicatæ proderit: Nam etsi eadem quæstio in omnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit. Et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis agetur: exceptio rei iudicatæ non nocebit: quia de alia re agitur.

DVæ sunt eius legis partes. ad priorem notandum est: si plures sint heredes depositarij, ex facto siue dolo depositarij defuncti singulos teneri non in solidum, sed pro parte hereditaria, siue quid ad eos peruenerit, siue nihil peruenit, quia dolus ex contractu venit, reique persecutione, dolus in contractu versatur, *l. 7. §. 1. & l. 9. depos.* Et ideo, si, vt in priori parte huius legis proponitur, cum vno ex pluribus heredibus depositi actum sit, videlicet pro parte hereditaria ex dolo defuncti, & is forte absolutus sit, tamen & cum cæteris heredibus agi eadem actione potest: nec obstat exceptio rei iudicatæ, quia huic exceptioni locus est, si eadem de re iterum agatur inter easdem personas, *l.3. & l. 71. §. & generaliter, hoc tit.* at in hac specie eædem non sunt personæ, quibuscum denuo depositi agitur. Singuli enim heredes suo nomine, inquit, seorsim scilicet & separatim conueniuntur pro parte hereditaria, non communi nomine in solidum, quæ personarum mutatio facit, vt etsi eadem res, eademque quæstio in omnibus iudiciis versetur, puta de restituendo deposito: tamen alia atque alia lis siue res esse intelligatur, atque adeo, vt non sit locus exceptioni rei iudicatæ, cui duntaxat tunc locus est, quum de eadem re idem cum eodem agit. Et hæc est sententia prioris partis huius legis, ex qua colligitur, absolutionem, siue victoriam vnius ex heredibus cæteris non prodesse. Neque enim si cum cæteris postea agatur eodem iudicio, se tueri possunt exceptione rei iudicatæ, qua coheres absolutus sit. Quod verum est, etiamsi omnibus fuerit eadem defensionis causa, puta quod post dolum admissum cum depositario actor pactus sit, ne doli nomine cum eo ageret, ne depositi ageret. Omnibus ex eadem causa defensionis, nempe pacti habiti cum defuncto, ne cum eo ageretur depositi. Et tamen ex hac causa, si vnus absolutus sit, cum quo actum est solo, non ideo & cæteri absoluti intelliguntur: nec si conueniantur, tueri se possunt exceptione rei iudicatæ, etiamsi vt dixi, omnibus sit eadem causa defensionis, vt & recte hoc loco Doctores sentiunt contra Accursij Glossam, qui tamen Accursius in *l. si quis separatim §. vlt. de appellat.* quam huic legi opponit, vt exposuit sententiam suam, recte sensit, in communi causa, communi lite, quotiens pluribus condemnatis alter appellat, alter non appellat, *d. l. si quis separatim, §. vlt.* ait, eius qui appellauit victoriam, ei proficere, qui non appellauit. Quod confirmat etiam *l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus appellau.* Sed hoc ideo, quia communis lis omnium erat, quandoquidem omnes vna sententia priore iudicio damnati erant, quod posteriori iudicio, vel vno exercente appellationem, in totum corrigitur. communis condemnatio, quæ in totum corrigitur, necesse est vt & tacenti & quodammodo acquiescenti prosit. In specie autem, de qua agitur in hac lege, separata cuiusque heredis lis siue causa est, quia, vt initio diximus, singuli suo nomine pro parte hereditaria tenentur. non mirum igitur, si absoluto vno, si absolutio vnius non prosit cæteris. Præterea lex *a sententia, de appell.* quam etiam huic legi Glossa opponit, nihil obest: vno ex heredibus damnato vel absoluto, pręiudicium fit cæteris. Hoc colliges ex illa lege. fit sane, præiudicium qualequale, vt ibidem Accursius notat, non quod vel absolutio vnius cæteris prodesse, vel condemnatio obesse possit: præiudicium, & multo magis præiudicium quale quale longe mutat, distatque a iudicio. non omne præiudicium necessarium est. In posteriori parte huius legis ostenditur ex contrario, nihil etiam obstare exceptionem rei iudicatæ, si cum herede depositi actum sit ex dolo defuncti, & iudicio finito, ac forte absoluto herede, cum eodem postea agatur ex dolo proprio in solidum, quia etsi eadem sit persona, cum qua denuo agitur, non est tamen res quæstiove eadem. Prius enim iudicium fuit de dolo defuncti, posterius est de dolo heredis proprio. Igitur in priore parte huius legis non obstat exceptio rei iudicatæ, si eadem res sit, quæ retractatur, & reducitur in iudicium, modo sit alia persona. Et e contrario in posteriori parte non obstat exceptio rei iudicatæ, si eadem sit persona, cũ qua iterum agitur eadem actione, modo non sit eadem res, eademve quæstio. Et ita explicanda est *l.22.* huic etiam l.31. adscribitur *l.12. de nouat.*

Ad l. 12. de nouat.

Si quis delegauerit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat: similis videbitur ei, qui donat: quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorãtiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione aduersus creditorẽ vti poterit, quia ille suum recepit: sed is, qui delegauit, tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset: vel certi, si soluta esset. Et ideo cum ipse præstiterit pecuniam, aget mandati iudicio.

HÆc lex non est de actione depositi, vt superiores, sed de actione mandati, de qua est liber 32. qui sequitur, cui & hanc l. 12. emendata inscriptione arbitror esse reddendam. Verum non ideo minus hoc loco eam anteuertam cæteris, quæ sunt in libro sequenti plurimæ de actione mandati, quamquam ordo desideraret de actione mandati nos tractare incipere a *l. 1.* quæ est ex seq. lib. Verum anteuertamus hanc l. 12. Delegatio debitoris, vel non debitoris, species est mandati, vt puta, si debitorem vel non debitorem meum rogauero, vt quod ego L. Titio debeo, id L. Titio ab eo stipulanti promittat. quod si fecerit, si delegationi meæ paruerit, ego liberor, quia delegatio & nouatio, quæ eam secuta est, pro solutione habetur, *l. qui debitorem, de fideiuss. l. si rem §. vlt. hoc tit.* liberatur etiam a me ille, quem delegaui, si debitor meus fuerit. Denique creditor meus mutat debitorem, debitor autem meus, quem delego meo creditori, mutat creditorem. Potest autem delegari, vel quod idem est, expromissor dari etiam non debitor. Quid ni? Et non debitor dicitur etiam qui se tueri potest exceptione doli mali, vel in factum, quo minus condemnetur, quia inanis est obligatio, quæ per exceptionem perpetuam perimitur, *l. pen. C. de cond. ob turp. caus.* Fac igitur me creditori meo delegasse debitorem meum, qui se tueri poterat aduersum me exceptione doli mali: Distinguendum est: aut scientem se illa exceptione tutum esse, delegaui, aut ignorantem. Si scientem, similis est ei, qui donat, sicut is, qui sciens indebitum soluit, *l. 53. de regul. iur.* Similis, inquam, est, ei qui donat, quoniam quam habuit exceptionem remittere videtur, remissio exceptionis donatio est. Quod si ignorantem & errantem in facto, nescientem sibi competere exceptionem doli mali delegaui, nulla exceptione se tueri potest aduersus creditorem meum, cui delegatus est, quia ille suum recepit, id est, quod sibi reuera debetur, & suum negotium bona fide gessit. Quod idem & in *l. seq.13.* ex Vlpiano proponitur, & multis aliis locis, in quibus eadẽ ratio redditur, quia creditor suum recepit. Id igitur auelli ei non potest, *l. repetitio, de cond. ind.* Et ita etiam danista apud Plautum *meum*, inquit, *peto*: suum petit, qui, quod sibi iure debetur, petit: ergo, qui etiam ignorans se iure prætorio non teneri propter exceptionem,

expromisit creditori alieno, cui delegatus est, non potest non ei soluere, non potest effugere quin soluat. Verum debitor, qui eum delegauit, ei tenetur condictione certi, si pecuniam soluit, vt ei reddat solutam pecuniam: vel si nondum pecuniam soluit, ei tenetur condictione incerti, vt ait hoc loco, vt eum liberet soluendo creditori suo, vel qua alia ratione, vt *l. pure §. pen. de doli except.* Liberatio est res incerta, quia incorporalis, quæ sub sensum non cadit. Pecuniæ certus numerus, res existimatur esse certa propter certum numerum. Et ideo pecunia repetitur condictione certi: liberatio condictione incerti, *l. 3. de condict. sine causa*, prout quæque res est quæ petitur, vel repetitur condictione certi vel incerti: condictio est certi vel incerti: cõdictione incerti condicitur liberatio, cautio, obligatio, possessio quoque. Additur in extremo huius legis etiam eum, qui delegauit debitorem suum creditori suo, ignorantem se tutum esse exceptione perpetua, delegato si pecuniam soluerit ei, cui delegatus est, teneri actione mandati, non condictione tantum certi, si pecuniam soluerit, sed etiam actione mandati, quia ex mandatu eius soluit. Delegatio mandatum est. Condictionem igitur concurrere cum actione mandati, sed alteram per alteram consumi, vt *l. in duob. §. exceptio, de iureiur.* nec alius est sensus vltimi versus huius legis: nec fuit cur huic vltimo versui Accursius affingeret nouam speciẽ, puta creditoris, qui mandauit debitori suo, vt solueret creditori suo. Non etiam delegauit, inquit, quia existimauit: si delegauit non competere delegato actionem mandati, quasi scil. non sit idem mandare & delegare, vt mandata iurisdictio, quæ & delegata dicitur, *l. 1. de offic. eius cui mand. est iurisd.* Finis igitur legis hoc tantum vult, si delegatus soluerit pecuniam, suppetere ei duas actiones, quibus solutam pecuniam repetat ab eo, qui delegauit, vel condictionem certi, vel actionem mandati. Quod fit etiam, quum fideiussor soluit pro reo principali: nam a reo principali solutum repetit vtra vult actione, mandati vel condictione certi, *l. fideiussorem, mand. l. 5. de except. rei iudic.* Quod dixi in extremo huius recitationis, mandare & delegare idem esse; Iurisdictionem mandatam & delegatam idem esse, delegationem debitoris vel non debitoris, qui suscipiat obligationem, qua sumus obstricti apud creditorem nostrum, nouatione facta esse mandatum, id comprobat omnino, quam omiseram heri *l. cum indebitum §. 1. de condict. indeb.* Nunc veniamus ad lib. 32.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 1. Mand.

Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. 1. §. *Ideo per nuntium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi potest.* 2. §. *Item siue rogo, siue volo, siue mando, siue alio quocunque verbo scripserit: mandati actio est.* 3. §. *Item mandatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest.* 4. §. *Mandatum nisi gratuitum, nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces: Interueniente enim pecunia, res ad locationem & conductionem potius respicit.*

Totus hic liber fuit de actione mandati, & de actione pro socio, ex quo iam anteuerti dare leg. 12. *de nouat.* propter inscriptionem, quam tamen emendandam esse censeo, illa lege reddita huic libro, non superiori. Et quod in hoc libro primum Paulus scripsit de actione mandati, id exstat in *l. 1. mand.* obligationem mandati nudo consensu cõtrahentium consistere. quod post actionem depositi, videtur Paulus adscripsisse ad differentiam obligationis depositi, de qua egit superiore libro, quæ contrahitur re, non nudo consensu, mandatum contrahitur nudo cõsensu. Et ideo mandatum, ait, suscipi, darique posse inter absentes per nuncium, qui aliquid ab alio ad alium perferat, vel per epistolam, si, vt subiicit, quis scripserit, *rogo*, & alter rescripserit, *recipio*. Imo sæpenumero epistola mandatum est. *Iosephus 7. de captiuitate Iudaica*: ἐδίδοσαν ἐπιστολάς: Rufinus interpres: *dederunt mandata*, quam interpretationem & sequentia Iosephi confirmant: ἐπειδὴ ἐπέγνωσαν τὰς ἐντεταλμένας αὐτοῖς: *vbi intellexerunt quæ sibi mandata essent.* Recte autem ait, *Per nuncium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi posse.* Nam susceptio mandati perficit mandatum, non epistola vel nuncius solum, qui mandantis declarat voluntatem. Denique his verbis *rogo*, & *recipio* perficitur mandatum: *Rogo* ex parte mandatoris, *l. rogatus, inf.* & innumeris aliis locis. *Recipio*, vel *suscipio*, ex parte mandatarij vel procuratoris. *Rogo*, inquit, hoc loco, vel *volo*, vel *mando*, adde, vel *peto*, ex *l. pen. de fideiuss. tut.* Imo & sic statuo, omne verbum precarium, omne verbum fideicommissariũ, & mandato contrahendo conuenire. hæc verba *rogo, volo, peto, mando*, non sunt imperatiua verba, non sunt directa verba, sed precatiua, mandatum verbis precariis contrahitur, aut initur verbis fideicommissi, non etiam quibuslibet verbis, non verbo *commendo, commendo tibi negotia illius, aut commendo tibi negotia mea: commendo tibi illum hominem, l. 12. §. eum quidem, hoc tit.* Quod verbum nec fideicommissum facit, nisi subsit aliud argumentum voluntatis defuncti, *l. 11. §. si ita quis, de leg. 3.* Verbum item *moneo* vel *admoneo*, mandatum non facit. Vnde & in *l. 42. de neg. gest.* quæ est ex hoc libro Pauli, qui ita distinguit: si serui mei rogatu, negotia mea administranda susceperis, aut duntaxat admonitus a seruo meo, ea suscepisti & gessisti, mecum ages negotiorum gestorum in solidum, non de peculio, vt in specie legis 41. quæ præcedit, & est ex libro superiori, quia mecum, non cum seruo meo quasi contraxisse videris, gestis vltro negotiis meis, admonitus tamen a seruo meo, aut mandatu serui mei, negotia mea suscepisti administranda. Et tunc mecum ages actione mandati de peculio, quasi ex contractu serui mei, vel de in rem verso, non actione negotiorum gestorum. Idem etiam dici potest de verbo *suadeo*, vel *consulo*, *l. 2. §. vlt. hoc tit.* non quod idem sit, *monere* & *consulere*, sed quod neutrum sit mandato contrahendo idoneum verbum. *consulit*, qui suadet vel dissuadet: *monet*, qui præsens aliquod commodum, vel incommodum monstrat, quod amplectamur vel fugiamus. Consilium datur siue consiliatur is, qui cogitat, & deliberat: monetur, qui de ea re, qua de monetur nihil cogitat. Et inde differentia inter fulmen consiliarium, & fulmen monitorium apud Senecam 2. *natur. quæstion.* Sequitur in hac l. 1. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri posse.* In diem differri, veluti rogo te vt Calend. proximis pro me fideiubeas apud Titium. Sub conditione fieri, veluti rogo te, vt si nauis ex Asia venerit, mihi illum fundum emas. Idemque proditum in *l. 3. & 4. de procurat.* procuratorem fieri posse, quod est, mandatum contrahi posse, vel in diem vel sub conditione: sed ibi amplius additur, procuratorem etiam fieri posse vsque ad diem certum, vel in perpetuum: quod hic non additur. Cur etiam hoc loco non addit, mandatum & ad diem, & in perpetuum contrahi posse: quia scilicet ibi agitur de procuratore ad litem, de procuratore ad agendum, vel defendendum, qui potest constitui vsque ad diem, puta vt vsque ad illum diem duntaxat litem, vel lites meas agat, vel in perpetuum, vt litium mearum sit perpetuus procurator. At hic agitur de procuratore ad negotia, veluti ad emendum, aut vendendum, vbi non est necesse tempus addere, ad quod vsque negotium illius gerat. Tempus enim non aliud huic rei præfiniri potest, quam quod huic negotio explendo sufficit, quod nec

nec perpetuum esse potest. Præterea additur in hac *l.* 1. mandatum nisi gratuitum nullum esse, vt *l. ita vt omnes* §. 1. *inf. hoc tit.* nam, inquit, mandatum originem ex officio, *du plaisir*, & amicitia trahit. Vnde M. Tullius pro Roscio Amerino: *qui mandatum violat, amicitiam violat.* nec enim mandat quisquam fere, nisi amico. Contrarium ergo est officio merces, id est, pretium operæ. Ac sane si interueniat pecunia numerata, pecunia certa pro mercede, vtrinque est actio locati, & conducti, non mandati, vel si interueniat alia res, veluti pro mercede operæ, non pecunia, vtrinque est actio in factum præscriptis verbis, non actio mandati, *l.* 1. *§. si quis seruum, depos.* Mandatum enim gratuitum esse debet, & quidem ex vtraque parte. Quomodo? quia nec pretio quis hoc probe redimit, vt procurator fiat alterius, maxime ad lites, *l. litem, C. de procurat.* nec procurator locat suas operas, quamuis salariarius sit, & esse possit. Mandatum recipit salarium, quod procuratori præbeatur. Recipit honorarium, & peracto mandato remunerationem, siue *ἀντίδωρον*, *l.* 6. *l.* 7. *l.* 19. §. *idem Labeo, hoc tit.* Mercedem, id est, pretium operæ non recipit. Hominum, inquit ille, charitas & amicitia gratuita est. Et alio loco, *liberalis, benignusque officium, non fructum sequitur.* Hæc sunt notissima. Transeamus ad leg. 3. quæ est ex hoc lib.

Ad l. 3. & 5. eod.

Præterea in causa mandati etiam illud vertitur, vt interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam. §. 1. *Et quidem si mandaui tibi, vt aliquam rem mihi meres, nec de pretio quicquam statui, tuque emisti: vtrinque actio nascitur.* §. 2. *Quod si pretium statui, tuque pluris emisti, quidam negauerunt, te mandati habere actionem: etiamsi paratus esses, id, quod excedit remittere: Namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit: illi vero, si velit, mecum esse.*

IN hac lege 3. docet Paulus, contracto mandato aliquando meliorem mandantis causam fieri à mandatario, siue procuratore non posse. Quod mirum videtur, aliquando fieri posse meliorem, deteriorem vero nunquam fieri posse. Hæc est certa definitio iuris. *Præterea*, inquit, *in causa madanti etiam illud vertitur vt interim, nec melior causa mandatnis fieri possit, interdum melior, deterior vero nũquam.* Vt interim, inquit, nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior. *Interim* & *interdum* promiscue dicit pro eodem. Quod Quintiliano & Senecæ amicum & familiare est, *interim*, dicere pro *interdum*. Et sic in *l. pen. §. vlt. de cond. & demonst.* interim, id est, interdum. Non potest autem fieri melior conditio mandatoris, vt explicare incipit in hac *l.* 3. & persequitur in *l.* 5. quæ simul explicabuntur, si cum mandauit, vt rem aliquam sibi quis emeret certo pretio, ille pluris emerit: si mandator pretium non finiuit, certum est, re empta quoquo pretio vltro citroque nasci actionem mandati: directam, vt ea res præstetur: contrariam, vt mandator reddat pretium, si rem mandatarius, vti rogatus est, suis nummis emerit. At si mandator pretium definiuit, veluti, rogo te, vt mihi illam rem emas vsque ad aureos 100. & procurator mandati fines egressus, pluris emerit, etiamsi mandatori maxime expediat, eam rem eo pretio habere, etiam immenso pretio, imo etiamsi mandatarius paratus sit remittere mandatori id quod pluris emit, ex sententia Sabini & Cassij, vt Institut. docent, mandati actio contraria mandatario non competit, vt vel pretium, quod finitum erat, recipiat, quia egressus est finem mandati: nec obest, quod id fecerit ex vtilitate mandatoris: neque enim temere licet migrare a fine, modoque mandati, alioqui nullum non mandatum consilio mandatarij corrumperetur. Ergo ex sententia Sabinianorum, si pluris emerit, nec si contentus sit pretio finito in contrahendo mandato, de eo recuperando cum mandatore agere poterit actione mandati contraria. Et Sabiniani vtuntur acutissima ratione, quia par & æquabile non est, vt mandatarius si velit, habeat in mandatorem mandati actionem remittendo id, quo pluris emit, & vicissim mandator non habeat in illum directam actionem ad rem recipiendam, si mandatarius nolit aliter iudicium accipere, quam si integrum sibi pretium reddatur, quod prænumerauit de suo. Secuti sunt Sabiniani rigorem iuris, qui vetat agere procuratorem ex causa mandati a se peracti, si id non peregerit ex fine mandati. At Proculiani, vt ostenditur in *l. seq.* benigniorem sententiam amplexi sunt, vt scilic. mandatario detur actio mandati contraria, vsque ad statutum siue ad præfinitum pretium, non vltra definitum pretium. Et ex hac concertatione duarum familiarum, duarum sectarum, animaduertere licet, quod & notat in *l.* 5. quam diligenter sunt seruandi fines mandati, quam attente sit seruanda forma mandati, quæ traditio iuris, & lex dicitur apud Sophoclem *in Trachiniis*: Νόμον εἶναι τὸ μὴ 'πιθυμεῖν, πομπὸν περισσὰ δρᾶν. *Legem esse ne* πομπὸς, *i. mandatarius quicquam agat, vel affectet agere supra quam ei mandatum sit.* Nam qui vel minimum excedit mandatum, aliud facere videtur: & qui aliud facit, non habet mandati actionem, & tenetur tamen mandati; quia quod rogatus est, quodque suscepit non fecit, sed aliud, quod mandati finẽ fregit. Et mox aliud ponit exemplum Paulus, quo euidentius apparet, non posse mandantis meliorem conditionem fieri re gesta aliter, quam mandatum sit. Mandaui tibi vt domũ Seianam mihi emeres 100. tu te id facturum recepisti, & non Seianam, sed Titianam, quæ longe maioris pretij erat, quæque lõge vtilior & commodior mihi erat, emisti tantundem, vel minoris: plane fecisti meliorem causam meam. Cæterum in me inuitum nõ habes mandati actionem, quia aliud fecisti, quam quod mandaueram. Idemque erit, si tibi mandauerim, vt fundum meum 100. venderes, tu receperis, & vendideris 90. duntaxat: quia & hic non implesti mandatum. Itaque integra mihi est vindicatio fundi, nec vindicanti mihi obstabit exceptio rei venditæ mandatu meo, & traditæ, quia non vendidisti eo pretio, quo iusseram: Sed additur exceptio iustissima, nisi tu vel emptor reliquum mihi offerat, quod mandato meo deest, puta 10. & me indemnem serues. Vnde & idem Paulus recte 2. Sent. eod. tit. *Certo*, inquit, *pretio rem iussus est distrahere, si minoris vendiderit mandati iudicio pretij summam poterit integrare* (quod est eleganter scriptum) *& venditio non dissoluetur.* Integratio pretij ratam faciet venditionem. Et hoc quidem Paulus in hac *l.* 5. probat argumento præcepti, quod dominus seruo dat: nam si seruo meo præcepero, vt rem meam venderet certo pretio, & ille minoris vendiderit, similiter eam rem vindicare possum, nec vlla me exceptio submouere potest a rei vindicatione, nisi mihi indemnitas præstetur. Seruo nostro non mandamus, sed præcipimus & imperamus. M. Tull. 1. de orat. *Si mandandum aliquid procuratori*, inquit, *de agricultura, vel imperandum villico*: villico, qui erat seruus plerunque. Seruus igitur meus quem negotio meo præposui, non est procurator meus. Inter dominum & seruum non contrahitur mandatum, non contrahitur precarium, idem est: Recta tamen est argumentatio a seruo ad procuratorem, a præcepto ad mandatum, vel contra. Vltimo loco huius legis docet, aliquando meliorem posse fieri mandatoris conditionem, iam docuit supra, aliquando non posse fieri meliorem, vt si seruum, quem mandaui mihi emi 10. procurator emerit 5. vel si eum emerit 10. id est, condicto pretio non solum, sed cum peculio, cum accessione, quia vno casu seruum emit intra pretium, puta, 5. & altero casu seruum emit non vltra pretium definitum, & non seruum solum, sed & peculium serui. Et vtroque casu meliorem meam conditionem fecit: & vltro citroque est actio mandati, quoniam, qui mandat, vt procurator seruum 10. emat, & hoc mandasse intelligitur, vt si fieri possit, eum minoris emat, vel vt tanti eum emat cum accessione aliqua. Et hæc est sententia harum legum l. 1. 3. & 5.

Ad leg. 9. eod.

De tuo etiam facto cauere debes.

EXposuimus nudiustertius ex titul. mandati, *l.* 1. coniuncta *l.* 42. *de neg. gestis.* & leg. 3. ac 5. Sequitur, vt veniam ad legem 9. ex qua intelligimus eum, qui mandatu alieno seruum, aut fundum emit, non tantum rem emptam restituere bona fide, & tradere mandatori debere, sed etiam si ei cautum sit de euictione, actionem ex cautione interposita euictionis nomine mandatori cedere debere, vt *l. proxima* §. *vlt. sup. l. possessio quoque* §. *vlt. de acquir. poss.* At præterea cauere eum etiam debere de suo facto id est, de euictione rei emptæ ob suum factum contingente, *l. si quis a multis, in fi. de nox. act.* Puta quod ante traditionem emptum seruum pignerauerit, & periculum est, ne iure pignoris a creditore euincatur, vel quod eum seruum manumiserit, qui se sit vindicatus in libertatem, vt *l. si post acceptum, de rei vindic.* Et ita is, qui vendidit hereditatem, non tenetur cauere, nisi de euictione suo facto contingente, *l.* 2. *circa principium, de hered. vend.* In illo loco, *Plane de suo facto venditor satisdare cogendus est*, id est, de euictione suo facto contingente, puta, quod rem aliquam hereditariam pignerauerit. Quæ tamen verba ibi Accursius male interpretatus est: & hoc idem est, quod ait Paulus in hac *l.* 9. *de tuo etiam facto cauere debes*, id est, de euictione rei emptæ, si qua ob tuum factum contigerit. Sequitur lex 22.

Ad leg. 22. eod.

Si mandauero tibi, vt pro me in diem fideiubeas, tuque pure fideiusseris, & solueris: vtilius respondebitur, interim non esse tibi mandati actionem, sed cum dies venerit. 1. §. *Item tractatum est, si cum in diem deberem, mandatu meo in diem fideiusseris, & ante diem solueris, an statim habeas mandati actionem. Et quidam putant, præsentem quidem esse mandati actionem, sed tanti minorem, quanti mea intersit, superueniente die solutum fuisse. Sed melius est dici, interim nec huius summæ mandati agi posse: quando nonnullum adhuc commodum meum sit, vt nec hoc ante diem soluam.* 2. §. *Interdum euenit, vt meum negotium geram & tamen vtilem habeam mandati actionem: veluti cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat: aut cum rogatu fideiussoris cum reo exporior, nam quamuis debitum meum persequar nihilominus & illius negotium gero. Igitur, quod minus seruauero consequar mandati actione.* 3. §. *Si hi quorum res veneunt, quas pignori dederunt, supposuerunt emptores, & eis emendas res mandant: mandatum intelligitur: licet, quantum ad meram rationem, mandatum non constitit: nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuæ.* 4. §. *Iulianus scripsit, mandati actionem consistere etiam in rem eius, qui mandatum suscipit, ex eo maxime probari: quod si, pluribus heredibus vendentibus, vni mandauero, vt rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte qua heres sit, obligatur mandati actione & obligat. Et sane si ille propter hoc extraneo rem non addixerit: quod mandatum susceperat, & bona fide esse, præstare ei pretium, quanti vendere poterat. Et contra, si emptor ad emptionem rei sibi necessariæ, idcirco non accesserat, quod heredi præcepisset, se ei empturum, æquissimum esse, mandati iudicio præstari, quanti eius interfuit, emptam rem habere.* 5. §. *Is, cuius bona publicata sunt, mandare alicui potest, vt ea emat: & si emerit, vtilis erit mandati actio, si non præstet fidem. Quod ideo receptum est: quia publicatis bonis, quidquid postea adquiritur, non sequitur fiscum.* 6. §. *Qui ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat: nihil mandati iudicio consequi potest, propter turpitudinem mandati.* 7. §. *Si tibi centum dedero, vt ea Titio dares: tuque non dederis sed consumpseris: & mandati, & furti teneri te, Proculus ait. At si ita dederim, vt quæ velles, dares, mandati tantummodo.* 8. §. *Si mandauerim seruo tuo, vt, quod tibi debeam solueret meo nomine: Neratius scribit, quamuis mutuatus seruus pecuniam, rationibus tuis, quasi a me receptam intulerit: tametsi nummos a creditore non ita acceperit, vt meo nomine daret, nec liberari me, nec te mandati mecum acturum: quod si sic mutuatus sit, vt pecuniam meo nomine daret, vtrumque contra esse, nec referre alius quis, an idem ipse seruus nomine tuo, quod pro me soluebatur acceperit. Et hoc verius est, quoniam quotiens suos nummos accepit creditor, non contingit liberatio debitori.* 9. §. *Fugitiuus meus, cum apud furem esset, pecuniam adquisiit, & ex ea seruos parauit: eosque Titius per traditionem a venditore accepit. Mela ait, mandati actione me consecuturum, vt restituat mihi Titius: quia seruus meus mandasse Titio videbatur, vt per traditionem acciperet: si modo rogatu serui hoc fecerit. Quod si sine voluntate eius venditor Titio tradiderit, tunc posse me ex empto agere, vt mihi eos venditor traderet: venditoremque per condictionem a Titio repetiturum, si seruos tradiderit Titio, quos non debuerit, cum debere se existimaret.* 10. §. *Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non soluerit, Trebatius, Ofilius, Labeo responderunt: his, qui præsentes fuerunt, competere aduersus eum mandati actionem: his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si præsentium mandatum exsecutus, id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est: nisi forte aduersus eos, qui mandauerunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint. Quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandauerint: in factum actio absentibus danda est in eos, qui mandauerint.* 11. §. *Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere: ita susceptũ consummari oportet, nisi renuntiatum sit. Renuntiari autem ita potest, vt integrum ius mandatori reseruetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi: aut si redundet in eum captio, qui suscepit mandatum. Et quidem si is cui mandatum est, vt aliud mercaretur, mercatus non sit: neque renuntiauerit, se non empturum: idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri eum conuenit. Hoc amplius tenebitur. (sicut Mela quoque scripsit) si eo tempore per fraudem renuntiauerit, cum iam recte emere non possit.*

IN hac lege 22. & in l. 26. proponuntur multæ & variæ species, siue quæstiones de actione mandati. Prima hæc est: Cum pure deberem Titio 100. mandaui tibi, vt pro me apud eum in diem fideiuberes, puta Cal. proximis, te ei pro me pecuniam debitam soluturum: tu egressus mandatum non fideiussisti in diem, sed pure statim soluisti. Neq; potes solutum Titio condicere, quia suum recepit: neque id potes a me repetere contraria actione mandati, antequam dies venerit, in quem mandaueram tibi, vt fideiuberes. Male Accursius hoc loco ponit, quod miror, me nihil debuisse Titio: Nam si nihil debui, tu quoque nihil debes, nihil obligaris, & fideiussisti inutiliter, atque adeo quasi indebiti soluti condictionem habes. Ponenda est igitur species vt dixi ante. Inde vero mox quæritur, si cum in diem Titio 100. deberem, tu mandatu meo in eundem diem fideiusseris, & solueris tamen ante eum diem, an statim tibi sit in me actio mandati contraria, soluti reciperandi gratia. anceps quæstio, & quæ varie a prudentibus agitata est, quod in §. 1. huius legis Paulus indicat, dum ait, *item tractatum est.* Sunt enim, qui dicant, statim quidem tibi in me competere actionem mandati, sed non in solidum, id est, tanti minorem quanti mea interest superueniente die solutum fuisse, id est, deducto commodo medij temporis, ita scilicet, vt si ante diem solueris 100. & commodum medij temporis, quod tu præuertisti, æstimetur 10. non habeas ante diem, nisi residui puta nongentorum repetitionem: contra vero Paulus, cui, vt arbitror, non defuerunt adstipulatores, melius esse existimat in totum differri actionem mandati in diem superuenientem. Melius hoc inquam, esse, quam statim minorem actionem reddi deintegratam, deminutamue pro rata cõmodi medij temporis quia

quia & tu ante diem soluere non debuisti, neque compelli potuisti, *l. 16. §. pen. de fideiuss.* Et ideo quod solueris ante diem, a me repetere non potes actione mandati, neque id creditori condicere quasi indebitum, quamuis id solueris ante diem per errorem facti, quia præsens obligatio fuit, & solutio tantum collata in diem, siue petitio, *l. in diem, de condict. indeb. l. 51. inf. hoc tit.* Priore casu, qui ponitur initio huius legis, ad soluendum compelli potuisti, quia pure fideiussisti pro me etiam obligato pure. In quo tamen casu, si differtur actio mandati, vt dictum est: & multo magis differri debet in hoc posteriore casu, quo ante diem ad soluendum cogi non potuisti. Idque Paulus melius esse ait, vtiliusque, tam fideiussori meo scilicet, ne quid de summa soluta deducatur, sed tota ei reddatur, quam etiam mihi, quia nonnullum adhuc commodum meum est. Nonnullum, quod scilicet, facilius intelligi', quam explicari potest, vt ne facta illa deductione residuum ante diem soluam. Nonnullum est commodum, inquit, & residuum non soluere ante diem, quod mihi eripitur, si licet statim fideiussori agere mecum, deducto interusurio medij temporis. Et ita hic §. 1. explicandus est: cui tamen vehementer obstat lex *si constante §. quotiens, solut. matrim.* Si maritus soluto matrimonio statim satisdare non possit mulieri de dote reddenda annua die, quod hodie est legitimum tempus reddendæ dotis, quæ in rebus mobilibus consistit, si, inquam, non possit satisdare deducto commodo medij temporis, statim residuam dotem repræsentare debet, nec differre actionem dotis in annum, etiamsi hoc mulier malit. Idem omnino, vt retuli ante, vt quidam censebant in specie in hoc §. proposita, deducto scilicet interusurio medij temporis, statim residuam pecuniam fideiussori esse repræsentandam, qui soluit ante diem: cur tamen Paulus id non admittit, vt & in illa specie §. *quotiens*, id admittitur? An vt Accursius sentit, & cum eo DD. omnes, quia ibi maritus, cum ante diem reddendæ dotis satisdare deberet, non satisdedit: An ideo vel habita ratione interusurij, residuam dotem statim reddere debet, quod non satisdederit, quod non impleuerit satisdationem dotis sua die reddendæ? Hæc ratio non est idonea, quandoquidem communis est ratio, & locum habet in vtraque specie: nam & in specie proposita in hoc §. 1. quæ non minus est bonæ fidei quam illa. Illa est species dotis: hæc est species mandati. vtraque species est bonæ fidei. Ideo potuit a mandatore ante diem exigi satisdatio, vt seruatur in omnibus bonæ fidei iudiciis, *l. 38. pro soc. l. in omnibus, de iudic.* Ergo obseruandum esse censeo ante dictum §. *quotiens*, Vlpian. ind *l. si constante*, egisse de marito inope & egeno, quiue egenus fieri periclitatur, veluti de marito filiofamilias exheredato a patre, a quo dos potest repeti etiam manente matrimonio, vt docuit ante §. *quotiens.* & mox de inope etiam marito Vlpianum agere in §. *quotiens*, qui soluto matrimonio de dote annua die mulieri reddenda satisdare non potest, propter inopiam impendentem sibi, vt frequenter vsu venit, ne quis pro eo fideiubere velit, qui vergit ad inopiam, *l. denuntiatio in fine, ad leg. Iul. de adult. l. 2. de custod. reor. l. 1. §. si cum duobus, de bonor. coll. l. 8. §. penult. hoc tit.* quem maritum, vergentem scilicet ad inopiam, ideo Vlpianus ait statim, non exspectato anno, vel deducto commodo medij temporis, id est, annui spatij residuam dotem repræsentare debere, nec ferendam esse mulierem stultam, si dicat, magis se velle diferre actionem de dote in annum, quam vel tantillum de dote remittere, & pati in repræsentatione deductionem, *de peur qu'on ne luy rogne rien.* Et hodie hoc magis vsurpatur, hodie inquit. Olim enim & in specie dotis ante diem repetendæ idem obseruabatur, quod in specie hoc loco proposita, pecunię solutæ a fideiussore repetendæ ante diem, Paulus seruari melius esse censet. Verum, hodie inquit, aliud vsurpatur, quia ex vtilitate mulieris magis esse visum est, marito vergente ad inopiam, & ob id nequeunte dotis fideiussores inuenire, vtilius mulieri, inquam, esse visum est, vel cum deductione modica præsentem dotis pecuniam accipere, quam dilationem pati sub incerto euentu dotis recuperandæ. omne præsens pluris fit, etiamsi quid ei detrahatur, quam quod futurum est. Est versus Claudiani:

---- *Omne futurum,*

---- *Despicitur, suadentque sui præsentia fructum.*

Quia igitur in specie §. *quotiens*, maritus inops fieri periclitatur, vt vel argumentum non inuentorum fideiussorum demonstrat, atque peruincit, ideo satius est mulieri deducto commodo annui temporis, residuam dotem præsentem accipere. Hoc vtilitas mulieris, vtilitas, dotis exigit, quæ tamen vtilitas in specie, de qua agitur hoc loco, ex parte fideiussoris nulla proponitur, neque enim ponitur debitor dilabi ac diuergere ad inopiam. Vnde ita concludamus: vbi debitor in diem labitur facultatibus, si non satisdat, vtilius est creditori præsentem ab eo pecuniam exigere, deducto commodo medij temporis. Et permittendum vtique id ei est, ne in damno moretur. Vbi autem debitor opum integer est, & debitori & creditori vtilius meliusque est, in diem statutum differre actionem, iuxta regulam iuris, quæ debiti in diem pręsentem obligationem esse ait, & actionem tantum dilatam in diem, actionem non esse præsentem, §. *omnis, Instit. de verb. oblig.* A qua tamen regula est excipiendus casus inopiæ impendentis debitori, qui efficit primum quod est in *d. §. quotiens*, vt si satisdare non possit debitor, ante diem conueniri possit, saltem deducto compendio medij temporis. Deinde etiam hæc causa inopiæ imminentis debitori efficit id, quod specialiter & singulariter constitutum est *l. 1. C. de condict. ex lege.* vt si debitori fisci ex causa primipili, id est, ex causa, ex administratione annonæ militaris, quæ ad primipilum pertinebat, cuius quidem annonæ præstatio dilationem non patitur, si huic debitori, vt iterum inculcem, nihil aliud supersit in bonis, vnde soluat, deuorato, aut exhausto patrimonio, nisi nomina quædam debitorum in diem, tum vt illius debitores ante diem conueniri possint, vt satisfiat annonæ militari: vt, inquam, conueniri possint in solidum, hoc casu, etiam non deducto commodo medij temporis. Quæ omnia summæ notanda. Explicandus etiam nobis est §. *interdum*, qui sequitur. Si tuum negotium gessi mandatu tuo, mihi in te competit actio mandati, vt recuperem quod impendi in rem tuam, vel qua alia ex iusta causa. Sunt multæ causæ agendi contraria actione mandati, sed si meum negotium gessi mandatu tuo, nulla mihi in te competit actio, *l. 2. §. vlt. l. 6. §. plane, hoc tit. l. 1. §. idem quærit, depos.* Et hoc quidem verum est regulariter, ei, qui suum negotium gessit mandatu alieno, in mandatorem nullam esse actionem. Interdum tamen euenire Paulus ostendit in hoc §. vt meum negotium geram principaliter, & tamen habeam in te, qui mihi mandasti vt id gererem, mandati actionem, quia scilicet, & meo negotio tuum aliquatenus admixtum fuerit. Hæc est ratio. Et huius rei duo proponuntur exempla in hoc §. Primum est huiusmodi: Mandasti mihi, vt quod mihi debebas, idnouandi causa a debitore tuo, quem mihi delegasti, stipularer tuo periculo: stipulatus sum, meum negotium gessi, meam rem, mihi caui, *l. 12. de nouat. l. 9. §. si quis, de condict. causa data.* & tamen mihi in te actio mandati competit in id, quod minus a debitore tuo seruare potui: in solidum, si nihil a debitore tuo seruare potui, quia tu periculum nominis suscepisti, iussisti nempe, vt stipularer a debitore tuo periculo tuo, & ego quoque hac in re non tantum meum negotium gessi stipulando a debitore tuo, sed etiam tuum, quia te liberaui ex priore causa, ex priore obligatione, facta nouatione. Ideoque nec nunc ago in te, si nihil aut parum a debitore tuo seruauero, non nunc ago in te ex priore causa, quæ nouatione fuit sublata, sed ago ex causa mandati posterioris, quo tu periculum nominis in te recepisti. Neque quicquam obstat huic parti vel sequenti *lex licet, §. ea obligatio, de procurat.* quam obiicit Accursius, vbi non mirum est, si agatur ex priori causa, non ex mandato posteriore, quia ibi prior causa non fuit sublata quod latius exposui *lib. 8.* Est enim illa lex *licet* ex *libro 8.*

ad edictum. Eadem vero est ratio alterius exempli, quod propoſuit Paulus in hoc §. Cum apud me pro Titio fideiuſſiſſes, & hoc iure, quod ſemper obtinuit ante Iuſtinianum, cum mihi eſſet liberum te qui fideiuſſiſti eligere & conuenire omiſſo Titio debitore principali: tu mihi mandaſti, tu me rogaſti, vt Titium potius eligerem reum principalem, te dimitterem, vt cum Titio agerem, non tecum. Hoc quoque caſu quamuis agendo cum Titio mandatu tuo, meam rem egerim, meum ſcilicet debitum perſecutus fuerim, tamen quod minus ab eo conſecutus fuero, id a te repetam, non quidem ex cauſa fideiuſſoria, a qua te ſequente mandato liberaui nouatione facta, ſed ex cauſa ſequentis mandati, quia cum te a priore cauſa liberauerim, ex eo ſatis liquet, me, & meum ſimul, & tuum negotium geſſiſſe, meum quidem principaliter, ſed & tuum ſimul. Et propterea hi duo caſus ſunt etiam notati a Paulo in libris ad Plautium, *l.* 45. §. *vlt. hoc tit.* qui Paulus ſibi videtur placuiſſe in his duobus exemplis explicandis. Et hinc vero ita apparet in illa *l.* 45. §. *vlt.* Florentiæ perperam eſſe ſcriptum, *Quamuis id mandatum ad tuam rem pertineat*, & rectius alios libros habere, *Quamuis id mandatum ad meam rem pertineat*, qui mandatum ſuſcepi ſcilicet, tamen mihi his duobus caſibus competit in mandatorem actio mandati. Sequitur §. *ſi hi.* Heri expoſui duos caſus propoſitos in §. *interdum legis* 22. quibus ex cauſa mandati a me ſuſcepti, mihi competit actio mandati aduerſus mandatorem, quamuis id mandatum ad meam rem principaliter pertinuerit, non ad rem mandatoris. Quorum vnus caſus hic eſt. Si debitor meus periculo ſuo debitorem ſuum mihi delegarit, vt ab eo ſtipularer nouatione facta. Alter caſus hic eſt: Si mandatu fideiuſſoris, quem mihi conuenire & eligere in animo erat, cum reo principali experiar. Et circa hunc poſteriorem caſum mouet Accurſius hanc dubitationem, quæ neceſſario mihi explicanda eſt, quod is ab ea ſe non potuerit expedire. Mandatum conſiſtit, ſi acturo mihi cum fideiuſſore ex ſtipulatu, fideiuſſor mandauerit, fideiuſſor rogauerit me, vt agerem potius cum reo principali, idque me facturum receperim & fecerim. quare, id quod minus ſeruauero a reo principali, a fideiuſſore conſequi poſſum iudicio mandati? quia egi cum reo principali mandatu fideiuſſoris: ergo & cum periculo eius. quæ eſt ſententia huius §. aduerſus quam obiicit Accurſius. Imo, inquit, etiam ſi tale fideiuſſoris mandatum non interuenerit, ſic legendum in Accurſij gloſſa negate, *non interuenerit*, ſemper ago cum reo principali periculo fideiuſſoris, quia, quod minus ſeruauero a reo principali, id poſtea a fideiuſſore petere poſſum. Electio rei principalis non liberat fideiuſſorem. Quam in rem nullam legem adducit Accurſius, quia id habet pro certo atque explorato, quoniam id ita nominatim proditum eſt de reo principali & mandatore in *l. reos, C. de fideiuſſor.* & exiſtimauit Accurſius non eſſe, cur hac in re ſeparetur mandator a fideiuſſore. An igitur nihil proficit mihi mandatum fideiuſſoris in ſpecie propoſita? an & abſque illo mandato idem haberem? Denique an eſt ſuperuacuum & inane mandatum fideiuſſoris? Quod nemo dixerit. Oſtende igitur, quid mihi proficiat mandatum illud fideiuſſoris, qui mihi mandat, vt ſe dimittam, & experiar cum reo principali: Et primum Accurſius ait, proficere mihi mandatum fideiuſſoris propter præſcriptionem triginta annorum, de illa enim intelligit, qua tolluntur actiones perſonales, quia, inquit, priori actione, id eſt, actione ex ſtipulatu, quæ in fideiuſſorem competit ſublata præſcriptione temporis, ſupererit mihi actio mandati ex ſequente mandato, ſi minus a debitore principali conſecutus fuero. Quam actionem mandati præſcriptio temporis non tam cito ſuſtulerit. Verum huic commento Accurſij locus eſſe non poteſt: neque enim præſcriptione tolli prior actio poteſt, id eſt, ex ſtipulatu, quæ iam ſublata eſt nouatione. Mandatum fideiuſſoris nouat primam obligationem, efficitque vt actio ex ſtipulatu, quia mihi erat obſtrictus fideiuſſor, conuertatur in actionem mandati, *l.* 45. *in fine inf. hoc tit.* Et præterea huius etiam vtilitatis, quæ ducitur ex præſcriptione temporis, ipſemet Accurſius alibi ſcribit rationem non eſſe habendam in *l. qui bis idem promittit, de verb. obligat.* Nec ea certe ſpecies vtilitatis vnquam hæc ſcribenti Paulo venit in mentem, quia necdum introducta erat illa præſcriptio triginta annorum. Aliter reſpondet Accurſius, mandatum illud fideiuſſoris mihi proficere ad conſequenda impendia, quæ feci agendo ex mandatu eius cum reo principali, vt *l.* 27. §. *impendia, inf. hoc tit.* Quod in hac ſpecie falſum eſſe puto, quia agendo cum debitore principali, meum negotium geſſi. Ergo impendia ad me pertinere debent, vel potius ad debitorem condemnatum, vt plerunque ſolet victus victori damnari impendiorum in litem factorum nomine, non ad fideiuſſorem. Ac præterea, vt hic Fulgoſius animaduertit, etiam impendiorum litis hoc loco Paulus rationem non habuit, ſed ſortis debitæ tantum, dum ait: Quod minus ſeruauerit creditor a reo principali ex ſorte debita, ſcilicet ex ære capitario, vt veteres vocabant, id eum a fideiuſſore mandati iudicio conſequi poſſe. Aliter videtur reſpondere Accurſius, idque probante Fulgoſio, quod ſit vtile plures actiones habere in fideiuſſorem, nempe ex ſtipulatu & mandatu, non vt bis idem petat, & conſequatur, quod bona fides non patitur: ſed vt hac vel illa actione creditori ſit liberum ad ſuum commodum peruenire. Hoc etiam falſum eſt: nam, vt dixi, mandato nouatur ſtipulatio. Ergo vna tantum actio mandati creditori ſupereſt in fideiuſſorem, nec ſuppetunt duæ. Et quod Fulgoſius adiicit, vtiliorem eſſe creditori actionem mandati, quæ eſt bonæ fidei, quæque adiicitur creditori, mandante fideiuſſore vt cum reo agat, quam actionem ſtrictam ex ſtipulatu, hoc etiam eſt falſum. Actio enim ſtricta, quod ſæpiſſime docui, vtilior eſt, quam actio bonæ fidei. Et hæc eſt cauſa contractibus bonæ fidei ſubiiciendæ ſtipulationis, quia iudicis poteſtas in iudicio ſtricto nulla eſt: includitur enim formula certa. In iudicio bonæ fidei tota lis pendet ex arbitrio iudicis, quæ res facit ſæpenumero, vt noceat nimium litigatoribus gratia vel ambitio iudicis. Et inde etiam in *l. ſi vendidero, §. ſi Titius, de furt.* vt & ibi Græci interpretes notant, melior eſt condictio furtiua, quæ eſt ſtricta, quæ ceditur actori, quam actio negotiorum geſtorum, quæ eſt bonæ fidei, quæ proprio nomine ei competit. Miſſis igitur his interpretum traditionibus, vtilitatem huius mandati, de quo agimus, reperiamus ex iure ipſo, quod ſemper obtinuit ante Iuſtinianum, id eſt, ante legem *vlt. C. de fideiuſſ.* quæ lex hanc olim docet fuiſſe differentiam inter mandatores & fideiuſſores, quod vno ex pluribus mandatoribus electo, lite cum eo conteſtata ſcilicet, cæteri non liberabantur, *vt l. amiſſi pignoris §. vlt. de fideiuſſ. l. reos, C. eod. tit.* Vno autem ex pluribus fideiuſſoribus electo, cæteri ſtatim liberabantur. Et ſimiliter, quod electo reo principali mandator non liberabatur, & contra, *d. l. reos.* At electo reo principali fideiuſſor liberabatur ſola electione, & contra. Quæ differentia & ab ipſo Paulo nominatim tradita eſt 2. *Sentent. tit.* 17. *in fine.* his verbis: *Electo reo principali, fideiuſſor vel heres eius liberatur. non idem in mandatoribus obſeruatur*, inquit. Et proficiſci videtur ratio differentiæ ex diuerſitate iudiciorum, quia mandator, qui mandauit credi pecuniam alicui, tenetur iudicio mandati, quod eſt bonæ fidei. Et conſequenter, quod æquum bonum eſt, non liberari mandatorem ſola electione rei principalis, antequam pecunia debita ſoluta ſit: fideiuſſor autem tenetur ſtricto iudicio, id eſt, ex ſtipulatu. quod ſi electo reo principali, creditor malit ſtricto iure agere cum reo principali, quam cum fideiuſſore, eo iudicio fideiuſſor facilius abſoluetur. Hæc cum ita ſint, inde apparet, perquam vtile eſſe creditori, ſi eligat reum principalem mandato fideiuſſoris, quia creditori ex ea cauſa ſalua eſt in fideiuſſorem actio mandati, ſi ſuum a reo principali ſeruare nonpoſſit. Et non tam electione rei principalis, quam nouatione prior ſtipulationis cauſa, qua fideiuſſor tenebatur obſtrictus, ſublata eſſe intelligitur

intelligitur: stipulatio scilicet versa esse intelligitur in mandatum, quod mandatum si non interuenisset, electione rei principalis fideiussor prorsus liberatus fuisset. Magna igitur est vtilitas huius mandati, quam, qui ignorauerunt ius vetus, cernere non potuerunt. Nunc transeamus ad §. *si hi quorum*.

Ad §. Si hi quorum.

QVæritur in hoc §. an mandatum consistat, si cum creditor meus esset rem, quam ei oppigneraui, iure suo, ob non solutam pecuniam, sub hasta distracturus, vt fit, ego emptorem supposuero, dato mandato, vt eam rem meam licitaretur, & mihi emeret sine cunctatione pretij, quæritur, an mandatũ valeat? Et ait quantum ad meram rationem, iuris scilicet, mandatum non consistere, quia mandani fieri quod fieri non potest: meæ enim rei nulla emptio est *l. suæ rei, de contrah. empt.* Et mea res manet, quam pigneraui: pignus non mutat dominium *l. cum & sortis §. vlt. de pig. act.* Quamuis creditor, licet non sit pignoris dominus, alij possit rem pigneratam vendendo alienare, quia id facere videtur voluntate mea: alij, inquam, vendendo, non etiam mihi: mihi vendit inutiliter, quia rei meæ nulla emptio est, mihi non alienat, quod iam meum est. Res quæ mea est, amplius mea fieri non potest. Et ita quantum ad meram & subtilem rationem iuris attinet, mandatum consistere non videtur. Verius tamen est consistere, quia etsi emptio non valeat ex mea persona, quod res sit mea: valet tamen ex persona mandatarij. At is alienatam eam rem & acceptam, mihi mandati iudicio obligatur vt det ex fide bona. Emit igitur eam rem procurator sibi, atque ita rem suam factam, quia alienari potest a creditore, vt dixi, iudicio mandati mihi dare compelletur ex fide bona. Meram rationem vocat hoc loco τὸ ἀκριβὲς vt Basilica habent recte, quæ dicunt hoc genus mandati valere, παρὰ τὸ ἀκριβὲς, id est, *contra meram rationem iuris*. Et ita M. Tul. 3. *de nat. Deorum, ad finem. Vehementius*, inquit, *tu quidem inuectus es in meram Stoicorum rationem*, nisi forte illo loco legendum est *mediam Stoicorum rationem*, quod ego crediderim, quia Stoici appellati sunt *Erciscundi*, id est, medium sequentes, apud Seruium 3. Æneid. Porro ex hoc §. intelligimus, mandatum consistere in rem, quæ est propria mandatoris iure dominij, videlicet, si eam sibi emi mandauerit, distrahente creditore pigneratitio.

Ad §. Iulianus.

IN hoc §. intelligimus, mandatum etiam consistere in rem propriam mandatarij: videlicet, si quis ei mandauerit, vt eam rem, quæ eius est propria, ex parte sibi emeret. Quod euenit in hac specie. pluribus heredibus facturis auctionem rerum hereditariarum, ego vni mandaui, vt certam quandam rem hereditariam quæ mihi perquam necessaria erat, quam habet communem cum coheredibus, ac proinde, quæ eius est propria, pro parte hereditaria mihi emeret: vt igitur rem suam pro parte mihi emeret. mandatum consistit, & vtrinque nascitur actio mandati: mandatario, qui vnus est ex heredibus competit actio mandati contraria, vt pretium ei reddam ex fide bona, quanti eam rem extraneo addicere potuit, quod tanti extraneus eam licitaretur, nec addixit tamen ob id, quod mandatum meum susceperat: mihi autem competit actio mandati directa, si rupta fide mandati, mandatarius eam rem extraneo consentientibus coheredibus addixit: mihi, inquam, tenetur hoc casu directa mandati, vt mihi præstet, quanti mea interest, eam rem emptam habere, qui, si ei fidem non habuissem, accessissem ipsemet ad licitationem, & mihi illam rem emissem, aut alium qui mihi emisset allegassem. Quæ est sententia huius §. *Iulian.* Igitur in superiori §. ostenditur, rem meam alium recte emere meo mandato, vt eam postea mihi det ex fide bona. In hoc autem §. ostenditur, rem meam me alij recte emere mandatu eius, rem scilicet meam pro parte: nam rem meam in solidum a quo emerem? Rem meam in solidum non possum emere alij vel mihi. Rem autem meam pro parte possum alij emere, atque etiam mihi cum tota re, id est, cum partibus collegarum *l. quod si vno, in fine, de in diem addict. l. qui negotia*, quæ est Africani. Et ad Africanum hæc quæstio latius explicata est. *§. vlt. & duabus sequentib. inf. hoc tit.* In hoc autem §. *Iulian.* illo loco. *Quod heredi præcepisset se ei empturum*, rectius vulgo omnino, *quod heres*, id est, vnus ex heredib. *recepisset se ei empturum*, id est, mandatori: mandatario enim non præcipimus, *l. 5. sup. h. t.* His addamus etiam interpretationem §. *is cuius bona*.

Ad §. is cuius.

HOc loco docet Paulus, mandatum consistere, si is, cuius bona confiscata sunt, fisco ea distrahente, mandet alicui vt ea emat & præstet sibi. Quo genere non mandauit sua bona sibi emi: quod si fecisset, etiam ea res mandato impedimento non esset, vt habuimus *sup. in §. si hi quorum*. sed bona, quæ mando mihi, fisco distrahente, emi, bona mea esse desierant publicatione ipso iure, *l. act. §. pub. pro soc.* Ideo autem ratum est hoc genus mandati, si bona mea, quæ publicata sunt, quæ publicatione etiam desierunt esse mea, fisco distrahente, mandem alicui vt mihi redimat, quia post publicationem bonorum, non prohibeor alia bona acquirere, & quæ postea acquiro, fiscum non sequuntur. Quod ita procedit, & omnino ita intelligendus est hic §. si bona publicata sunt sine capitis deminutione, saluo statu homine confiscato, vt puta, si relegatus fuerit in insulam, quod quandoque fit publicatis bonis, quo genere capite non minuitur, retinet ciuitatem, libertatem, familiam, ergo capite non minuitur, & quæ postea acquirit, sibi habet, nec pertinet ad fiscum vllo modo. Atque ita nominatim proditum est in *l. 7. §. vlt. de bon. damn.* in l. integra quæ exstat in Basil. & restituta est. Ex quibus iam pridem ostendi duos titulos esse mutilos in Digestis, (quod nemo vnquam existimauit.) tit. *de bon. damnat.* & tit. *de interdictis & relegatis*. In tit. de bonis damnat. lex 7. manca est & desiderantur etiam 4. sequentes. Manca est maxime a *§. vlt.* in quo nominatim Martianus docuit post relegationem & publicationem bonorum acquisita bona fiscum non sequi. Et idem proculdubio est, si quæ merces improfessæ, non professæ, vti oportuit apud publicanos fraudandi vectigalis causa, ob eam rem fisco commissæ sint, vt, scilicet vendente fisco, possim aliis mandare, vt eas mihi redimat *l. cotẽ ferro §. eam, de publ.* quam hic citat Accurs. Idem etiam potest dici de bonis debitoris fisci, quæ debiti causa fiscus occupauit, *l. pen. §. vlt. C. de bon. damn.* Verum quod attinet ad bona quæsita post publicationem bonorum, si quæratur, an fiscum sequantur, an publicentur, an post quæsita etiam publicentur, ita distinguendum est: Aut publicatus quis est, siue confiscatus (sic enim loquuntur) sine capitis deminutione, veluti relegatus, & bona postea quæsita fiscum non consequuntur, nec si relegatus moriatur, sed sequuntur heredem eius: Aut confiscatus quis est, cum capitis deminutione, vt si deportatus fuerit in insulam publicatis bonis, quod fit semper (relegati bona non semper publicantur: at deportati bona semper publicantur, imo semper tacite publicata intelliguntur) deportatus capite minuitur, quia amittit ciuitatem, & bona, quæ post deportationem acquisiuit, eo defuncto fiscum sequuntur, quia alium, quam fiscum heredem habere non potest, cum sit peregrinus, non ciuis. Et id de deportato est nominatim scriptum in *l. 2. C. de bon. proscript.* hic § *is cuius*, non loquitur de deportato, sed de publicato siue confiscato. Potest quis confiscari citra deportationem. Ergo si quis committat hunc §. *is cuius* cum illa *l. 2. C.* ne dicas quicquam eorum, responsaue, quæ hoc loco tradit Accursius, sed dicas hoc modo

& dices liquido. Lex 2. de deportato loquitur, & ait, *post deportationem quæsita bona mortuo deportato fiscum sequi.* Recte. hic autem, §. *is cui bona*, non loquitur de deportato, sed de confiscato integro statu, veluti relegato in insulam, cuius bona, quæ post condemnationem acquisiuit, fiscum nunquam sequuntur. Non est omittendum deportato, qui post deportationem bona quædam acquisiuit, quamdiu is viuit, non inuideri vsum & fructum eorum: Denique eo tantum mortuo ea fiscum sequi, quod etiam ostendit *l. 15. de interd. & relegatis.* quæ est etiam ex iis, quæ in illo titulo ante Basilica desiderabantur. Sequitur §. *qui ædem.*

Ad §. qui ædem.

QVod sequitur in *l. 22. §. qui ædem sacram*, apertissimum est, rei turpis mandatum nullum est. Et ideo, si quis mihi mandauerit ædem sacram spoliandam, vel hominem vulnerandum aut occidendum, & aliquid in hoc facinus impenderim, vel propter hoc facinus, actionem mandati mihi in mandatorem nullam esse: mandatum est contractus bonæ fidei, bona autem fides honesti comes, non inhonesti. Nam & in stricta iudicia certum est rem turpem non deduci, neque venire.

Ad §. si tibi centum.

SEquitur in §. *si tibi centum*, cum actione mandati directa aliquando concurrere actionem furti pœnalem, vt si tibi centum dedi, quæ Titio dares, nec ea Titio dederis, teneris mihi actione mandati, vt ea centum reddas, & hoc amplius, quanti mea interest, Titio forte creditori meo centum data soluta esse, *vt l. 12. §. dedi, h. t.* Et insuper teneris mihi actione furti in duplum, quia pecunia mea abusus es contra voluntatem meam *l. 7. C. de furt.* nec altera actio per alteram tollitur, quia nec idem vtraque persequitur, sed altera rem ipsam, altera pœnam. Et ita euenit sæpe, vt etiam actio furti concurrat cum actione negot. gest. & commodati & depositi, & tutelæ, & pro socio, cum omnibus iudiciis bonæ fidei, ne dum cum strictis *l. 45. & 46. tit. seq. l. si sacculum, tit. proximo, sup. l. 3. C. eod. l. si seruus, sup. commod.* At vt subiicit Paulus in hoc §. *si tibi centum dederim*, dedi, vt quæ velles Titio dares. Sic recte Florentini, *quæ velles*, non *cui velles*. Et Basilica similiter ἃ θέλῃς, *quæcumque*. Si, inquam, tibi dedi 100. vt quæcumque velles Titio dares, in arbitrio tuo posuisse videor, vt vel dares Titio vel non dares. Itaque siue omnino Titio ea 100. non dederis, siue partem dederis, partem non dederis, ad ea tantum repetenda quæ non dedisti, mihi superest actio mandati, non actio furti, quia furtum mihi fecisse non videris, qui rem omnem feceram tui arbitrij. Hæc est sententia huius §. Et quod ad concursum attinet furti, & mandati actionis, quem priore casu Paulus admittit, perperam obiicitur *l. 1. C. de fur.* in qua hic concursus harum actionum non admittitur, quia longe ab hoc casu diuersus est casus illius legis: ibi enim mandatu serui, quidam pecunia domini, non pecunia peculiari prædia emit, sciens seruum non habere voluntatem domini, nō voluntate domini eam pecuniam erogari in emptionem prædiorum: quem eo nomine lex ait, domino teneri actione furti, quod eius pecuniam contrectauerit inuito domino, videlicet, si dominus serui mandatum ratum non habeat, sed si ratum habeat, teneri eum duntaxat actione mandati, vt prædia quæ emit pecunia domini, domino præstet. Hic vero longe alia ponitur species, procuratorem nempe pecuniam accipientem a domino, vt eam L. Titio numeraret, si ea abutatur & consumat in suos vsus, nec L. Titio numeret, vt rogatus est, & mandati fidem violare, & furtum peculiæ facere. Idcirco vtroque iudicio teneri. Et diuersitas casuum in eo consistit, quod in specie *l. 1. C. de furt.* mandatum serui impletum est, emptis prædiis pecunia domini, quod si probat dominus, & ratum facit, nullum residet furti crimen. In specie autem huius §. mandatum nōn est impletum, quod & in illa specie legis primæ, si non esset expletum, ob eam causam sane concurreret etiam actio furti cum actione mandati, domino approbante mandatum serui. Et ita hæc explicanda sunt.

Ad §. si mandauerim.

HVius §. sensum reddere facilem, quamuis sit difficile, id tamen conabor præstare. Seruum tuum actorem rerum tuarum rogaui, vt quod tibi debeo, tibi solueret meo nomine, sumpta ab alio pecunia mutua, quod se facturum recepit. Et mox pecuniam mutuatus, rationibus tuis, super quas positus erat, intulit pecuniam quam mutuatus erat, quasi a me sibi solutam. seruo actori, quod domino debetur, soluitur recte *l. solutam, de solution.* Verum non ideo minus quæritur hoc loco, an ego a te sim liberatus, & an tibi competat in me actio mandati ob id, quod meo mandatu seruus tuus pecuniam mutuam sumpserit: an, inquam, tibi competat in me actio mandati, vt, quod recte Azo ait, te liberem ab actione mutui de peculio, quia creditori teneris, qui mutuam seruo tuo pecuniam dedit. Hæc est quæstio huius §. quam vt definiat Paulus ita distinguit: Aut a creditore pecuniam seruus tuus accepit tuo nomine, vt scilicet eam tibi solueret pro me, aut non eam accepit in eum finem, sed in aliam rem quamcumque. Hoc casu, id est, si seruus tuus pecuniam mutuam non accepit, vt tibi eam meo nomine solueret, & soluerit eam tamen tibi, aut rationibus tuis intulerit, quod idem est, ego non liberor, quia seruus eam pecuniam tibi statim acquisiuit, nec potuit tuam pecuniam tibi soluendo me liberare. Ratio est verissima: ego etiam tibi non teneor actione mandati, vt te liberem ab actione de peculio, quia creditori teneris ex contractu mutui, quod ab eo creditore seruus accepit sibi, quia meum negot. gest. non est, quandoquidem liberatus non sum ab obligatione, qua tibi sum adstrictus. Illo autem casu, id est, si a creditore mandatu meo seruus tuus pecuniam mutuam accepit tuo nomine, vt scilicet eam tibi pro me, vel quod idem est, meo nomine solueret & soluerit, ego liberor, quia pecunia a me profecta videtur, quia mea pecunia tibi soluta videtur, *l. si paterfam. §. 1. ad S C. Macedon.* Et consequenter, quia ego liberor, quia pecunia a me profecta videtur, quasi meo negotio gesto, tibi teneor, vt te liberem ab actione mutui de peculio, pecunia soluta creditori. & subiicit Paulus, *non referre, alius quis an idem ipse seruus nomine tuo, quod pro me soluebatur, acceperit.* Quæ verba sunt adeo obscura, vt non intelligantur ab interpretibus. Sensus hic est. Seruo tuo mandatum dedi, mandaui, vt mutuam pecuniam sumeret tuo nomine, id est, vt eam tibi mox pro me solueret. is mandatum meum secutus a L. Titio mutuam pecuniam tuo nomine rogauit, quam tibi scilicet solueret meo nomine, qui eam tibi debeo. Nihil refert, inquit, eam pecuniam a L. Titio creditore ipsemet seruus acceperit, qui mutuam rogauit, an aliquis eam a L. Titio acceperit, si modo in hoc acceperit, vt continuo ea pro me tibi solueretur. Hoc enim sufficit, vt ego tibi soluta pecunia liberer, quia mea pecunia fuisse videtur, quæ pro me data est, vt tibi creditori meo solueretur. Imo & ego eam tibi soluisse videor, *l. qui mandat solui, ipse soluere videtur, de sol.* Proinde, quia ego liberor scilicet & tu in me habebis actionem mandati, vt te liberem ab actione mutui de peculio, quia pecunia illa mutua liberauit me obligatione, qua tibi deuinctus eram. Nihil est apertius. Sequitur alia species in §. *fugitiuus.*

Ad

Ad §. Fugitiuus.

FVgitiuus, inquit, meus, cum apud furem esset: furem vocat eum, qui fugitiuum cælat *l. 1. in principio, de fugitiuis.* Quamobrem & ex Sabino Iurisconsulto Gellius refert. 11. *c. 8. furem esse hominis iudicatum,* eum, qui, cum fugitiuus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tanquam se amiciens ne a domino videretur, obstitisset: nam & hoc genere celatur fugitiuus. Cum igitur, & hæc est species huius *§.* fugitiuus seruus meus esset apud furem, pecuniam quæsiuit, pecuniam corrasit aliunde, & ex ea seruos comparauit, eosque Titius voluntate, siue rogatu serui, sibi traditos a venditore accepit. Titius tertius quidam, vt glossa ait recte. Ex pecunia igitur quæsita apud furem fugitiuus seruos emit, qui Titio traditi sunt a venditore, voluntate vel rogatu ipsius serui: Titius mihi tenetur actione mandati, quasi quæsita mihi per fugitiuum seruum meum, vt scilicet eos seruos præstet mihi, quia fugitiuus meus Titio mandasse intelligitur, vt eos seruos a venditore per traditionem acciperet. Et sicut nihil interest, venditor tradat, an alius voluntate venditoris, *§. per traditionem Instit. de rer. diuis.* ita nihil interest emptori tradatur, an alij voluntate emptoris. Sed si (qui est alius casus,) sine voluntate fugitiui serui mei, qui eos seruos emerat, venditor eos Titio tradiderit, venditor mihi tenetur actione ex empto, quasi quæsita mihi per fugitiuum seruum meum, vt oblato pretio conuento seruos venditor mihi tradat, quos tamen si forte venditor per errorem Titio tradiderit, quem forte existimabat habere mandatum a seruo, ipse poterit proculdubio a Titio repetere per condictionem indebiti. Ceterum mihi hoc casu quæsita est per fugitiuum seruum meum actio ex empto, non actio mandati, quia nullum serui mandatum intercessit de re tradenda Titio. Denique est male tradita Titio, & integra mihi est in venditorem actio ex empto. Retro tamen venditori errore cognito, integra etiam erit condictio indebiti. Et ita quoque in specie *l. cum fundus §. 1. de reb. cred.* quam valde illustrat species huius §. Si seruus meus, quem tu bona fide possidebas, hominem emerit ex peculio ad me pertinente, non ad te, & is homo, quem emit, tibi traditus sit per errorem, cum venditor existimaret, te esse dominum emptoris, id est, serui, qui emit hominem, hoc etiam casu venditor tenetur mihi actione ex empto, vt hominem tradat, quæ actio mihi quæsita est per seruum meum, quia hominem emit de peculio ad me pertinente. Venditor autem aduersus te habet condictionem indebiti. Duæ sunt species, in quibus idem ius obtinet. Et nihil est præterea in *§. fugitiuus.* Restant adhuc duo §. pen. & vlt.

Ad §. pen.

ILlud ad §. penult. præcipue adnotandum est; Bonis debitoris, qui decoxit, & foro cessit, distrahendis sub hasta (distractio enim proprie dicitur de hasta:) curatorem constitui solere, vel a prætore ex consensu maioris partis creditorum, *l. 2. de curat. bon. dando,* vel sine prætore, priuato consilio creditorum omnium, maiorisue partis, vt *l. vlt. eod. tit.* Et hoc quidem modo, si præsentes creditores absentibus aliis quibusdam curatorem creauerint, & curator contemplatione omnium creditorum tam præsentium, quam absentium venditionem bonorum fecerit, quæritur qua actione ab eo creditores consequi possint pro rata parte sui cuiusque debiti pretia, quæ ex venditione bonorum contraxerit, siue redegerit: Et ex veterum sententia docet Paulus in *§. pen.* iis quidem, quibus præsentibus & mandantibus curator factus est, peracta venditione bonorum aduersus curatorem competere actionem mandati, vt præstentur pretia, quæ ex venditione contraxerit pro rata parte sui cuiusque debiti, vt dixi, quia præsentes qui hunc curatorem fecerunt, mandasse ei videntur, vt venditionem bonorum faceret: absentibus autem creditoribus, qui idem mandasse curatori videri non possunt, non mandati, sed negotiorum gestorum actionem competere. Et hoc, vt dixi, si curator omnium creditorum contemplatione ad venditionem bonorum accessit, si omnium creditorum negotium gerere in animo habuerit: Nam si præsentium tantum creditorum, qui mandauerunt, mandatum intuitus sit, si præsentium tantum amicitia ductus, hoc negotij administrauerit, nullam, vt ait, in eum absentes actionem habent, quorum negotium non gessit. Quod etiam probat *d. lex vlt.* quam frustra tamen huic §. obiicit Accursius, dum scilicet ea lex ait, *si præsentes creditores elegerint curatorem vnum, per quem bona debitoris distraherent, & mox emerserit alius creditor, qui ignorabatur, huic aduersus curatorem si bona vendiderit, nullam actionem esse, sed præuenire hunc debere, & bona debitoris vna cum curatore vendere.* vt subiicit in ea l. Consentit ergo illa lex vlt. cum hoc §. omnino. Stet igitur hæc sententia: Si curator, cui præsentes mandauerunt venditionem bonorum debitoris, mandatum duntaxat eorum intuitus sit, absentes neque mandati, neque negotiorum gestorum cum illo actionem habere. At rursus quæritur, an hoc casu, si absentibus nulla in curatorem competit actio, saltem absentes in præsentes, qui mandauerunt, agere possunt, vt pro debiti sui portione rata recipiant, quod ex venditione bonorum redactum est. Et si quidem, vt Paulus docet, præsentes in eligendo & creando curatore, & mandanda distractione bonorum debitoris, etiam absentium creditorum, quorum non erant ignari, negotium gerere instituerint, proculdubio absentibus eo nomine tenentur directa actione negotiorum gestorum: sin vero suum tantum præsentes in ea re negotium gesserunt, puta cum existimarent se solos esse creditores, nec quicquam de absentibus cogitarent, tum absentibus tenentur actione in factum, inquit, id est, vtili actione negotiorum gestorum. Vt sit directa negotiorum gestorum actio necesse est, vt animus gestoris fuerit, meum gerere negotium, & vt re quoque ipsa meum negotium gesserit. Vt autem sit vtilis actio negotiorum gestorum, meum negotium gessisse reipsa, gestu ipso satis est. Quæ est sententia huius §. Neque huic postremæ parti huius §. quicquam obstat *l. 6. §. si quis ita, de neg. gest.* quam opponit Accurs. Cuius *§.* sentent. hæc est: Mandaui L. Titio, vt meum negotium gereret, quod arbitrabar in totum esse meum, cum esset mihi tecum commune. Et ait, *Si L. Titius sciens tecum esse commune negotium, tuum etiam negotium gesserit, si eo animo fecerit, vt & meum, qui mandaui, & tuum negotium gereret, eum tibi teneri actione negotiorum gestorum.* Quomodo etiam intelligenda est lex 14. *C. eod. tit.* Maritus mandauit L. Titio vt suum negotium gereret, quod ei erat commune cum vxore. L. Titius & mariti, & vxoris negotium commune gessit. Sciens igitur id esse commune, idcirco mulieri merito tenetur actione negotiorum gest. Hoc vero cum hoc §. nihil pugnat: Caius, Seius, Mæuius creato curatore bonorum debitoris nostri, ei mandauimus, vt eius bona distraheret existimantes, nos solos esse creditores, cum & alij quidem absentes creditores essent: si curatori scienti etiam absentium negotium gerere animus fuerit, non negat hic §. eum absentibus & vicissim absentes ei teneri actione negot. gest. sed si negotium se tantum præsentium gerere existimauerit, si in eodem errore versatus fuerit, eademve ignoratione, hoc casu ait, absentes in curatorem quidem, qui de absentibus nihil cogitauit, de quibus nec præsentes quicquam cogitauerunt, nullam habere actionem, quod & *d. l. vlt.* confirmat, sed in præsentes, qui mandauerunt, habere vtilem siue in factum neg. gest. actionem, in quantum locupletiores facti sunt pro partibus ad absentes pertinentibus, neque enim æquum est, vt id lucrentur: datur absentibus in præsentes creditores actio in factum, id est, vtilis negotiorum gestorum: quia re ipsa, & absentium quoque negotium gestum est: actio in factum, id est, vtilis negotiorum gestorum *vt in l. 12. §. si filiofamil. 2.*

h.t. Actio in factum, id est, vtilis mandati. Omnis actio in factum est vtilis, *l. in factum, de obl. & act.*

Ad §. vltim.

IN §. vlt. quod Paulus scripsit in libro 29. *supr.* voluntatis esse mandatum suscipere, aut non suscipere, necessitatis susceptum consummare: in hoc, inquam, libro, & §. idem repetit: sicut, inquit, liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummare necessarium est. Sed addit exceptionem, *nisi renuntiatum sit*, quod fit si mandatori mandatarius, quamprimum causa adhuc integra renuntiauerit, quum adhuc scilicet est integrum mandatori illud negotium per se, vel per alium explicare commode, si, inquam re integra ei renuntiauerit, se illud negotium non explicaturum, se illud negotium explicare non posse: aut, si, inquit, redundet in eum captio, qui suscepit mandatum, sic loquitur Paulus, vt formulæ exceptionum concipi solent hoc sensu: *aut, si quamprimum & opportune id mandatori mandatarius non renuntiauit, redundet omne damnum, omnis captio*, id est, omne damnum, omnis fraus, ad eum, qui mandatum suscepit. Etenim si cum ei mandatum esset, vt rem aliquam emeret, quæ venalis erat, dolo vel culpa sua sine iusta causa non renuntiauerit mandatori, se eam non empturum, & emerit eam alius, cui ille forte vel pecunia accepta, vel gratia ductus cessit, in *l. 8. § vlt. hoc tit.* vel etiam, si mandatori per fraudem intempestiue renuntiauerit, cum iam mandator eam rem per se, vel per alium recte emere, id est, vili aut iusto pretio emere non posset, licitationibus aliorum supra modum adaucto pretio: eo nomine mandatarius tenetur mandatori actione mandati in id, quod interest: priore casu, quod dolo aut culpa sua in tempore non renuntiauerit se non empturum: posteriore casu, quod id tardius renuntiauerit supra modum adaucto pretio rei, vt iam non possit per se, vel per alium eam rem mandator bene emere. Recte autem *bene emere*, est minore pretio emere: vt contra *male emere*, aut immenso emere pretio, pretio pretioso. male conducere in Amphytrione Plauti eodem sensu. Iustæ autem causæ omittendi & renuntiandi mandati de re integra eæ enumerantur in *l. 23. & 24.* aduersa & subita veletudo mandatarij, & inimicitia capitalis, quæ inter eum & mandatorem forte fortuna exorta sit, & si actiones, quæ mandatæ sunt, inanes sunt propter inopiam debitorum, *l. pen. de cond. causa data. l. 6. de dol. mal.* Addit etiam Paulus aliam causam lib. 2. *sent. tit. de mandatis.* necessariam peregrinitatem, vt si mandatario necesse sit aliquo proficisci peregre Reip. causa.

Ad l. 26. eod. tit.

Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est. Nam mandatum soluitur morte, si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem vtilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit, mandatoris morte solui mandatum, sed obligationem aliquando durare. 1. §. *Si quis debitori suo mandauerit, vt Titio solueret, & debitor mortuo eo, cum id ignoraret, soluerit, liberari eum oportet.* 2. §. *Abesse intelligitur pecunia fideiussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori: licet is soluendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.* 3. §. *Si is qui fideiussori donare vult, creditorem eius habeat debitorem suum, eumque liberauerit: continuo aget fideiussor mandati: quatenus nihil intersit, vtrum nummos soluerit creditori, an eum liberauit.* 4. §. *Præterea sciendum est, non plus fideiussorem consequi debere mandati iudicio, quam quod soluerit.* 5. §. *Mandatu tuo fideiussi in decem, & procuratori creditoris solui. Si verus procurator fuit, statim mandati agam. Quod si procurator non est, repetam ab eo.* 6. §. *Non omnia, quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit: veluti, quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit: vel languore suo, suorumque adprehensus, quædam erogauerit, nam hoc magis casibus, quam mandato imputari oportet.* 7. §. *Sed cum seruus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset: Neratius ait, mandati actione te consecuturum, vt seruus tibi noxæ dedatur: si tamen sine culpa tua id acciderit. Quod si ego scissem talem esse seruum nec prædixissem, vt possis præcauere: tunc, quanti sua intersit, tantum tibi præstari oportet.* 8. §. *Faber mandatu amici sui, emit seruum decem, & fabricam docuit: deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est soluere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est. Mela ait, non præstiturum id ei mandatorem: nisi, posteaquam emisset, sine dolo malo eius hoc vitium habere cœperit seruus. Sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim & mercedem & cibaria consecuturum: nisi si, vt gratis doceret, rogatus sit.*

ET idem Paulus ex hoc ipso lib. 32. in *l. 26.* ad quam transeo, adiicit aliam causam iustam omittendi mandati, & vero necessariam, mortem mandatoris: Quia morte mandatoris soluitur mandatum re integra, sicut & mandatarij morte, negotio nondum inchoato, *l. vlt. de solut. l. mandatum C. mand.* Quod etiam obtinet in mandato iurisdictionis. Mandata iurisdictio finitur morte mandantis, quæ contigerit re integra *l. 6. de iurisd.* Re, inquam, integra: nam viuo mandatore inchoatum negotium, etiamsi mox mandatoris mors superuenerit, deseri, vel dimitti non potest, *l. nulla, C. de procur.* Quam legem Symmachus intelligit 1. *Epist.* 18. dum ait, *venerabilis Iuliani sanctio.* est enim illa lex Iuliani Imper. *stare procuratorum iussit officia dominis viuentibus inchoata.* Re autem integra morte mandantis soluitur mandatum: morte, inquam, naturali vel ciuili, in *l. cum quis, de solut. l. post litem, de procur.* nisi scilicet, hoc enim semper excipiendum est, mandatum sit factum in rem mandatarij, vt si mandata ei sit actio, quam emit, vel actio, quæ ei donata est, quo genere est mandatarius, siue procurator in rem suam, nomine scilicet ei vendito, vel donato, quod mandatum non finitur morte mandatoris *l. 1. C. de oblig. & action. l. illam C. de donation.* Sic igitur dicamus plenius: mandatum in rem mandatoris, morte mandatoris naturali vel ciuili, re integra dissoluitur: & negotium susceptum, necdum inchoatum mandatarius omittere debet, cognita morte mandatoris. Sed, vt subiicit Paulus in hac *l. 26.* si forte ignorans mandatarius mortem mandatoris, negotium mandatum explicauerit, ei succurritur data actione mandati in heredem mandatoris, si quid impenderit in illud negotium. Et hoc est, quod dicitur, morte quidem solui mandatum: sed non solui actionem mandati, vel obligationem, *l. si præcedente inf. h. t.* Eademque ratione, si debitori meo mandauero, vt pecuniam mihi debitam Titio solueret, & post mortem meam, cum id ignoraret, soluerit Titio, proculdubio liberatur, *l. eius qui in prouincia, de reb. cred.* Hæc sententia vtilitatis causa recepta est, quæ mater dicitur esse æqui & boni, ne cui iusta & probabilis ignorantia noceat, si sciens mortuum esse mandatorem, negotium mandatum inchoauerit, & aliquid in id impenderit, id sibi imputet.

A §. Abesse.

SEquitur in §. *abesse huius* l. fideiussori, qui solutionis vice ei, apud quem fideiussit pro alio, debitorem suum delegauerit, qui ei promitteret stipulanti, se soluturum nouatione facta, statim competere actionem mandati, perinde atque si pecuniam soluisset aduersus reum principalem, quia delegatio pro solutione habetur. Soluere videtur, qui creditori suo debitorem suum delegat. Nec quicquam refert, si is debitor, quem delegauit soluendo non sit. Nam sicut dicitur hereditas esse soluendo, quamuis non sit soluendo quæ inuenit heredem, qui eam adierit, *l. libertus qui soluendo, de bon. libertor.* ita debitor soluendo videtur esse, quem delegatum creditor admisit. Et eleganter, inquit, bonum nomen facit creditor, qui admittit, qui recipit debitorem

bitorem delegatum, quamuis non sit bonum, quamuis sit pessimum nomen. Et hoc ita procedit, nisi periculo suo fideiussor debitorem suum delegauerit, vt *l.22.* §. *interdum, sup.hoc tit.l.45.§.vlt.inf.* Quia tunc delegatio pro solutione non habetur: neque enim dum liberatur fideiussor, quia fieri potest, vt creditor a debitore delegato nihil recipiat, quo casu ei regressus est aduersus fideiussorem. Item, quæ est alia exceptio, nisi creditor deceptus per ignorantiam fuerit. non dico, *per dolum delegantis*, sed *per ignorantiam, per errorem.* quia existimauit, bonum esse nomen, quod erat malum, quod ei delegabatur. Nam & hoc casu æquum est, ne delegatio liberet delegantem: æquum est, vt sit creditori integra actio aduersus delegantem, quod per errorem existimauerit, locupletem debitorem sibi delegari, qui egenus erat. Et hoc confirmatur *l.si cum dotem §.si mulier.sol.matrim. & l.promittendo §.si a debitore, de iure dot.* quæ non abs re ait, *tunc bonum videri nomen esse, quod admisit creditor sibi delegatum, sciens, quale esset nomen.* Ignoranti etiam subueniri æquum est.

Ad §. si is, qui fideiussori.

QVæ restant in *l.22.* iam absoluam & expediam. Didicimus ex §. *abesse*, soluisse videri fideiussorem, qui creditori, apud quem fideiussit pro alio, delegauit debitorem suum, vt nouatione facta obligationis, is ab eo stipularetur sibi dari, & stipulatus fuerit, quamuis debitor ille soluendo non sit, si modo creditor sciuerit, aut (quod idem est semper in iure) scire potuerit, vel debuerit, facultates delegati debitoris: nam erranti, & ignoranti ex iusta causa subueniri equum est, restituta pristina actione aduersus fideiussorem. Quod satis abundeque peruincunt duæ leges, quas in eam rem attuli nudiustertius, *l.promittendo §.si a debitore, de iure dot. & l.si cum dotem §.si mulier.soluto matri.* Et omnino res hæc dirimi debet facta differentia & distinctione inter scientem & ignorantem creditorem, modo iusta fuerit ignorantia, non crassa, non supina, quia crassa ignorantia pro scientia habetur semper in iure. Post §. *abesse*, statim in §. *is qui*, ostenditur, soluisse etiam videri fideiussorem, si creditor, apud quem fideiussit, quanta pecunia ei debetur, tantum debeat L. Titio, quam L. Titius ei acceptam faciat, dum vult donare, non ei quidem, non reo principali, sed fideiussori amico suo: quia nihil interest soluerit pecuniam, & numerauerit pro fideiussore, an creditorem, cui fideiussor obligatus est, pari obligatione, & pecunia liberauerit in gratiam fideiussoris. Et ideo perinde atque si pro fideiussore soluisset reipsa vt *l. 12. §. 1. hoc tit.* fideiussor confestim agere potest actione mandati aduersus reum principalem, cuius mandatu fideiussit, vt ab eo recipiat id, quo is a creditore liberatus est. Quæ est sententia §. *si is qui.* Cui nihil obstat, quod est in principio dictæ legis 12. si creditor donandi animo fideiussori remiserit obligationem, fideiussorem non habere mandati actionem aduersus reum principalem. Hoc enim ideo, quia fideiussor non potest videri soluisse debitum, quod ei donationis causa creditor remisit, alioquin non esset donatio. Et in specie huius §. soluisse videtur id, quo vel ipse, vel alius pro ipso liberauit creditorem. Hoc enim casu creditor liberationem consequitur, & quanta pecunia liberatur, tantam capere videtur, *l.2.de calumniat.* In illo autem casu legis 12. *in principio*, creditor, qui fideiussorem donandi causa liberauit, nihil plane consequitur, nihil capit: ergo nec fideiussor quicquam ei dedisse videtur. Non obstat etiam, quæ posset obiici *lex in rem, §.1.de compensat.* ex qua intelligimus non cogi creditorem, qui cum debitore suo agit, compensare, quod alij, quam debitori, quo cum agit, debet: etiamsi id velit ille, cui debet, forte habens voluntatem donandi ei, cum quo creditor illius & debitor suus agit. Et sane ita est: compensatio enim est mutui debiti actoris & rei collatio, siue contributio. Mutuum autem non est debitum actoris & rei, quod conferri, & contribui possit, si actor nihil vicissim debet reo, sed alij, cum quo non agit, quo tamen volente, si compensatio admittatur, si agens cum debitore suo, vel fideiussore eius vltro compensauerit, cogi non potest, quod alij, cum quo agit, non debuit, proculdubio fideiussor soluisse videbitur, & habebit actionem mandati in reum principalem. Denique ita hæc omnia concludi possunt: delegatio debitoris etiam non idonei, si creditor sciuit, aut scire potuit, vel debuit facultates delegati debitoris, pro solutione habetur, vt §. *abesse, supr.* Item liberatio debitoris, quam creditor fecerit contemplatione debitoris sui, cui donatum volebat, etiam pro solutione habetur, vt *in §. si is qui.* Adde compensationem eius, quod alij creditor debet, quam debitori, cum quo agit, si eam admiserit creditor voluntate sui debitoris, pro solutione haberi, quod dixi paulo ante ad *l.in rem §.1.* Proinde nihil refert, soluerit quis pro me, an vice mea se obligauerit creditori meo, nouatione facta, an mei gratia liberauerit creditorem meum, eundemque debitorem suum, an cum mecum ageretur pro me, compensauerit volenti actori, quod ei actor debuit. Nam his omnibus casibus ego soluisse videor, & si fideiussor fuerim, continuo regressum habeo aduersus reum principalem per actionem mandati, vt id quod soluisse videor, ab eo recipiam, ita tamen, vt non plus recipiam quam solui, aut soluisse videor, quod statim subiicitur in §. *præterea.* Itaque vt quod ait §. *præterea*, accommodemus ad superiora duo exempla fictitiæ solutionis: si fideiusserim in 100. & debitor, quem delegaui creditori, debuerit mihi octoginta tantum: vel si creditor, apud quem fideiussi in 100. alij debuerit 80. sicut si 80. tantum re ipsa soluissem, etiam amplius a reo principali consequi non possum. Nihil autem interest, vt statim sequitur in §. *mandato*, creditori soluerim, an creditoris vero procuratori, *l. vero, de solut.* Nam si vero procuratori soluerim, statim mandati agam: non item, si non vero procuratori, si falso procuratori, sed aduersus falsum procuratorem, cui solui, agam vel condictione indebiti, vel condictione ob rem dati, vel condictione furtiua, secundum distinctiones propositas in *l.si procuratori, de condict.ob causam: & l. falsus §. 1. & l. si vendidero §. si Titius, de furt.*

Ad §. non omnia, & §. penult.

SEquitur in §. *pen.* mandatarium non omnia actione mandati contraria recuperare impendia, quæ fecit in administratione negotij alieni, quæ alioquin facturus non erat, nisi si qua naufragio, vt ait, dum peregre proficiscitur alieni negotij causa, quod suscepit, aut prædonum incursu amiserit, aut si qua interim, dum administrat alienum negotium consumpserit in morbo suo, vel suorum. Nam hæc impendia siue damna, casibus aduersis & maioribus magis, quam mandato negotio imputari oportet, nec ea facta sunt exequendi mandati causa, sed extra mandati causam contigit, vt fierent. Quo exemplo etiam doctores statuunt, si quis pro propria sua legatione suscepta ad principem in itinere a latronibus spoliatus fuerit, huius rei damnum patriæ suæ imputari non posse, quia accidit extra mandati causam, & non mandato proxime imputari potest, sed casui, & vi maiori, euentui fortuito, qui & forte ei euenisset, rem suam, non alienam agenti. Et Ioanni Andreæ, Doctori iuris canonici Bononiensi, quem ad Pontificem maximum, tum Auenione sedentem, legatum miserat Ægidius Cardinalis, & Commune Bononiensium, cum in reditu, non procul a Ticino in prædones incidisset, & ab iis expoliatus fuisset, referunt ita censuisse collegium Doctorum Bononiensium argumento *huius §.* periculum ad Ioannem respicere, non ad Rempublicam, quasi nihil pertineat ea res, quæ contigit, ad mandati causam, & fortunæ imputanda sit, non mandato negotio. Quod sane notandum est. Verum longe alia est ratio vnius socij ex pluribus communi nomine missi ad nundinas, ad negotiationem, si deciderit in prædonem, & perdiderit pecuniam & res proprias,

& serui eius vulnerati fuerint, in quorum curationem impensas fecerit nam hoc damnum commune sociorum omnium, quia non lucri tantum, sed & damni societas contracta est, *l.52.§.quidam, & l.61.tit.seq.pro soc.* At mandatarius, ea tantum impendia repetit actione mandati, quæ fecit exequendi mandati gratia, sine quibus mandatum exequi non potuit, vt si suis nummis mandatu meo aliquid comparauerit, *l.seq. §. impendia.* vel si quos alios sumptus in rem mandatam ex iusta ratione fecerit, *l. 45. §.pen.infr.* Item si seruus certus, quem emit mandatu meo, puta si mandauerim, vt mihi Stichum emeret, si, inquam, Stichus furtum ei fecerit, actione mandati consequitur, vt vel quanti eius interest præstem, vel seruum noxæ dedam. quasi noxales actiones insunt omnibus bonæ fidei iudiciis. Idque fusum est per totam legem, *si seruus communis, de furt.* Et hoc quidem ita procedit, si ego, qui mandaui mihi Stichum emi, ignorauerim Stichum esse talem, esse furacem. Æquum enim videtur, vt si ignoraui, liberer noxæ dedendo seruum, nec inuitus cogar damnum pro eo decidere. Et rursus hoc ita procedit, si sine culpa mandatarij furtum ei fecerit seruus, quem mandatu meo emerat. Quid enim si rerum suarum mandatarius nimis negligens fuerit, & rapta occasione seruus aliquam rem ei subripuerit, occasio adiuuat consilium, vel, vt Ennius loquitur apud Festum, *occasus*, pro occasione *iuuat res.* Occasio homines in delictum trahit. Nec ineleganter Pachymerius, *occasionem esse animam actionum.* Hoc igitur casu, si culpa sua, si dissoluta nimis negligentia sua mandatarius furto rem amiserit, quod is seruus fecit, quem mandatu meo emerat, eo nomine profecto nullam in me habet actionem, siue sciuerim, siue ignorauerim, talem esse seruum *d.l.si seruus communis §. circa*, in illo loco, *hoc ita puto.* At si culpa mandatarij abest, Paulus ita distinguit. Aut ego ignoraui, talem esse seruum, quem emi mandabam, & liberabor mandatario pro noxa relinquendo seruum. Aut sciui talem esse seruum, nec id mandatario prædixi, vt præcaueret, & tunc eo nomine omnimodo teneor actione mandati contraria in id, quod interest, nec liberor noxæ dedendo seruum, denique teneor in solidum detracta noxæ deditione. Distinguit igitur Paulus inter scientem & ignorantem apertissime in hoc §. pen. Verum hæc distinctio subruitur ad Africanum in *d. l. si seruus communis §. quod vero.* Ait quidem æquam esse hanc distinctionem, sed æquius esse (facit gradus æquitatis in illa *l.* etiam ignorantem talem esse seruum, quem emi mandaui, mandatario furtum passo ab illo seruo, teneri in solidum, detracta noxæ deditione, ne procuratori officium suum sit damnosum. Et ita, quum huic §.pen. obiicitur *d.l.si seruus communis §. quod vero*, non est aliud respondendum, quam quod primo loco scripsit Accursius in hunc locum: quod est scriptum in *l.si seruus communis*, esse ex æquitate, & quidem ex æquitate summa, ex maiori quadam æquitate. Quod vero hic est scriptum, non quidem esse ex rigore, vt ait, sed ex minori quadam æquitate. Africanus diligentius rem totam inspexit, quod ad Africanum explicatur etiam diligentius. Sequitur §. vltim. huius legis.

Ad §. vlt.

EX quo intelligimus, etiam mandatarium actione mandati contraria consequi posse, empti serui mandatu alieno cibaria, quæ impendit (hoc est notissimum) ac præterea mercedem doctrinæ, si forte exempli gratia, cum mandatarius siue procurator faber esset, iussu mandatoris seruum emptum eiusdem iussu fabricam docuerit, & cibaria recipiet hoc casu, & mercedem doctrinæ. At si faber mandatu alieno seruum emerit 10. eumque sine iussu mandatoris fabricam docuerit, non potest mandatori reputare doctrinæ mercedem, quia id vt faceret, iussus, vel rogatus non est, excessit mandatum, mandatum ei est, vt seruum emeret, non etiam, vt emptum doceret artem suam. At finge eidem mandatarius, cum vltro iniussu mandatoris seruum coemptum fabricam docuisset, atque ita eum fecisset pretiosiorem, mox eum vendidit viginti, altero tanto pluris, quam emisset: nam emerat 10. tantum, vt posui: iudicio mandati directo cogitur mandatori illa 20. soluere, non reputata mercede doctrinæ, quia id iussus non erat vt seruum doceret. Nunc inde oritur hæc quæstio. Vendidit, vt dixi, mandatarius seruum 20. & mandatori præstitit 20. soluit illa 20. postea emptor qui seruum emit 20. egit actione redhibitoria aduersus mandatarium, qui seruum vendidit, ob vitium aliquod serui latens, quod venditor reticuit, eoque nomine exegit a mandatario pretium 20. quod pro seruo dederat. Quæritur an mandatarius possit a mandatore repetere illa 20. quæ emptori reddere coactus est: Et ait non posse. Atque ita versabitur in damno mandatarius, qui soluit mandatori 20. & totidem nunc emptori agenti redhibitoria reddere cogitur, quia scilicet ei imputatur. Et merito obiicitur culpa, quod sanum seruum non emerit. Nam in hac specie, non certum seruum emere iussus erat, sed seruum. Et vtique intellexit mandator, vt seruum sanum emeret, quod cum non fecerit, id sibi imputare debet. Sed, vt declarat statim, si emptionis tempore sanus fuerit seruus, & post emptionem, antequam alij venderetur, in vitium illud inciderit sine dolo malo emptoris, quia emptor extra culpam est, tunc mandator viginti, quæ accepit, secundo emptore seruum redhibente vel eidem emptori, vel mandatario, qui vendidit, restituere debet, quia nulla culpa mandatarij argui potest, qui sanum emit. Vitium quod dedit causam redhibitioni post emptionem primam, & ante emptionem secundam accidit seruo. Quæ est sententia §. vltimi. Restant adhuc de actione mandati leges.

Ad l. 28. De condict. indeb.

Iudex, si male absoluit, & absolutus sua sponte soluerit, repetere non potest.

AD contractum actionemve mandati, de qua tractauimus, superioribus diebus arbitror etiam pertinere *l.28.de cond. ind.* & ad eam actionem, eumve contractum accommodandam esse omnimodo. Si cum debitor principalis pecuniam debitam creditori so uisset, fideiussor a creditore conuentus, & male per iniuriam iudicis condemnatus soluerit pecuniam, fideiussor non habet condictionem indebiti aduersus creditorem, quamuis natura indebitum soluerit, *l.fideiuss. §. in omnib.mand.* Et ratio hæc est, quia quod soluit, etsi natura non debuerit, debuit tamen ciuiliter, id est, ex causa iudicati. Et vel debitum fuisse iure ciuili quod soluitur, satis est, vt inhibeatur repetitio, *l.cum putarem, D.fam.ercisc.l.1.C.de cond.ind.* Et ita e contrario, si fideiussor nondum soluta pecunia creditori, a creditore conuentus, & male absolutus fuerit per iniuriam, aut per imprudentiam iudicis, ac postea tantum sua sponte soluerit, etiam non habet condictionem indebiti, quia etsi non ciuiliter, naturaliter tamen debuit, id est, reuera debuit, quod soluit. *l. 60.hoc titulo, de condict. indeb. & l.8.§.1.rem rat. haberi.* Et hoc est, quod ait Paulus, *in hac lege* 28. iudex, si male absoluit, & absolutus sua sponte soluerit, repetere non potest, quia scilicet natura debuit, quatenus male absolutus fuit; & eius, quod natura debetur, etiamsi iure ciuili non debeatur, neque petitio est, neque repetitio. *Il n'y a point de peto, ny de repeto, l. 7. & 16.* Hoc autem posteriore casu, id est, si fideiussor male absolutus sponte soluerit creditori, an habebit actionem mandati aduersus reum principalem? Sic sane, quia fidem impleuit, & debitorem liberauit, *d.l.si fideiussor §. vlt.* Priore autem casu, id est, si male condemnatus coactus fuerit soluere, non habet actionem mandati, non potest quod soluit, a reo repetere. Cur? quia iniuriam (est elegans ratio IC.) quæ ei facta est a iudice, qui eum male condemnauit, penes eum

tum manere, quàm etiam in rem principalem competere æquius est, ne duo iniuriam patiantur, *l. 68. de fideiuss. & l. si sine §. cum autem, rem ratam haberi, l. 8. C. de euict.* Et hoc ad l. 28. adnotasse satis est.

Ad l. 9. De doli except.

Si procurator rei pecunia accepta damnari se passus sit, & cum domino iudicati agatur: tuebitur se doli mali exceptione. Nec hoc, quod accepit procurator, auferri ab eo potest. Nam turpiter accepta pecunia, iustius penes eum est, qui deceptus sit, quam qui decepit.

PVto etiam, imò certum est, etiam ad contractum mandati pertinere legem 9. *de doli except.* quæ etiam est ex hoc libro. Illud constat; Procuratore dato ad litem, & secuta condemnatione vel absolutione, actionem iudicati, non procuratori, vel in procuratorem dari, qui egit causam nomine alieno, sed dari domino, vel in dominum, aut heredi, vel in heredem eius; quia procurator non sibi, sed domino id est, mandatori vincit, aut vincitur; est enim procurator in rem alienam, in litem alienam, non in suam, *l. 4. de re iudic. l. hoc iure, de solut. l. si procurator meus, de procurat.* Hoc præmisso finge: procurator, cui mandaueram causæ meæ defensionem, pecunia corruptus collusit cum actore, & causa acta defunctorie se vinci passus est, id est, præuaricatus est: actio iudicati in me competit ipso iure, quæ tamen, si mecum agat is, qui vicit per collusionem, eum submouebo opposita exceptione doli mali, quod pecunia data procuratorem meum corruperit, effeceritque, vt præuaricaretur. Itaque non est, quod eo nomine agam in procuratorem actione mandati, quia nihil mea interest, cum tutus sim exceptione perpetua, exceptione doli mali, quæ inanem facit actionem iudicati, quæ ipso iure in me competit: ac præterea, de quo etiam dubitari poterat, vt ostendit Paulus in *d. l. 9.* is, qui vicit per collusionem & corruptelam procuratoris, non poterit a procuratore repetere pecuniam, quam ei dedit, vt præuaricaretur, quia turpiter eam dedit, turpiter etiam procurator meus eam accepit. Denique turpitudo versatur ex vtraque parte, ex parte dantis, & ex parte accipientis; par est vtriusque causa, & in pari causa melior est conditio tenentis, *l. vlt. de condict. sine caus. l. pen. C. de cond. ob turp. caus. l. 2. C. eod. tit.* Quia, vt eleganter Paulus ait in hac *l. 9.* quæ verba essent discenda memoriter, *turpiter accepta pecunia, atque etiam data, iustius penes eum est, qui deceptus est, quam penes eum, qui decepit.* Deceptum autem procuratorem dicit, qui captus & corruptus est dulcedine pecuniæ. Et vtique corruptor, quam is, quem corrupit, dignus est odio maiore: ergo si conferatur præuaricator cum corruptore, qui eum corrupit, potior est is, qui corruptus est, corruptore in retinenda pecunia, quæ huius negotij decipula fuit. Cæterum fiscus corrupto præuaricatore proculdubio auferet malo more acceptam pecuniam, *l. Lucius, de iure fisci.* est enim plerunque fiscus legitimus successor omnium scelerum. Hæc vero, quæ diximus, sunt de procuratore rei, de procuratore ad defendendum, non ad agendum, qui præuaricatus est, & qui mala fide causam sibi mandatam defendit. In procuratore actoris, si præuaricatus sit accepta pecunia, vt reus absolueretur, alia via atque ratione res emendatur. Dominus enim litis in ipsum procuratorem habet actionem mandati in id, quod interest, vel si soluendo non sit, procurator in reum male absolutum habet actionem de dolo, nisi reus paratus sit idem iudicium ex integro subire, sub hac exceptione; *si collusum sit, si procuratorem corrupit.* Quod ostenditur in *l. 8. §. 1. mand. atque etiam in l. & eleganter §. pen. & l. quid enim, de dol. & l. si de communi, si seruit. vindic.* Explicatæ sunt leges omnes ex hoc libro 32. quæ pertinent ad actionem contractumque mandati: reliquæ leges pertinent ad contractum societatis, & actionem pro socio, quæ ex eo contractu descendit, quæque, (quod initiò breuiter adnotandum,) vtrinque directa est actio, non ex vno latere directa, ex altero contraria, sicut superior actio mandati, & actio negotiorum gestorum. Domino enim negotij tanquam principali, principalis actio competit, id est, directa, principalis & directa idem, quia eius *id negotium omne pontificiumque esset*, vt hac de re agens etiam Gellius loquitur libro 1. capite 13. Procuratori autem competit contraria. Verum sociis singulis, quia negotium commune est, inque eo par omnium sociorum conditio; competit directa actio pro socio, quoniam æquè principalis est vnus atque alter: cuius quidem actionis pro socio appellatio ducitur ex formula: *Quod pro socio communiterve gestum sit, l. actione §. si post, pro socio.* Pro socio autem gessisse quis dicitur, quod tanquam socius gessit communi nomine, communis rei, negotiiue explicandi gratia. Et de hoc contractu ex hoc libro primum habemus *l. 1. & 3. pro soc.*

Ad l. 1. Pro socio.

Societas coiri potest, vel in perpetuum, id est, dum viuunt: vel ad tempus, vel ex tempore; vel sub conditione. §. 1. In societate omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur.

ET in l. 1. societatem ait coiri posse in perpetuum, id est, quamdiu viuunt socij, vt interpretatur, vt & in *l. 4. de procurat.* in perpetuum accipi oportet. Ergo non nisi ad vitam vsque sociorum, quoniam addit hanc interpretationem, *dum viuunt socij.* Sane ita est, quia vt statim Paulum adiecisse opinor, nulla societatis in æternum, εἰς ἀΐδιον, coitio est, quod est relatum in *l. 70. hoc tit.* ex libro sequenti 33. perperam. Emendetur inscriptio legis 70. & reddatur ea lex huic libro 32. & proxime iungatur superioribus verbis l. 1. Non potest igitur societas continuari in heredes in infinitum: in heredem primum, aut in heredes primo quandoque potest, vt explicabitur in *l. actione, inf.* non in heredes in infinitum, *l. 52. §. idem respondit societatem; & l. 59. hoc tit.* Denique non possunt posteri nostri perpetuæ societati alligari, quia & perpetuam societatem in æternum tueri perdifficile, imò impossibile est. Hæc est ratio. Porro vt subiicit in hac *l. 1.* coiri etiam potest societas absque dubio ad tempus, ita vt simus socij in decennium. Posse item coiri ex tempore, vt simus socij post biennium transactum, nihil est apertius. Plus est, quod adiicit, coiri etiam societatem posse sub conditione, quoniam hac de re olim dubitabatur, vt Iustinianns refert in *l. pen. C. eod. tit.* Dubitabatur an societas coiri posset sub conditione, puta vt socij simus, si Titius consul fuerit. Quæ ratio fuit dubitandi? nempe hæc, quia societati inest mancipatio quarumdam rerum, quæ in commune conferuntur; & mancipatio, cum sit actus legitimus, non recipit conditionem *l. actus, de regul. iuris.* Sed tamen obtinuit hac in re voluntatem legitime contrahentium, potiorem esse debere, quam nimiam subtilitatem iuris. Tum hoc, quod etiam hodie non mancipationem, sed traditionem in societate contrahenda tacite interuenisse dicimus, *l. 2. hoc tit.* Quia, inquit, licet traditio non interueniat, tacite tamen creditur interuenire: non mancipatio igitur, sed traditio: & traditio recipit conditionem. Denique hæc res facit etiam, vt in societate omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicentur ex consensu solo, perinde, atque si inuicem traditæ fuissent. Quod & in hac l. 1. Paulus scribit. Res inquam, communicantur sine traditione: actiones tamen personales, vt subiicit in *l. 3. in princ.* id est, ea quæ in nominibus sunt, id est, actiones personales non communicantur sine cessione, id est, nisi cedantur inuicem. Ficta traditio admittitur, & sunt eius exempla multa in iure *in Instit. in fine tit. de rer. diuis.* Ficta autem

Paul. Y

cessio non admittitur, nec enim mandatum actionis, quod nihil aliud est, quam cessio actionis, tacite contrahitur, nec vlla societas efficere potest, vt mihi competat personalis, quæ socio meo competit, nisi ab eo cessa mihi fuerit pro parte indiuisa, vt societas exigit, quoniam personæ socij adhærescit. Et ideo a persona in personam transire non potest sine cessione, *sans transport*. Igitur contracta societate omnium bonorum, qua appellatione etiam actiones continentur, *l. bonorum, de verb. signif.* inuicem cedendæ sunt actiones. In actionibus cessione opus est. In rebus siue corporibus traditione non est opus.

Ad l.3.& 13.eod.tit.

Ea vero, quæ in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones inuicem præstare debent. §. 1. Cum specialiter omnium bonorum societas coita est: tunc & hereditas & legatum & quod donatum est, aut quaqua ratione adquisitum, communioni adquiritur. §. 2. De illo quæritur, si ita societas, vt si qua iusta hereditas alterutri obuenerit, communis sit: quæ iusta hereditas, vtrum quæ iure legitimo obuenit, an etiam ea, quæ testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem hoc pertinere. §. 3. Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi & dolo.

DOcet etiam in §. 1. *l.* 3. contracta societate omnium bonorum, in societatem venire etiam hereditates, & legata, quæ cuique sociorum obuenerint, & donationes, & omnia adquisitionum genera, cum generaliter omnium bonorum societatem contraxerunt præsentium, & futurorum. At longe alia est ratio, si contracta sit societas quæstus, non vniuersorum bonorum, sed quæstus, quia quæstus nomine id tantum continetur, quod ex opera, ex commercio, ex mercimonio, siue redemptura cuiusque sociorum venit, non quod venit beneficio alieno, *l. 8. hoc tit. l.16. de instit. act.* Quo sensu etiam, quod est in vsu vulgi, conquæstuum siue conquisitorum nomen accipitur, neque enim faciunt differentiam inter quæstum & conquæstum siue conquisita in legibus Ludouici Augusti, & Lotharij Cæsaris, conquisitum suum, & conquisita sua, *ses conquetz que nous disons*. Et quando in hunc sermonem incidimus, debemus etiam ei applicare, quod est in *l.*13. ex hoc eodem libro Pauli, idem esse dicendum, si non quæstus simpliciter sit contracta societas, sed quæstus & lucri. Hæc adiectio, *& lucri*, nihil adiicit. Neque enim ideo omne lucrum commune erit, sed omne lucrum tantum, quod profectum erit ex opera & industria cuiusque, ex emptione, venditione, locatione, conductione, non quod ex liberalitate aliena. Verbum *lucri*, accipit significationem ex verbo *quæstus*. At adiectio accipit significationem ex præcedenti verbo. Et in hoc maxime est notanda *l.*13. & potest accommodari infinitis negotiis, etiam defunctorum, vt postrema verba recipiant interpretationem ex primis.

Ad §. de illo.

SEquitur in §. *de illo*, vt absoluam hanc legem, quod est facillimum; si ita sit contracta societas inter aliquos, vt si qua inter duos alterutri obuenerit iusta hereditas, communis sit, Quæritur, quid iustæ hereditatis nomine intelligamus, aut intelligere debeamus? an omnem hereditatem, quæ vel ex testamento obuenerit, vel ab intestato; an vero eam tantum, quæ obuenerit ab intestato iure agnationis vel cognationis, quæ & proprie dicitur hereditas legitima? An igitur & in hoc contractu iustam hereditatem accipiemus pro legitima tantum? Sic sane. Et ita quoque M. Tull. 3. de natur. Deor. *Eam potestatem*, inquit, *quasi iustæ & legitimæ herediatatis loco filio tradidit*. Ergo vt legitimæ, ita iustæ hereditatis nomine significatur tantum ea, quæ obuenit ab intestato, non quæ ex testamento, quamuis etiam ea sit legitima, sed legitima proprie ea dicitur, quæ ex sola lege defertur sine testamento, sine voluntate defuncti, iusta, quæ ex solo iure defertur. Separauit tamen iustum heredem a legitimo Apuleius 2. *Apologia*, & argute: *Sciebat*, inquit, *intestatui pueri, legitimum magis quam iustum heredem futurum*, dum scilicet alio sensu accipit iustum, pro dignum atque merentem. Quo sensu recte dicam multos esse legitimos heredes defunctorum ab intestato, sed quia immerentes sunt, non esse iustos.

Ad §. vlt.

QVod est in §. *vlt. l.* 3. est apertissimum: Non tantum societas coita dolo malo, veluti callida & insidiosa persuasione alterutrius ipso iure nulla est, sed etiam quæ coita est fraudandi causa. i. quæ perquam damnosa est alterutri, vt quæ dicitur leonina societas in *l. 29. §. vlt. inf. hoc titulo.* igitur non tantum dolus vitiat societatem, sed etiam fraus, quia bona fides, vt ait, contraria est fraudi & dolo. Fraus ex reipsa venit, ex conuentione inconsulto facta sine dolo aduersarij. Dolus autem venit ex calliditate, machinatione, circumscriptione, insidiis aduersarij, & vtrumque bona fides reiicit, & bonæ fidei contractus. Igitur vtrumque vitiat societatem, & dolus aduersarij, si mihi dolo malo persuaserit vt cum eo inirem societatem, & res ipsæ, id est, si conuentiones adiectæ societati sint captiosæ mihi & damnosæ nimis. Quod dixi hesterno die in extremo recitationis ad §. vltimum, quia notandum, iterandum censeo, ipso iure rescindi societatem, non ob id solum quod coita sit dolo malo aduersarij, sed etiam si dolus aduersarij absit, ob fraudem scilicet nimiam & læsionem alterutrius, in quam reipsa incautus inciderit. Quod & in cæteris bonæ fidei contractibus arbitror esse seruandum, quia ratio, quam subiicit Paulus in illo §. vltimo, est generalis, *quia*, inquit, *fides bona contraria est fraudi & dolo*. Fides, inquit, quæ in contractibus omnibus bonæfidei potissimum consideratur, & æque in omnibus excludit non tantum dolum, sed etiam fraudem, id est, læsionem nimiam & immodicam. Et ideo venditionem quoque rescindi dicam recte, non tantum, si res minoris, quam æquum sit, venierit dolo malo emptoris: sed etiam si sine dolo malo emptoris res vænierit nimis, ex quo pretio per imprudentiam venditoris, vel necessitate quadam vrgente venditorem, & compellente ad vendendum quoquo pretio, vt puta, si pretium, quo veniit ne dimidiam quidem partem iusti & veri pretij attingat. Id enim exiguius est, quam vt eo res vendi debuerit, *l. 2. depos.* Et fraus ea venditoris intolerabilis. Itaque propter eam dico ipso iure rescindi venditionem, nam quod ait *l. 2. C. de rescind. vend.* auctoritate iudicis intercedente necessaria, est ita explicandum, vt ipsa lex docet, vt sit necessaria auctoritas iudicis ad restituendam, ad redhibendam rem venditam, vt cogatur emptorem redhibere venditori, si nolit supplere, quod iusto pretio deest. Cæterum venditio ipso iure nulla est, ob fraudem æque atque ob dolum. Et in hanc rem hic §. vltimus summe notandus est. Nunc veniamus ad *l.* 65. quæ multa & varia de societate complectitur.

Ad l. 65. eod. Pro socio.

Actione distrahitur, cum aut stipulatione, aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait, hoc ipso, quod iudicium ideo dictatum est, vt societas distrahatur, renuntiatam societatem: siue totorum bonorum, siue vnius rei societas coita sit. 1. §. Item bonis a creditoribus venditis vnius socij, distrahi societatem Labeo ait. 2. §. Si in rem certam emendam, conducendamve coita sit societas: tunc etiam post alicuius mortem, quicquid lucri detrimentive factum

factum sit, commune esse Labeo ait. 3. §. *Diximus, dissensu solui societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. Quid ergo, si vnus renuntiet? Cassius scripsit, eum qui renuntiauerit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod vtique obseruandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit. Veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde, cum obuenisset vni hereditas, propter hoc renuntiauit. Ideoque siquidem damnum attulerit hereditas: hoc ad eum, qui renuntiauit, pertinebit: commodum autem communicare cogetur actione pro socio: quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum: quia nec dolus admissus est in eo.* 4. §. *Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam: deinde solus volueris eam emere: ideoque renuntiaueris societati, vt solus emeres: teneberis, quanti interest mea.* B *Sed si ideo renuntiaueris, quia emptio tibi displicebat: non teneberis, quamuis ego emero, quia hic nulla fraus est. Eaque & Iuliano placent.* 5. §. *Labeo autem posteriorum libris scripsit: si renuntiauerit societati vnus ex sociis eo tempore, quo interfuit socij, non dirimi societatem: committere eum in pro socio actione. Nam si emimus mancipia, inita societate: deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit: hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio. Proculus hoc ita verum esse (si) societatis non intersit dirimi societatem. Semper enim non id, quod priuatim interest vnius ex sociis, seruari solet: sed quod societati expedit. Hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate conuenit.* 6. §. *Item, qui societatem in tempus coit: eam ante tempus renuntiando, socium a se non a socio liberat. Itaque si quid compendij postea factum erit, eius partem non fert. At si dispendium, æque præstabit portionem,* C *nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. Quod si tempus finitum est, liberum est recedere: quia sine dolo malo id fiat.* 7. §. *Renunciare societati etiam per alios possumus. Et ideo dictum est, procuratorem quoque posse renuntiare societati. Sed vtrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo cui hoc ipsum nominatim mandatum est, videamus, an vero per vtrumque recte renuntietur quod est verius: nisi prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare.* 8. §. *Item scriptum est, posse procuratori quoque meo socium meum renuntiare. Quod Seruius apud Alfenum ita notat, esse in potestate domini, cum procuratori eius renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem. Igitur* D *is, cuius procuratori renuntiatum est, liberatus esse videbitur. An autem ipse quoque (qui) renuntiauit procuratori, liberetur in potestate eius erit: quemadmodum diximus in eo, qui socio renuntiat.* 9. §. *Morte vnius societas dissoluitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint: nisi in coeunda societate aliter conuenerit. nec heres socij succedit, sed quod ex re communi postea quæsitum est: item dolus, & culpa in eo, quod ex ante gesto pendet, tam ab herede, quam heredi præstandum est.* 10. §. *Item si alicuius rei societas sit, & finis negotio impositus: finitur societas. Quod si integris omnibus manentibus, alter decesserit: deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt, tunc eadem distinctione vtemur, qua in mandato: vt si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas: si nota, non valeat.* 11. §. *Societas quemadmodum ad heredes socij non transit, ita nec ad adrogatorem, ne alioquin in-* E *uitus quis, socius efficiatur, cui non vult. Ipse autem adrogatus socius permanet. Nam & si filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius.* 12. §. *Publicatione quoque distrahi societatem diximus. Quod videtur spectare ad vniuersorum bonorum publicationem, si socij bona publicentur. Nam cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.* 13. §. *Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur: quia non est verum pro socio, communiterue id gestum esse, sed communi diuidundo iudicio huius quoque rei ratio habebitur. Nam si distracta esset societas nihilominus diuisio rerum superest.* 14. §. *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, & alicuius sociorum quid absit: cum eo solo agendum penes quem ea pecunia sit. qua deducta, de reliquo quod cuique debeatur, omnes agere possint.* 15. §. *Nonnunquam necessarium est, & manente societate, agi* A *pro socio. Veluti cum societas vectigalium causa, coita est: propterque varios contractus neutri expediat, recedere a societate, nec refertur in medium quod ad alterum peruenerit.* 16. §. *Si vnus ex sociis maritus sit, & distrahatur societas manente matrimonio: dotem maritus præcipere debet: quia apud eum esse debet, qui onera sustinet. Quod si, iam dissoluto matrimonio societas distrahatur: eadem die recipienda est dos, qua & solui debet.*

HOc libro, vt arbitror, Paulus primum docuit summatim, quod & Vlpianus in *l.* 63. §. *vlt. sup.* variis modis distrahi & dissolui societatem: morte sociorum vel socij vnius, & morte non tantum naturali, sed etiam ciuili, veluti capitis deminutione maxima aut media, non etiam minima, vt demonstrabitur in §. *societas in hac l.* Et similiter interitu rerum communium, aut mutatione conditionis earum, vt si e prophanis sacræ fiant, si e priuatis publicæ fiant, id est, si in sacrum dedicentur, si publicentur. Voluntate item distrahi societatem, id est, dissensu sociorum & renuntiatione, itemque mutatione siue nouatione actionis pro socio. Quibus modis ita summatim propositis, Paulus postea diligentius singulas species singulosque modos persecutus est, ac primum initio huius legis docet, perempta actione societatis societatem distrahi, siue societas fuerit omnium bonorum, siue vnius rei. Perempta igitur actione societatis, quamcunque societatem distrahi, vt puta, si socij actionem societatis mutauerint & transtulerint eam in aliud genus obligationis nouatione facta: nouatio facta perimit obligationem & actionem societatis. Ergo & societatem, quæ non nisi vinculo obligationis continetur atque consistit: Nouatio, inquam, voluntaria, quæ fit per stipulationem obligatione societatis transfusa in stipulationem, quod nunquam faciunt socij, nisi quum volunt discedere a societate. Denique etiam nouatio necessaria, quæ fit per litis contestationem, vt puta, si vnus ex sociis agat cum alio actione pro socio, & alius iudicium accipiat, quod nunquam fit, nisi animo distrahendæ societatis, videlicet si agatur generaliter de putandis & reddendis rationibus societatis. Generale iudicium pro socio non datur, nisi finita aut mox finienda societate, *l.* 5. *C. eod. tit.* & generale hoc iudicium dicitur *l.* 38. *hoc tit.* Speciale iudicium pro socio dari potest etiam manente societate, vt in §. *pen. inf.* Hic locus eius legis est de iudicio generali. *Quo, vt ait*, hæc sunt verba: *ideo agitur vt societas distrahatur.* Ergo est generale iudicium ἐπὶ διαλύσει τῆς κοινωνίας. vt est in Bas. Quo genere societati plane renuntiari, videtur, quoniam huic iudicio generali locus non est, nisi finita societate, vel cum inibi est, vt finiatur. Et huius rei argumentum a simili recte hic glossa duxit ex *l. vlt.* §. *illud, de diuort.* Vbi dicitur, similiter renuntiari matrimonio videri, si vir agat rerum amotarum, quia hoc iudicium non oritur, aut non competit, nisi soluto matrimonio. Ita vero, si iudicio generali pro socio actum sit re iudicata, causa actionis pro socio nouatur, mutatur, & quem ex sociis debitorem esse claruerit re iudicata, is incipit debitor esse ex causa iudicati, *l. si fundus* §. *si pluris, de pignor. l. pen.* §. *vlt. l. pen. de vsur. rei iudic.* Ergo tam necessaria, quam voluntaria nouatione actionis pro socio societatis distrahitur: & vtraque nouatio significatur his verbis huius legis, aut stipulatione, aut iudicio, vt in *l. delegare*, & *l. aliam, de nouat.*

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. huius legis, distrahi etiam societatem, bonorum scilicet, de illa enim agitur tantum, si vnus ex sociis bonis suis omnibus, cogente inopia creditoribus suis cesserit, eaque diuendita fuerint sub hasta præconis, quod etiam ostenditur *in Inst. eod. tit.* §. *item si quis.* Cui nulla relinquuntur bona, is non potest esse socius bonorum, non potest esse societas bonorum inter egenum & diuitem. Rursus, quod sequitur in §. *si in rem.* satis difficile

est, id pertinet ad id, quod dicitur, morte vnius socij societatem dissolui. Quod & hic præposuisse Paulum arbitror: Excipit enim in hoc §. ab hac sententia vnum casum, si contracta sit societas ad certam rem aliquam emendam vel conducendam, veluti ad emendum, aut conducendum fundum Tusculanum, & vnus ex sociis vita decesserit: tunc enim, inquit, tunc, quod expendendum est, id est, hoc speciali casu non tantum, quod viuo adhuc socio lucri, vel damni contigerit, sed etiam post mortem eius, quidquid lucri peruenerit ex reditu eius fundi, vel in eo quidquid detrimenti contigerit, quasi durante societate post mortem, id communicandum est heredi defuncti. Hoc ideo, nunquam est omittenda ratio, quia cum heres in conductione succedat non minus, quam in emptione, §. *vlt. Instit. de locat.* id actum videtur contracta societate ad certam rem emendam vel conducendam, vt & ea societas continuaretur in heredem, in quem ambulat, vt loquimur etiam, emptio, aut conductio. Dices: atquin in contrahenda societate nec ab initio pacisci possumus, vt heres societati succedat. Ita est proditum nominatim in *l.* 59. Dicam, non quidem expressim id pacisci nos posse, vt heres societati succedat, quia incerta persona societati destinatur, quis enim sociis heres futurus sit, incertum est. Et societas in electione certæ, non incertæ personæ consistit, §. *soluitur, Institut. eod. tit.* At tacite, vt heres societati succedat, id agitur rectissime. Sunt in iure innumera exempla, quibus tacite acta valent, quæ expressim acta non valerent. Et idem omnino, quod in hac specie dicitur, hoc loco agi videtur. Dicam agi societate contracta ad conducenda publica vectigalia, vel qua alia publica: nempe vt commune sit inter publicanos superstites, & heredem defuncti vnius ex publicanis, quidquid etiam post mortem eius lucri, vel damni ex ea conductione contigerit, *l.* 63. §. *in here. sup. hoc tit.* Hic §. *si in rem*; est de societate contracta ad certam rem conducendam: ille §. *in heredem*, est de societate contracta ad vectigalia conducenda. Et idem in vtraque specie iuris est. Nec obest, quod idem §. *in heredem* ait, non similiter obseruari in societate voluntaria, vt scilicet quidquid post mortem socij damni vel lucri contigerit, id sit commune superstitibus cum herede defuncti: nihil, inquam, id obest, quia illo loco non confertur, vel committitur societas voluntaria, cum societate vectigalium conducendorum, cum & ipsa sit voluntaria, sed committitur cum societate, quam habet heres defuncti cum publicanis superstitibus, quæ communio est damni & lucri hereditaria, atque adeo necessaria, quia ipse heres non contraxit societatem. Denique heres non est socius voluntarius, sed necessarius iure hereditatis: heres voluntarius socius esset, si superstites publicani volentem eum sibi adsciuissent, & adsumpsissent socium in locum defuncti, vt idem §. *in heredem* indicat illo loco, *nisi fuerit adscitus*. Adscitus heres socius est voluntarius. Et hoc modo superstites publicani addere possunt nouas leges societati, quæ seruentur inter eos & heredem defuncti, diuersas ab iis, quas cum defuncto pactas & conuentas habebant, quo facto sane non similiter obseruabitur in societate voluntaria cum herede scilicet defuncti contracta, quod in communione necessaria damni & emolumenti, quæ per omnia par esse debet ei, quæ cum defuncto fuit. Et ita ille §. explicandus est. Ac præterea, quod ait Paulus in hoc §. *si in rem*, in specie proposita, etiam post mortem socij, quidquid lucri factum sit ex reditu empti fundi vel conducti, superstiti socio commune id esse cum herede defuncti; cum eo, inquam, nihil pugnat *l. Titium*, §. *altero, de adm. tutor.* quam Accursius obiicit, quia, vt breue faciam, res est parui negotii. Ille §. *altero*, non negat, neque loquitur quicquam de ea re: non negat, inquam, inter heredem socij defuncti, & socium superstitem esse commune compendium, quod postea factum est, quum fuit coita societas ad emendas certa res. Sed hæc est sententia legis longe diuersa ab ea, quæ est in manu. Ait ille §. compendium, quod fecit tutor heredis defuncti socij venditis mercibus communibus, & aliis mercibus suo nomine reparatis, compendium, inquam, illud, quod sibi fecit suo nomine, pupillo non esse præstandum, sed præstandas esse ei vsuras pupillares pecuniæ communis aut redactæ ex communibus rebus, non compendium, quod fecit tutor, ei esse præstandum, sed vsuras pupillares, vt fieri solet in iudicio tutelæ, vt *l. negotiationem, eod. titul.* In qua tamen *l. qui negotiationem* aliter respondetur, nimirum propter voluntatem testatoris, qui iusserat tutorem eandem negotiationem post mortem suam exercere, quam se viuo exercuerat. Et ideo rationem reddere debet pupillo, non ad computationem vsurarum pupillarium, sed ad incrementum negotiationis. Cæterum hæc sententia illius §. nihil habet commune cum sententia §. propositi.

Ad §. diximus.

Dixerat ante Paulus, cum enumeraret varios modos dirimendæ societatis, dissensu societatem dirimi. Vlpianus in *l.* 63. voluntate siue renuntiatione dirimi. Quod quidem naturali rationi conueniens est. Nihil enim est tam naturale, quam eodem genere quodque dissolui, quo colligatum est. Societas nudo consensu contrahitur. Dissensu ergo contrario dissoluitur. Hoc vero ita procedere ait hoc loco, si omnes socij in hoc consentiant, vt dirimatur & finem accipiat societas. Quid ergo, si vnus tantum ex sociis renuntiauerit societati, si vnus ex sociis velit a societate recedere an dissoluitur societas? an vnius renuntiatione, sicut vnius morte? Et hac in re Paulus docet, vtendum esse distinctione, quandoquidem, si tempestiue & bona fide societati renuntiauit, nec deinceps cæteri ei, quod compendij fecerint, communicare tenentur, nec ipse cæteris. Detrimenta etiam ab eis facta non erunt communia: & omnino vtrinque ab obligatione societatis contingit liberatio. Sed si dolo malo (hæc est altera pars distinctionis) & fraudis consilio vnus renuntiauit societati, socios a se, non se a sociis liberat, & quod ei postea lucri obuenerit, communicare cogitur: detrimentum vero solius eius est. Et ex diuerso, quod cæteri socij adquisierint, ad eos solos pertinet. Quod autem damnum fecerint, commune est inter eos & illum, qui societati dolo malo renuntiauit. Et hoc Paulus declarat propositis exemplis quatuor. Ac primum si cum inita esset societas omnium bonorum, quo genere etiam futurorum bonorum societas inita videtur, licet id dictum non sit nominatim, vt hic §. indicat, *& l.* 3. §. 1. *& l.* 37. *hoc tit.* vt & contracto pignore omnium bonorum, futura quoque bona obligatione comprehenduntur, *l. vlt. C. quæ res pign. oblig. poss.* nihilque refert, bonorum dixerint simpliciter, an omnium bonorum, vt *l. Titium* §. *altero, de adminis. tut.* sicut nihil refert vsusfructus bonorum legetur, an omnium bonorum, *l.* 24. *&* 37. *de vsufruct. leg.* Si igitur, cum coita esset societas bonorum, vel quod idem est, omnium bonorum, vnus ex sociis obueniente sibi luculenta hereditate quadam (Obuenire dicitur, quod defertur lege vel testamento nondum adquisita, *l.* 130. *de verb. signific.*) Si inquam, obueniente sibi hereditate quadam ideo renuntiauerit societati, vt eam solus adquireret, quia id fecit dolo malo, & in fraudem sociorum, actione pro socio eam hereditatem in commune redigere cogitur, quod & Institutiones docent in §. *manet, eod. tit.* Vel si forte præter opinionem, præter expectationem, ea hereditas damnum attulerit, ob magnitudinem æris alieni: id damnum eum tantum respicit, qui dolo malo renuntiauit societati, non cæteros. dolus proprius ei soli nocet, qui dolo malo renuntiauit societati, non cæteris: sed si post renuntiationem societatis ei ex improuiso, ex insperato obuenerit hereditas, proculdubio eam communicare non cogitur, quia dolo caret.

Ad §. Item si.

SEquitur aliud exemplum in §. *Item si societatem.* si cum inter me & te coita esset societas in rem certam emendam, postea tu renuntiaueris societati dolo malo, puta, vt eam rem tibi solus emeres tuo nomine, non communi nomine, teneberis mihi actione pro socio in id quod interest, vel vt eam rem mihi communices: Sed si ideo renuntiaueris societati, quod postea emptio eius rei tibi displicere cœperit, nihil dolo malo facis, & ideo nec mihi teneberis actione pro socio, etiamsi postea ego eam rem emero meis nummis. Et hæc duo quidem exempla satis aperta sunt.

Ad §. Labeo.

TErtium est exemplum importunæ & intempestiuæ renuntiationis, quod proponitur in §. *Labeo*, his verbis. *Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiauerit societati vnus ex sociis eo tempore quo interfuit socij, non dirimi societatem, committere eum in pro socio actionem: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit: hoc casu quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio iudicio.* Hæc omnia verba, quæ recitaui, sunt valde obscura, adeo vt nemo interpretum ausus sit ea attingere, eorumve interpretationem addere. conticescunt hoc loco omnes, ac plane se eius loci difficultatem videre, quamuis videant, tamen dissimulant. Mihi videtur Labeo loqui de venaliciariis, qui & mangones dicuntur, qui societatem coeunt ad mancipia coemenda & vendenda, vt *l. iustissime* §. 1. *de ædil. edict.* Ex quibus si quis renuntiauerit societati eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, quia, cæterorum, inquit, Labeo, sociorum deteriorem causam facit, cæteris tenetur actione pro socio in id quod interest. Cur ita? Ratio est explicatu difficilis simul atque species, speciejue explanatio. Qui renuntiat societati mancipiorum venalium, socios prouocat ad diuisionem. Ita est: quæ quia commode explicari non potest, vt est in Institution. nominatim scriptum de hominibus, qui in diuisionem veniant, in titulo *de offic. iudic.* quia, inquam, hominum siue mancipiorum diuisio commode explicari non potest, propterea quod homines numero non diuiduntur, vt puta si sint 10. inter duos socios, non ita diuiduntur, vt vnus habeat quinque, alter totidem homines, ita non diuiduntur, sed singuli pro partibus indiuisis, *l. in stipulationibus, de verb. obligat. l. cum Stichus, de solut.* Ideo res necessario, quoties de diuidendis mancipiis communibus agitur, deducenda est ad licitationem, ad quam etiam extranei emptores admittuntur, nedum socij, *l. 3. in fine, C. comm. diuid.* penes quos extraneos si licitatio remanserit, mancipia eis addicuntur, adiudicantur, quæ adiudicatio est venditio necessaria, non voluntaria, *l. si pignore, famil. ercisc.* Et hac ratione modoue, si coacti fuerint socij mancipia vendere, eo tempore quo ea vendere non expediebat, forte quod tunc præ ingenti copia vænalium, quos alij in vrbem mangones inuexerant, viliora essent mancipia; vili venderentur, eo nomine is, qui renuntiauit tam intempestiuæ societati, cæteris, quorum causam deteriorem fecit, tenetur actione pro socio in id, quod interest. Et hoc est, quod Labeo scripsit, *committere*, id est, incidere in actionem pro socio, socium, qui renuntiauit societati eo tempore, quo sociorum vel socij interest non dirimi societatem. Nam si *emimus*, inquit, &c. Et hanc quoque scripturam Labeonis, Proculus probat, vt subiicit, cum hac exceptione tamen: *Si societatis non interfit.* sic Florentiæ recte, *si societatis non interfit dirimi societatem*, quod pro eo est ac si dixisset, nisi societatis intersit dirimi societatem, distrahi mancipia quocunque pretio, forte quod sint nequissima, aut inutilissima. Non est culpandus, qui renuntiauit societati, quia id expedit societati, etiamsi forte, & in hoc est vis, etiamsi forte cuiusdam ex sociis priuatim intersit, societatem non dirimi: forte quod in casum non diremptæ societatis ab extraneo stipulatus sit, & speret magnum aliquod emolumentum. Sed magis spectandum & seruandum est, quod societati expedit, id est, quod in commune pluribus vtile est, vt in *l. in re communi in fine, de seruit. vrb. præd.* quam quod expedit vni tantum. Et eleganter (quæ verba signanda sunt.) semper enim non id, quod priuatim interest vnius ex sociis, seruari solet, sed quod societati expedit, quod vniuersitati expedit, non quod singularitati. Ioannes hoc loco legit male; aut intelligit male hunc locum, perindeac si in eo scriptum esset, *si societatis intersit non dirimi societatem*, traiectis verbis. Quandoquidem recte Florentini, *si societatis non intersit, dirimi societatem.* Sic legendum, *si societatis non intersit*, non, *si societatis intersit non dirimi societatem.* Et mirum in modum mihi placet glossa ad hæc verba, *ex tempore*, dempto vltimo commate, quod est ex Ioanne. Verum huic exceptioni Proculi mox additur alia exceptio, exceptio exceptionis his verbis, *hæc ita accipienda sunt; si nihil de hoc in coeunda societate conuenit*, id est, si de hoc, quo de agitur, aliud in coeunda societate conuentum non sit, puta, vt etsi vel vnius socij interesset societatem non dirimi, etiamsi societatis non interesset ne dirimeretur, si id conuenit, si vel vnius interesset non dirimi: hoc enim casu, is, qui renuntiat societati, & cuius interest, ex pacto conuento tenetur actione pro socio. Et ita Græci rectissime hunc locum interpretantur: *Εἰ μὴ ἄρα ἰδικῶς τοῦτο συνεφωνήθη, ὥστε καὶ μὴ βλαπτομένης τῆς κοινωνίας, εἰ ἐμὲ μόνον συμβῇ ζημιωθῆναι ἐκ τῆς ἀπαγορεύσεως ἔχειν με τὴν περὶ σοτζίου.* id est, *si non specialiter conuenerit, vt & si non læderetur societas, si vel mihi noceret renuntiatio societatis, ego haberem actionem pro socio.* Est rectissima interpretatio. Latini perperam omnes. Et ita accipienda sunt hæc verba. Si non conuenerit, vt & intempestiue a societate recedere liceat, quasi scilicet tunc liceat etiam intempestiue societate abire. Verum hoc pactum arbitror superuacuum atque iniustum esse, quod & hic glossa tentauit, non pertentauit, quia etsi non conuenerit, vt liceret quandoque abire societate, tempestiue & opportune licet abire, atque etiam intempestiue, licet id non conuenerit ex iusta causa, cuiusmodi multæ iustæ causæ recensentur in *l.* 14. §. *vlt. &* 15. *&* 16. *sup. hoc tit.* Inter quas in l. 16. necessaria peregrinatio, puta si socius reipublicæ causa diu & inuitus absfuturus sit, hoc casu etiam intempestiuo tempore renuntiare societatem potest, quam etiam esse iustam causam renuntiandi mandati Paulus scribit 2. *Sentent. tit. de mandatis*, & aperte lex 9. *de procurat.* vbi tamen peregrinationem necessariam, quæ est ea, quæ suscipitur reipub. causa, vt demonstrat *l.* 8. *in fine, eod. tit. de procur. & l.* 16. *hoc tit.* Accursius male modo accipit perperam, pro peregrinitate, quæ per deportationem contingit. (Aliud enim est peregrinatio, longe aliud peregrinitas. Peregrinantur etiam ciues: at redacti in peregrinitatem non sunt ciues) modo, & id quoque perperam, peregrinationem accipit pro ea, quæ instituitur religionis causa, veluti ad sanctum Iacobum, inquit: de qua euidens est nihil cogitasse auctores nostros, & de qua extat elegans oratio Gregorij Niceni *περὶ τῶν ἀπιόντων εἰς Ἱεροσόλυμα*: & in ea elegans sententia: *θεοῦ προσεγγισμὸν τοπικὴ μετάστασις οὐ κατεργάζεται.* Verum ad rem. præter ea, quæ paulo ante dixi, etiamsi ita conuenerit, vt intempestiue societate abire liceat sine iusta causa, dico pactum non valere, quod sit contrarium bonæ fidei, quæ maxime in contractu societatis, per quam ius quoddam fraternitatis exuberare debet: exuberare, vt ait, *l.* 3. *C. eod. tit.* Et sane sicut si conuenerit ne abeatur societate intra certum tempus, ne discedatur societate intra certum tempus, nihilominus spreta conuentione discedere licet ex iusta causa, *dict. l.* 14. par est & æquabile: vt & ex diuerso, si conuenerit vt abeatur societate quandocunque

libuerit, ne liceat tamen id facere intempestiue, & absque iusta causa. Et eodem modo *d.l.* 14. ostendit superuacuum esse pactum, ne abeatur societate, quia & illo pacto omisso abire non licet intempestiue sine fraude, sine damno suo; intempestiua renuntiatio ipso iure societatis in æstimationem venit, *l. 17. §. vlt. hoc tit.* Et rursus illo pacto interposito, ne abeatur societate, nihilominus tempestiue abire licet, nemo enim inuitus in communione detinetur *l. vlt. C.com. diuid.* Et ita explicanda sunt, quæ pertinent ad tertium exemplum. Quartum exemplum est etiam intempestiuæ renuntiationis in *§. item, qui societatem.* Si societas contracta sit ad tempus, vt ad decennium, & vnus societati renuntiauerit ante tempus, ante decennium, nam & hoc casu, qui renuntiauit ante tempus, socios quidem a se liberat, verum ipse se a sociis non liberat, & claudicat renuntiatio siue distractio societatis. Itaque lucrum, quod postea alij socij fecerint, id ei, qui ante tempus renuntiauit societati, communicare non tenentur, damnum tamen communicant si quod incurrerit. Excipitur semper, quod & hic §. adiicit, iusta & necessaria causa renuntiandæ societatis ante tempus, quales, vt dixi, multæ enumerantur in *l.14. 15. 16. sup.* Et conuenienter Græci etiam hic apponunt exemplum necessariæ peregrinationis susceptæ Reipubl. causa, διὰ δημοσίαν ἀποδημίαν: Finito tamen tempore liberum est vnicuique abire societate, quia id fit sine dolo malo. Hæc sunt quatuor exempla dolo malo factæ renuntiationis, quibus addi etiam potest quintum exemplum ex *l.71. §. 1. supr.* Si absenti renuntietur societas, neque enim recte renuntiatur, nisi quæ præsenti renuntiatur: vt procuratori eius, vt dicemus in *§. renuntiare.* si absenti renuntietur societas, lucrum quod absens fecerit, non communicabitur, damnum communicabitur; & contra damnum, quod præsens fecerit, non communicabitur, lucrum communicabitur. Vt autem mandato renuntiari & mandatori renuntiari dicitur promiscue in titulo superiore, ita in hoc titulo, societati, vel societatem renuntiare, & socios vel sociis renuntiare, vt in *§. Labeo, supr. illo loco, deinde renunties mihi.*

Ad §. renuntiare.

NOndum explicata sunt omnia, quæ pertinent ad renuntiationem societatis. Restat enim adhuc *§. renuntiare,* & *§. item rescriptum.* quo *§. renuntiare* ostenditur, socium societati renuntiare posse, non per se tantum, sed etiam per procuratorem, qui specialiter mandauerit, vt socio vel sociis renuntiet, se a societate discedere. Itemque per procuratorem omnium bonorum, qui generale mandatum habet: nec enim hac in causa exigitur speciale mandatum, sufficit generale, quo & inter alia multa, & hoc videtur procuratori mandare dominus, vt cum ei id esse fuerit visum ex sua vtilitate, renuntiet societati. Itaque procurator, qui generale mandatum habet, quive liberam administrationem, quod idem est, si renuntiat societati, cum id ei vtile domino, expedire videtur, id facere videtur ex voluntate domini, qui ei permisit omne arbitrium rerum vtilitatumque suarum: nec aliter irrita est renuntiatio facta a procuratore, qui generale mandatum habet, quam si dominus specialiter eum prohibuerit renuntiare societati: specialis prohibitio est necessaria, speciale mandatum non est necessarium: paucissimæ sunt causæ, in quibus speciale mandatum requiri solet, quæ notari solent ad *l. Pomponius, de procurat.* Idem vero obseruatur in curatore furiosi: nam & hic societati renuntiat recte, quam furiosus cum alio contractam habet *l. vlt. C. eod. tit.* vbi tamen Iustinianus, qui est auctor illius legis, ea de re maxime olim dubitatum fuisse ait. Cur ita? quia curator furiosi, non videtur renuntiare societati voluntate domini, propterea, quod furiosi nulla est voluntas. Procurator autem vniuersorum bonorum, videtur habere voluntatem domini sana mente præditi. Sed tamen idem Iustinianus vtilitatis causa admisit in curatore furiosi. Contra *in §. seq.* ostenditur, non tantum præsenti socio renuntiari posse, sed etiam procuratori absentis. Verumtamen, vt Seruium notasse Alphenus refert, liberatur quidem statim is, cuius procuratori renuntiatur: liberatur, inquam, ab eo, qui renuntiauit, sed non etiam vicissim ille, qui renuntiauit, liberatur ab eo, cuius procuratori renuntiatum est, antequam dominus ratam renuntiationem habuerit, quæ procuratori suo facta est: si enim ratam eam non habuerit is, cui renuntiauit, ab eo non liberatur, sed & commodum, quod post renuntiationem adquisiuit, ei communicare debet: detrimentum autem ipse solus sufferre, & contra ex compendio, quod post renuntiationem fecit is, cuius procuratori renuntiauit, ex eo compendio partem non feret, detrimenti autem quod fecerit partem præstabit. Itaque hoc casu, id est, si procuratori socij absentis factam renuntiationem dominus ratam non habuerit, idem seruabitur, quod in superioribus quinque casibus, quos supra exposuimus. Si socio, (hic est primus,) socius omnium bonorum renuntiauerit dolo malo, vt obuenientem sibi hereditatem solus adquireret: Si, (hic est secundus) societate coita ad rem emendam societati renuntiauerit quis, vt eam rem solus emeret suo nomine: Si, (hic est tertius,) contracta societate mancipiorum emendorum & vendendorum eo tempore renuntiauerit quis, quo mancipia sunt vilia, & bene vendi non possunt: Si, (hic est quartus,) ad tempus contracta societate, ante tempus renuntiauerit sine iusta causa: Si, (hic est quintus casus,) in *l.17. §. 1. inf. hoc tit.* Si absenti socio renuntiauerit, qui procuratorem nullum reliquerat, vt puta si adhibitis testibus protestatus fuerit, se a societate recedere. His quinque casibus addatur sextus ex hoc §. si procuratori absentis renuntiauerit, & absens ratam renuntiationem non fecerit. Verum ex diuerso, si dominus ratam renuntiationem fecerit factam procuratori suo, is, qui renuntiauit, statim ab eo tempore quo renuntiauit, obligatione societatis liberatus esse intelligitur, perinde atque is, cuius procuratori renuntiauit, quia ratihabitio retrotrahitur, retro recurrit, vt ait lex *si fundus, §. 1. de pignor.* Et ideo, quod interim compendij fecerit is, qui procuratori renuntiauit, absenti communicare non cogitur: nec retro absens, quod interim damni fecerit, eius partem ab eo desiderare potest. Et hoc distat maxime hic sextus casus a superioribus quinque: quoniam in superioribus nulla apparet ratio ex post facto confirmandæ liberationis in persona eius, qui fraudulenter vel intempestiue societatem renuntiauit. Et in casu 5. qui est *d. l. 17. §. 1.* quamuis dicat, absenti facta renuntiatione, quoad is scierit, sic ait, *quoad absens scierit*, eum, qui renuntiauit, absentem a se liberare, non se ab absentes claudere liberationem: non hoc vult, scientiam illius, si postea sciuerit sibi renuntiatum, non vult, inquam, scientiam illius retrotrahi, sed ab eo tantum tempore, quo scierit societatem renuntiatam, liberationem contingere ex parte eius, qui renuntiauit. Et hæc sunt, quæ pertinent ad *§. renuntiare, & §. item scriptum.* Sequitur §. morte.

Ad §. morte.

HActenus dixit de ratione distrahendæ societatis per renuntiationem omnium vel vnius: nunc dicere incipit de morte, qua constat dirimi societatem, etiam morte vnius, adeo vt inter superstites societas non perseueret, quamuis numero plures sint, nisi, vt ait, aliud in coeunda societate conuenerit, puta vt mortuo vno cæteri in societate permanerent: alioquin vel vnius morte omnium societas dissoluitur. quod etsi plures sint, qui compromiserint in arbitrum, eodem modo obseruatur: nam morte vnius, etiamsi superstites sint plures, in persona omnium soluitur compromissum, *nisi*, est eadem exceptio, nisi, vt ait lex *diem, §. 1. de recept.* cæterorum facta sit mentio, id est, nisi conuenerit,

uenerit, vt vno mortuo in cæterorum persona compromissum perseueraret. Est eadem exceptio, citra quam vel vnius morte dissoluitur omnium societas. Heres autem socij, etiamsi conuenerit, vt vno mortuo in superstitibus societas perseueraret, in societatem non succedit, neque vero vt succedat, conuentione effici potest, *l. 59. sup.* quæ tamen conuentio in compromisso recipitur: puta si conuenerit, vt compromissum etiam obliget heredem, si quis forte compromittentium moriatur re nondum iudicata, *d. l. diem §. 1. & l. non distinguemus §. sed & si heredes & §. propen. eod. tit.* Et in herede socij placet valde ratio §. *soluitur, Institut. de societ. quia*, inquit, *qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit*, certæ personæ industriam vel ingenium, nec eiusdem est animi erga heredem eius, quem sibi socium elegit, aut possit esse, cum sit incertus, nec forte, vbi certus extiterit aliquis heres, mortuo socio, is eiusdem naturæ & ingenij erit. inter artifices longa est differentia, *l. inter, de solut.* & vt est in prouerbio, πρόσω τὰ φρύγων ἢ πρώτων ἐστὶν ὀσ(?)ματα, & ex eod. §. *soluitur*, rectius lege in hoc §. *morte : Morte vnius societas omnium dissoluitur*, Basilica, πᾶσα ἡ κοινωνία. *Omnis societas*, quod nihil est aliud, quam societas omnium dissoluitur, etsi consensu plurium coita sit, plures vero supersint. Et ita est in Institutionibus. Placet etiam ratio, quæ pene eadem est, §. *societas, infr.* societatem ideo non sequi heredem, ne alioquin inuitus quis socius efficiatur, cui non vult, puta heredi, quod ei non placet, cuius industria vel ingenium ei non placet, quod in societate maxime spectatur. Plus enim quandoque præstat ingenium socij, quam pecunia. Verum sequitur in hoc §. *morte*: quamuis verum sit societatem non transire in heredem defuncti socij, heredem socij non esse socium, tamen ex re communi, veluti communiter empta viuo socio, post mortem eius quæsitum lucrum heredi, quem res sequitur, pro parte esse communicandum. Eademque est ratio damni postea facti, quod & supra anteuertit dicere in §. *si in rem*, qui congruentius huic loco admotus fuisset. Ergo heres, licet societatis successor non sit, est tamen emolumenti quæsiti ex re communi, sicut & rei, pro rata successor. Itemque damni in ea re postea facti. Præterea heres socij explicare debet ea, quæ per defunctum inchoata & imperfecta sunt, *l. 40. sup. h. t.* Sicut heres tutoris, quamuis non sit tutor, ea, quæ per tutorem defunctum *l. 1. D. de fideiuss. tut.* quæ cum illa 40. coniungenda est. vtraque est ex eodem Pomponij libro, & ad idem etiam pertinet lex *pen. de admin. tut.* Et in his vero explicandis, quæ, vt hic loquitur Paul. ex antegesto pendent, id est, ex iis, quæ ante viuus socius gerere cœpit, si quid heres dolo vel culpa sua admiserit, id iure societatis præstabit, id ipso iure societatis in æstimationem venit, & vicissim in eo herede eodem iudicio superstites socij dolum & culpam præstabunt, vt *l. 52. §. 1. sup.* Fac alicuius negotij siue negotiationis coitam societatem, veluti quarundam mercium emendarum & vendendarum, & vnum ex sociis hoc negotium explicasse, confecisse, finiisse, certum quidem est, hoc casu finitam esse societatem, finito negotio, cuius inita erat societas, nec superesse aliud, quam vt compendij communisue pecuniæ diuisio fiat, vt §. *si post inf.* At si negotium illud ab vno ex sociis inchoatum fuerit, qui morte præuentus id perficere non potuerit, ad heredem eius, vt diximus, negotij consummatio pertinet. Et ita hæc coniungenda sunt cum hoc §. *quod si.* Et hoc deinde subiicit, & ita est coniungendum, vt dixi, cum superioribus. Quod si illud negotium, ne inchoatum quidem fuerit, id est, si re integra, non quidem is, qui gerendum negotium in commune susceperit, sed alter socius vita decesserit, quo genere soluitur societas: deinde vero socius superstes, qui se id negotij confecturum communi nomine receperat, id confecerit: post finitam igitur societatem morte alterius socij, recte Paul. hoc loco eadem distinctione vtitur, qua & supra vsus est in mandato, *l. inter causas, sup. h. t.* vt si ignorans socium vita decessisse, negotium illud confecerit, valeat societas, inquit, id est, vt heres defuncto id, quod pro socio & communiter gessit, tueatur, & ratum habeat, & sit ex ea causa inter eum & socium superstitem actio pro socio, quia hoc casu, vt & de mandato dictũ est, quãuis morte soluatur societas, non soluitur tamen obligatio vel actio pro socio: sed si sciens mortẽ socij, ad negotium illud gerendum accesserit, quasi commune tunc, vt non valeat societas, id est, vt non sit ex ea causa inter eum & heredem actio pro socio, sed vt perinde res habeatur, atque si sibi illud negotium gessisset. denique vt hoc casu & societas, & obligatio societatis alterius morte soluatur, aut soluta intelligatur. Et interim obserua, societatem hoc loco accipi pro obligatione societatis: vt emptionem sæpe pro obligatione empti: societatem, inquam, accipi pro obligatione societatis: quæ priore casu, id est, si ignorauit mortem socij durat, non etiam posteriore casu. His etiam addendus est omnino §. *societas.*

Ad §. societas. & §. publicatione.

IN quo §. ostenditur, quod dixi, in heredem societatem non transire. Idem eadem ratione obtinere in adrogatore, vt in adrogatorem socij societas non transeat, ne alioquin alter socius inuitus efficiatur socius adrogatori, qui forte non vult esse socius: cæterum adrogatus socius permanet: nam & filiusfamilias potest societatem coitam habere cum alio. societas est contractus: atqui filiifamilias ex omnibus contractibus obligari possunt, & obligare. Adrogatione igitur socij societas non dirimitur, quia non dirimitur etiam mancipatione, si filiusfam. qui est socius extranei, emancipetur a patre. Denique capitis deminutione socij minima non soluitur, vt *l. 58. §. si filiusfam.* maxima & media capitis deminutione socij proculdubio dissoluitur, *l. 63. §. vlt.* non minima, id est, si socius fiat seruus vel peregrinus, desinit esse socius, non etiam si fiat sui iuris, vel alieni iuris: minima capitis deminutio morti non comparatur *l. intercidit, de condit. & demonst.* media quoque capitis deminutio, quæ irrogat peregrinitatem, quæ plectit, mulctat ciuitate, plerumque morti comparatur, veluti deportatio in insulam, quæ est media capitis deminutio, morti, inquam, plerunque comparatur, quatenus deportationem semper sequitur publicatio omnium bonorum, *l. 3. ad leg. Iul. pecul. l. vlt. §. vlt. C. de sent. pass.* quia enim fiscus in locum eius succedit, deportatus pro mortuo habetur, vt ait §. *publicatione*, qui sequitur. Viuus successorem habet fiscum: ergo iam non viuus esse videtur. Viuentis nulla est successio, aut si cuius sit viuentis successio, veluti deportati, is proculdubio pro mortuo consequenter habebitur, vt etiam est proditum in *l. 1. §. vlt. de bon. poss. cont. tab.* & in *l. 4. §. pen. de bon. libert.* Expositæ sunt causæ dirimendæ societatis. Restant alia quædam in hac lege, quæ proxima recitatione explicabuntur.

Ad §. si post distractam.

EXpositis variis modis dissoluendæ societatis, actionis mutatione, cessione bonorum, vnius socij renuntiatione, morte, capitis deminutione maxima vel media, atque adeo publicatione bonorum omnium, aut ad certum negotium inita societate, illius negotij absoluto effectu, eo quoque demonstrato dissoluta societate, non continuo etiam dissolui actionem pro socio, vt puta, si socius mortuo altero socio, cum hoc ignoraret, ad commune negotium aliquod accesserit, qui vtique & gesti huiusce negotij nomine aduersus heredem socij quamuis dirempta sit societas, habet actionem pro socio: sed si sciens morte socij diremptam esse societatem, commune negotium aggressus fuerit, & gesserit, non esse actionem pro socio. Idem nunc docet in §. *si post distractam.* si quis sciens morte socij, vel alio modo distractam esse societatem, aliquid in communem rem impenderit, non esse actionem pro

ſocio, vt id quod impendit eius actionis beneficio conſequatur, quia vt ait in *hoc* §. pro ſocio hic communiter non geſſit, quæ verba ſunt ex formula ipſa edicti, & actionis pro ſocio, *Quod pro ſocio communiterve geſtum ſit.* Et ideo ſub hoc titulo diligenter explicabitur quid ſit ſocietas, quid communiter geſtum, *l.* 31. *& trib. ſeq. ſup. hoc tit.* Et obſeruandum in ea formula, ſicut & in multis aliis formulis iuris, diſiunctionem illam *communiterue* pro coniunctione accipi, quia de communiter geſto ſpecialis nulla prodita eſt actio, ſed pro ſocio ſimul, & de communiter geſto agitur contracta ſocietate. Hac autem ratione, quamuis illo caſu non ſit actio pro ſocio, ſi quis ſciens poſt diſtractam ſocietatem aliquid in rem communem impenderit, eſt tamen actio communi diuidundo, inquam, (quia diſtracta ſocietate nihilominus diuiſio rerum ſupereſt, & diuiſio rerum communium) venit quod in rem communem impenſum eſt, vt id ſociorum quiſque agnoſcat pro ſua parte, *l.* 4. §. *ſicut, comm. diuid.* Si quid manente ſocietate ſocius impenderit in rem communem, proculdubio id venit in actionem pro ſocio: ſed ſi poſt diſtractam ſocietatem impenderit, id non poteſt deduci in actionem pro ſocio, communiterve geſtum non videtur poſt diſtractam ſocietatem, ſed venit in actionem communi diuidundo: quia actio communi diuidundo mixta eſt actio, tam in rem quam in perſonam. Actio autem pro ſocio, vt in vniuerſum doceam, quid diſtet ab actione communi diuidundo, actio pro ſocio eſt in perſonam, *l.* 1. *comm. diuid.* In actione pro ſocio, vt hic §. oſtendit, id tantum venit, quod pro ſocio communiterue geſtum eſt. In actione communi diuidundo etiam id venit, quod non pro ſocio communiterue geſtum eſt. Item actio pro ſocio eſt ex contractu ſocietatis: actio communi diuidundo competit etiam ſi contracta ſocietas non ſit: nam res ſine ſocietate voluntaria poteſt eſſe communis, vt ſi duobus coniunctim & communiter eadem res donata, vel legata ſit, *d. l.* 31. *& ſeq. ſup. l.* 2. *comm. diuid.* Item actio pro ſocio, quod eſt certiſſimum, famoſa eſt, quæ omni ex parte eſt directa, nôn actio communi diuidundo. Item actione pro ſocio, non fit cuiquam adiudicatio rei communis: quia in ea actione ea de re non agitur, ſed de dolo, de culpa ſociorum, de rationibus reddendis, quæ tamen adiudicatio fit in actione communi diuidundo *l.* 43. *ſup. hoc tit.* Præterea in actione pro ſocio veniunt nomina debitorum, vt & eorum ratio habeatur communiter inter ſocios. Nomina tamen debitorum non veniunt in actionem communi diuidundo, *d. l.* 43. Quia ipſo iure (hæc eſt ratio) nomina inter ſocios diuiſa ſunt pro partibus, quas in ſocietate habent, exemplo nominum hereditariorum ex 12. tabul. Et ad hoc maxime pertinet, quod ſequitur in §. *ſi communis.*

Ad §. ſi communis.

HIc §. eſt de actione pro ſocio, qua ſocij agunt cum ſocio, penes quem pecunia & arca communis eſt, id eſt, cum magiſtro ſocietatis, quotiens quæſtus, vel alicuius negotij coita ſocietas eſt, de quo lex 14. *de pact.* pactum magiſtri ſocietatis, cæteris & prodeſſe, & obeſſe. In actione autem pro ſocio, qua ſocij experiuntur cum magiſtro ſocietatis, vt in *hoc* §. *ſi communis*, oſtenditur (qui in hanc rem eſt ſingularis) primum deducitur, detrahitur ex communi pecunia, quod alicui ſociorum abeſt propter ſocietatem, vt ſi in ſocietatem, ea manente, aliquid de ſuo impenderit, vel ſi quod propter ſocietatem damnum ſenſerit in rebus ſuis, & eo deducto deinde ſpectatur quantum cuique debeatur ex quæſtu & pecunia communi pro partibus, quas in ſocietate habent: res corporales veniunt in actionem communi diuidundo, *l.* 4. *in princ. comm. diuid.* pecunia quæ debetur cuique ab eo, qui poſitus eſt ſupra pecuniam & arcam communem, quique rationes ſocietatis adminiſtrabat, qui erat magiſter ſocietatis, venit in actionem pro ſocio, vt quod cuique debetur de pecunia communi pro rata, ἀναλόγως, id ei præſtetur, vbi ſcilicet primore loco ex pecunia communi ſatisfactum erit ei, cui de ſuo aliquid ob ſocietatem abeſt: ea enim tantum pecunia intelligitur eſſe communis, quæ eo deducto ſupereſt, quaſi ære alieno ſocietatis, vt vulgo dicitur, *Bona intelligi quæ deducto ære alieno ſuperſunt, l. ſubſignatum* §. *bona, de verb. ſignif.* Sic dicito: Bona communia intelligi, quæ ſuperſunt deducto eo, quod alicui ſociorum de ſuo ob ſocietatem abeſt. Id enim eſt æs alienum ſocietatis præcipuum, quod ante omnia deduci oportet, antequam ſocij pecuniam inter ſe partiantur: denique prior eſt cauſa eius, qui de ſuo proprio, quam, qui de communi debito agit, quæ eſt ſententia huius §. *ſi communis.* Ex quo etiam intelligimus actionem pro ſocio, generalem ſcilicet quæ eſt de ſupputandis, & reddendis rationibus, de reſtituenda ſocietate, actionem, inquam, pro ſocio generalem inter ſocios partiri, quo verbo in hanc rem vtitur *l.* 67. §. *ſi vnus inf.* actionem, inquam, pro ſocio generalem inter ſocios partiri pecuniam communem, quam magiſter ſocietatis ſingulis debet, quod & lex 63. §. *ſi cum tres, ſup.* oſtendit. Actio pro ſocio, partitur: actio communi diuidundo diuidit. Non eſt idem partitio, & diuiſio. Partitio fit numero, & venit in actionem pro ſocio: diuiſio fit ſpecie, veluti regionibus certis vnius fundi cuique ſociorum adiudicatis, vel ſingulis ſociis, ſingulis rebus adiudicatis: vel vni adiudicata re in ſolidum, eidemque iniuncta præſtatione æſtimationis pro parte, quam perſoluat alteri, quæ res omnis deſiderat arbitrum, nec ſine arbitro expediri poteſt, qui faciat adiudicationes æquas. Partitio autem, quæ fit numero, ipſo iure ſocietatis inter ſocios, ſine arbitro peragitur. Hæc eſt noſtra differentia inter partitionem & diuiſionem: ſuam aliam habent rhetores, & Dialectici, partitionem eſſe totius, diuiſionem generis, partitionem infinitam, diuiſionem finitam. De actione pro ſocio notandum etiam hoc eſt, quod proponitur in §. *pen.* huius legis.

Ad §. pen.

HAc actione plerumque agi diſtracta ſocietate de reddendis rationibus & partienda pecunia communi, de reddenda ratione doli & culpæ generali iudicio, vt *l.* 5. *C. eod. tit.* Si iam tibi, inquit, pro ſocio nata eſt actio, id eſt, ſi diſtracta & finita ſocietas eſt, vel etiam eodem iudicio generali agi, vt diſtrahatur ſocietas, ſicut dixit initio huius legis, ſi ideo, inquit, agatur pro ſocio vt diſtrahatur ſocietas. pro ſocio igitur generali iudicio agitur diſtracta ſocietate, vel vt diſtrahatur ſocietas. Nonnunquam vero hic oſtenditur pro ſocio agi etiam manente & manſura ſocietate, vt ſi ſocietas vectigalium coita ſit inter publicanos, quam ſocietatem, quod ſit ampla & negotioſa valde & variis ſæpenumero implicita contractibus, non vtique ſemper, neque temere eam diſtrahere expedit, atque ideo, nec agere pro ſocio generali iudicio, vt diſtrahatur, ſed agi poteſt ſpeciali iudicio, puta vt quod vectigalium vnius ex ſociis exegit, & ſibi retinet, id in commune conferat. Idem de qualibet ſocietate priuata dici poteſt, vt *l.* 74. *inf. hoc tit.* Socius omnium bonorum rem, quam ſibi emit, actione pro ſocio communicare cogitur. Et in *l.* 52. §. *idem Papinianus, ſup.* fratres, qui fecerunt ſocietatem omnium bonorum iudicio pro ſocio agunt, manente & manſura ſocietate, vt & caſtrenſia, & quaſi caſtrenſia, veluti ſtipendia, congiaria, donatiua, ſalaria, in commune redigantur, non veniant in collationem bonorum in ſucceſſione ab inteſtato, veniant tamen in ſocietatem omnium bonorum.

Ad §. vlt.

IN §. *vlt.* huius legis, oſtenditur, in ſocietatem omnium bonorum venire dotes vxorum, quia & eæ in bonis maritorum ſunt, *l. quamuis, de iure dot.* quoniam Paul. ait in illo

illo §. *vlt.* si vnus ex sociis omnium bonorum maritus sit, & distracta societate constante matrimonio agatur communi diuidundo: si vnus, inquam, ex sociis vniuersorum bonorum sit maritus, & distracta societate constante matrimonio agatur communi diuid. ait, maritum, quia sustinet onera matrimonij, in iudicio communi diuidundo debere dotem præcipere κατ' ἐξαίρετον, quoniam dos est pensatio onerum matrimonij, quod adhuc manet. Itaque in iudicium communi diuidundo officio iudicis præcipuo iure sibi præcipiet dotem, vt *l. si maritus, & l. fundus qui dotis, famil. ercisc. l. 2. C. eod. tit.* Vel si iam soluto matrimonio, atque adeo finitis oneribus matrimonij, distracta sit societas, & agatur communi diuidundo, eadem die dotem præcipere maritus debet, qua & reddere vxori, veluti præsenti die, si dos consistat in corporibus, vel annua, bima, trima die, vel hodie annua die, si consistat in iis, quæ pondere vel numero, vel mensura constant, sicut generaliter dicitur in *l. 27. & 28. sup.* Omne æs alienum, quod manente societate omnium bonorum in rem communem contractum est, sua die de communi soluendum: puta si debeatur in diem, vel sub conditione, non ante de communi esse soluendum, quam dies venerit, quo creditori solui debet. Et interim si agatur communi diuid. distracta societate, socio, qui æs alienum contraxit, cæteros cauere debere de indemnitate, cauere debere defensum iri eum aduersus creditores, quum dies venerit exigendi æris alieni, vel cum conditio extiterit, vt *l. cum socij, sup. comm. diuid.* Verum vt subiicitur in *l. seq.* si soluto matrimonio dos restituenda non sit, id est, si dos cedat lucro mariti, puta ex conuentione: tunc dotis præceptioni nullus est locus, quoniam tunc dos venit in iudicium communi diuidundo, vt diuidatur inter socios, non etiam, vt præcipua remaneat apud virum.

Ad leg. 67. eod.

Si vnus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum: pretium diuidi debet ita, vt ei caueatur, indemnem eum futurum. quod si iam damnum passus est, hoc ei præstabitur. Sed si pretium communicatum sit sine cautione: & aliquid præstiterit is, qui vendidit: an, si non omnes socij soluendo sint, quod a quibusdam seruari non potest, a cæteris debeat ferre? Sed Proculus putat, hoc ad cæterorum onus pertinere, quod ab aliquibus seruari non potest. Rationeque defendi posse: quoniam societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.

§. 1. *Si vnus ex sociis, qui non totorum bonorum socij erant, communem pecuniam fœnerauerit: vsurasque perceperit: ita demum vsuras partiri debet, si societatis nomine fœnerauerit. Nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, vsuras ipsum retinere oportet.*

§. 2. *Si quid vnus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio, iudicio societatis seruabit, & vsuras: si forte mutuatus sub vsuris dedit. Sed & si suam pecuniam dedit: non sine causa dicetur, quod vsuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alij mutuum dedisset.*

§. 3. *Non alias socius in id, quod facere potest, condemnatur, quam si confitetur, se socium fuisse.*

Svnt adhuc ex libro 32. leges tres, quæ pertinent ad actionem pro socio, *l. 67 hoc tit. & l. 16. de reb. cred. & l. 6. de compensat.* In principio legis 67. ponit, vnum ex sociis rem communem vendidisse consensu sociorum. Recte *consensu sociorum.* Nam citra eorum consensum plus sua parte alienare non potuit, etiamsi totorum bonorum socij fuerint, vt in *l. 68. in princip. hoc tit.* videlicet ante dictatum iudicium communi diuidundo plus sua parte alienare non potuit sine consensu cæterorum: nam post dictatum iudicium communi diuidundo ne partem quidem suam alienare potest, nisi cæteri consenserint, *l. 1. C. comm. diuid. l. 3. C. de commun. rer. alien.* ne alioquin quid inuitis sociis iam cœpto iudicio diuisionis subtrahatur, subducatur, quia fieri potest, vt eo iudicio tota ea res vni adiudicetur. Et idem hoc ipso libro Paulus scripsit de pecunia communi in *l. 16. de reb. cred.* quam prius explicare occupabo.

Ad leg. 16. de reb. cred.

Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet cæteri dissenserint. Quod si communem numerauerit, non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant: quia suæ partis tantum alienationem habuit.

Sent. leg. 16. hæc est, vt nisi cæteri socij consentiant, non possit socius communem pecuniam mutuam dare, nisi pro parte sua. Ex quo sequitur, eum, si communem pecuniam ex arca communi mutuam dederit, non consentientibus cæteris, quia totam eam non fecit accipientis, non habere totius pecuniæ condictionem, nisi tota bona fide consumpta sit ab eo, qui mutuam eam accepit, cum eam existimaret esse dantis propriam in solidum. Quo casu, id est, si bona fide consumpta sit, etiam non esse condictionem ex numeratione, siue condictione de rebus creditis, sed esse condictionem ei, qui pecuniam mutuam dedit, ex consumptione bona fide facta, quæ conciliat mutuum, quæ condictio dicebatur etiam a veteribus *condictio de bene depensis*, id est, bona fide consumptis: interim ante consumptionem partem suam duntaxat condicere posse condictione *de rebus creditis.* Vt si sint tres socij certæ negotiationis, vel etiam omnium bonorum ex æquis partibus & ex communi pecunia, & vnus crediderit 30. non consentientibus cæteris, 10. tantum condicere potest ex numeratione, siue ex mutui causa, si pecunia extet, si bona fide consumpta sint triginta, *l. 13. §. vlt. eod. tit. l. si is cui nummos, de solut.* Propriam autem pecuniam, vt ait eadem l. 16. socius mutuando etiam non consentientibus sociis, omnimodo creditam eam facit. Hæc est sententia legis 16. quæ locum etiam habet in re propria, vt scilicet res propria vnius socij inuitis cæteris, omnimodo alienari possit, si nondum societatis iudicio eam communicare coactus fuerit, quum totorum bonorum societas coita erat, *l. 72. pro soc.* Nam antequam eam communicauerit, possit socius omnium bonorum videri proprium aliquid habere.

Regressus ad l. 67. eod. pro socio.

At vt iam nunc exponam l. 67. Si vnus ex sociis consensu cæterorum, vt oportet, rem communem vendiderit, pretium eius veniet in actionem pro socio distracta societate: ita tamen, vt ei caueant cæteri de indemnitate, si forte cum eo emptor experiatur euictionis nomine, re forte euicta emptori, vel si emptor agat cum eo, qui vendidit, cæteri caueant de indemnitate, vel quod idem est, de defensione, id est, defensuiri eum aduersus emptorem, seruatuiri eum indemnem omni damno, & quod ob eam causam emptori præstari oportebit, de communi præstitui-ri, sicut si aliud quodcunque æs alienum socius societatis nomine contraxerit, eadem cautio indemnitatis siue defensionis interponitur, *l. 27. & 28. hoc tit. l. cum socij, comm. diuid.* Sed vt subiicitur in *hac l.* Si prætermissa cautione huiusmodi, socius, qui vendidit rem communem consensu cæterorum, pretium communicauerit, id est, pretium in commune contulerit, vt diuideretur sine cautione, vt dixi, qua tamen sibi prospicere debuit, & postea aliquid emptori præstiterit, nihilominus, etiamsi cautione sibi non prospexerit, a singulis sociis eius, quod præstiterit emptori, partes feret, si modo omnes socij soluendo sint. At quid si quis ex sociis soluendo non sit, an inopia huius onerat cæ-

teros, qui idonei sunt, qui pares soluendo sunt? Quod Cassius negasse videtur. Sed Proculi sententia verior est, ad onus cæterorum, pertinere, quod ab aliquibus seruari non potest: inopiam aliquorum onus esse cæterorum, qui locupletes sunt. Quod maxime notandum est in causa societatis. Et huius sententiæ Proculi ratio hæc est, quia societas contrahitur non tantum vt lucrum, sed etiam vt damnum & periculum omne sit commune, *l.* 52. §. *quidam in fi. h. t.* id ergo periculum etiam venditor agnoscit pro sua parte. exempli gratia, si tres sint socij, primus, secundus, tertius, & primo, qui rem communem vendidit consensu sociorum absint 300. quæ præstitit emptori: secundus autem nihil facere possit redactus ad incitas, vt loquebantur, ad inopiam extremam, primus & tertius locupletes sint, primus a tertio consequitur 150. tantum: nam ipse primus inopiæ secundi onus pro parte sua sustinere debet. Sequitur §. 1.

Ad §. 1.

SVpra dixit Paul. de pecunia communi credita ab vno ex sociis in *l. 16. de reb. cred.* hoc loco agit de vsuris, cum socius pecuniam communem fœnori occupauit, & quærit, an vsuræ illæ veniant in actionem pro socio, atque ita distinguit: aut societatis nomine, & periculo igitur, pecuniam communem fœnerauit, ex consensu sociorum: aut nomine, & periculo suo. Si societatis nomine fœnerauit, vsuras, quas percepit, venire in actionem pro socio, & esse partiendas siue diuidendas (nam diuidere pro partiri nonnunquam accipitur) inter socios. Sed si suo nomine & periculo pecuniam communem fœnerauerit, si hoc fecerit, vt ad se nominis periculum pertineret, non ad socios, veluti pro pretio siue pensatione periculi æquum est, vt vsuræ, quas perceperit, ad eum solum pertineant pro pensatione periculi suscepti. Quod comprobat aperte *l. postulante §. vlt.* in illo loco: *Quia suo periculo fœnerauit, ad SC. Treb.* Idemque leges hic notatæ ab Accurs. lex *si nauis, de rei vindic.* lex *idemque §. si mandauero procuratori, sup. tit. prox. lex Titium §. præfectus, de adm. tut.* Quæ omnes leges valde faciunt ad hunc locum & ostendunt, cuius est periculum nominis, siue contracti debiti, eius etiam solius esse debere compendium vsurarum. Huic autem distinctioni huius §. eleganter Paulus notat locum esse, si socij non fuerint socij omnium bonorum. Nam si fuerint socij omnium bonorum indistincte, siue suo, siue societatis nomine socius pecuniam communem fœnerauit, periculum sortis commune est, ergo & vsurarum emolumentum commune esse debet. Et hinc notant Græci rectissime, pecuniam commune fœnerare, non esse eam conuertere in suos vsus, τὸ δανεῖ... ιν εἶναι σύγχυσιν: nam si esset σύγχυσις, sic vocant pecuniæ communis conuersionem in proprios vsus sine distinctione: socius, qui fœnerauit, si illa fœneratio esset conuersio in suos vsus, vsuras sociis præstare deberet, quasi ex mora facta reipsa, *l.* 1. §. 1. *de vsur. l.* 60. *hoc tit. sup.* pecuniam, inquam, communem fœnori collocare non esse eam in vsus suos conuertere, non certe, si societatis nomine eam collocauerit, non item si suo nomine, quia rem sui periculi fecit. Et idcirco hoc casu nullas pensitat ipse vsuras sociis, sed quas percipit, sibi habet pro pretio suscepti periculi. Hæc omnia summe notanda sunt.

Ad §. pen.

IN §. penult. huius legis ostenditur, in actionem pro socio venire, quod necessario de suo socius impendit in rem communem, vt *l.* 65. §. *si communis, supra.* Quod necessario, inquam, de suo socius impendit in rem communem, manente scilicet societate: nam quod impendit post distractam societatem, venit in actionem communi diuidundo, non in actionem pro socio, *d. l.* 65. §. *si post.* At si manente societate, necessario de suo impendit in commune negotium, proculdubio id venit: impendium illud venit in actionem pro socio. Imo veniunt & vsuræ eius impendij, eiusve pecuniæ, quas scilicet percipere potuisset, si alij suam pecuniam mutuam dedisset, quam impendit in commune negotium, vel etiam vsuræ, quas ipse dedit, pecuniam mutuatus sub vsuris, quam in commune negotium impenderet, *l.* 19. §. *pen. de neg. gest.*

Ad §. vlt.

REstat huius legis §. vltimus, in quo ostenditur, beneficium, quod habet socius omnium bonorum, non socius vnius rei, vt ait *l.* 16. *de re iudic.* ne socio condemnetur supra, quam facere possit, supra vires facultatum suarum, quod quidem beneficium, ius fraternitatis, quod societati inest, suasit socio dari omnium bonorum, quo cum socius agit vt ait lex 63. *in princ. hoc tit.* Hoc, inquam, beneficium ei tantum dari, qui se socium esse confitetur, non qui, vt effugiat actionem pro socio, inficiatur se esse socium, vt *l.* 22. §. *vlt. C. de re iud.* Inficiatori hoc beneficium non datur. Sicut ei, ex pluribus fideiussoribus, qui dolo malo inficiatur, se esse fideiussorem, non datur beneficium diuisionis, sed condemnatur in solidum: qui negat se esse fideiussorem, amittit beneficium diuisionis, quod pluribus fideiussoribus contulit epistola Diui Adriani, *l.* 51. §. *ita demum, de fideiuss.* Sicut & qui falso negat, se esse feudatarium, ne pareat domino, amittit feudum, vt constat ex libris Feudorum. Ex ratione autem dandi sociis huius beneficij, quæ proponitur in *d. l.* 63. vt dixi, quia societas, inquit, quodammodo fraternitatem in se habet, societas scilicet omnium bonorum: Ex ea, inquam, ratione intelligimus, eandem moderationem iuris seruari debere inter fratres. Quod tamen Accursius diffitetur. Verum si socium non possis damnare in solidum, cur possis fratrem? nam nec amicus, nec socius pluris, imo nec tanti debet esse, quam frater ex præcepto Hesiodi:

Μηδὲ κασιγνήτῳ ἶσον ποιεῖσθαι ἑταῖρον.

aut sane tanti frater, quanti socius. Homerus in fine Odyss.

—— οὐ μέν τι κασιγνήτοιο χερείων
Γίνεται, ὅς κεν ἑταῖρος ἐὼν πεπνυμένα εἰδῇ.

nulla fraterna coniunctio sanctior est, nulla necessitudo præponenda sanguinis coniunctioni. Cicer. ad Attic. *Posteaquam a fratre discessi, neminem pluris quam te facio:* Ad actionem pro socio pertinet etiam lex 9. *de compensat.* quæ est ex hoc libro.

Ad l. 9. de compensat.

Si cum filiofamilias aut seruo contracta sit societas, & agat dominus vel pater, solidum per compensationem seruamus. Quamuis si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur.

§. 1. Sed si cum filiofamilias agatur: an quæ patri debeantur, filius compensare possit? Et magis est admittendum, quia vnus contractus est. sed cum conditione, vt caueat patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum quod is compensauerit.

CVm filiofamilias vel seruo contracta societate, si pater vel dominus agat pro socio, quoniam omnia iura, omnes actiones filius adquirit patri, si inquam, pater vel dominus, ex contractu societatis habito cum filio vel seruo, agat cum socio, per compensationem, quod vicissim ei, cum quo pater agit vel dominus, debet filiusfamil. vel seruus, seruabit in solidum, quia dominus vel pater agendo, ratam societatem facere videtur. Et tamen si non ageret pater, vel dominus, sed ageret socius filiifamil. vel serui, in patrem vel dominum actione pro socio non ageret in solidum, sed de peculio tantum. Solidum quod non potest seruari per actionem, seruatur per compensationem, quoniam

niam æquum eſt, vt pater vel dominus, qui agit pro ſocio in ſolidum, & ex eadem cauſa patiatur compenſationem in ſolidum. Quid autem fiet ſi agatur cum filiofamilias. (non ponitur cum ſeruo, quia cum ſeruo non poteſt eſſe actio) quid, inquam, ſi ſocius agat cum filiofamil. actione pro ſocio: an poteſt compenſare filius, quod patri ſocietas debet? Et reſpondet, poſſe: quia vnus contractus eſt, id eſt, vna ſocietas, ex cuius cauſa patri quæſita obligatio eſt. Sed debet filius, ſi velit compenſare, quod patri ſocietas debet, cauere de rato, id eſt, patrem compenſationem ratam & gratam habiturum, nec exacturum, quod is compenſauerit. Et ita etiam quum pater agit pro ſocio in ſocium filiifam. cauere debet oppoſita compenſatione de iudicato ſoluendo, *l.* 3. §. *vlt. rer. amot.*

Reſtant adhuc leges tres, quæ huic libro 32. adſcribuntur, ſed falſo. Vna eſt lex 7. *loc.* quæ reddenda eſt 34. Aliæ duæ ſunt lex 1. *de rer. permut. & l.* 71. *ad leg. Falcid.* quas libro proximo explicabimus. Explicit liber 32.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 1. de contrahend. emp.

Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit. Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium, vocabatur: ſed vnuſquiſque ſecundum neceſſitatem temporum, ac rerum, vtilibus inutilia permutabat: quando plerunque euenit, vt quod alteri ſupereſt, alteri deſit. Sed quia non ſemper, nec facile concurrebat, vt cum tu haberes, quod ego, deſiderarem, inuicem haberem, quod tu accipere velles: electa materia eſt, cuius publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis, ſubueniret, eaque materia forma publica percuſſa vſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate: nec vltra merx vtrumque: ſed alterum pretium vocatur.

§. 1. Sed an ſine nummis venditio dici hodieque poſſit, dubitatur. Veluti ſi ego togam dedi, vt tunicam acciperem: Sabinus, & Caſſius, eſſe emptionem & venditionem putant. Nerua, & Proculus, permutationem, non emptionem hoc eſſe. Sabinus Homero teſte vtitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro, hominibuſque vinum emere refert, illis verſibus.

ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσι,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσιν. Id eſt,

Hinc quidem vinum emebant comati Achiui:
Alij quidem ære, alij autem ſplendido ferro.
Alij vero pellibus, alij autem ipſis vaccis,
Alij autem mancipiis.

Sed hi verſus permutationem ſignificare videntur, non emptionem: ſicut illi.

Ἔνθ' αὖτε Γλαύκῳ Κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεύς.
Ὃς πρὸς Τυδεΐδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβεν id eſt,

Hic rurſus Glauco Saturnius mentes exemit Iupiter,
Qui cum Tydide Diomede arma mutauit.

Magis autem pro hac ſententia illud diceretur, quod alias idem Poeta dicit.

Πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν. id eſt,

Emit poſſeſſionibus ſuis.

Sed verior eſt Neruæ & Proculi ſententia. nam vt aliud eſt vendere, aliud emere: alius emptor, alius venditor: ſic A *aliud eſt pretium, aliud merx, quod in permutatione diſcerni non poteſt, vter emptor, vter venditor ſit.*

§. 2. Eſt autem emptio iuris gentium, & ideo conſenſu peragitur, & inter abſentes contrahi poteſt, & per nuntium & per litteras.

Cvm egiſſet Paulus libro ſuperiori de mandato & ſocietate, hoc libro agere inſtituit de emptione & venditione, & lib. ſequenti, de locatione & conductione. Qua ratione, & quæ ſuperiori lib. falſo adſcribuntur lex 71. *ad l. Falcid.* & lex 1. *de rer. permutat.* quæ ſunt de emptione, & venditione, non de mandato vel ſocietate, huic libro reddendæ ſunt, B quod & dictæ legi 1. *de rer. permut.* coniuncta *lex* 1. *de cont. empt.* a qua mox incipiam, manifeſtum faciet. Eademque ratione lex 7. *locati*, quæ eſt de locatione & conductione & falſo etiam adſcribitur libro ſuperiori, reddenda eſt libro ſequenti. Tractaturus autem hoc libro 33. Paulus de contractu emptionis & venditionis, primum docet, emptionem & venditionem originem & cauſam cœpiſſe a permutatione, qui contractus longe vetuſtior eſt emptione & venditione. Nec enim fuit olim vlla emptio venditio, vlla locatio, conductio, vlluſve nummorum vſus, ſine quibus emptio venditio, locatio conductio, non conſiſtit. Vlpianus *in l. 2. hoc tit. ſine pretio*, inquit, *nulla venditio eſt*, id eſt, ſine conuentione certi pretij, quod in pecunia numerata conſiſtat. Idemque de locatione dicendum eſt, quæ C dicitur proxima eſſe emptioni & venditioni, & iiſdem regulis iuris conſtare *l. 2. loc.* Et inde Papinianus in *l. pacta inf. hoc tit.* emptionis ſubſtantiam ex pretio conſiſtere. Et Vlpianus in *l.* 19. §. *pen. de æd. edict.* emptorem eſſe eum, qui pretio emit, id eſt, qui pro re ſiue merce, quam a venditore ſumpſit, certos nummos adnumerauit. Nummis emuntur res, non rebus: aut quum res rebus emuntur, permutatio id potius eſt, vel quod idem eſt contractus do vt des, *l. naturalis*, §. 1. *de præſcript. verb.* vt ſi togam do, vt tunicam accipiam: ſi bouem do, vt ſeruum accipiam: neque enim in permutatione vllum pretium, vllive interueniunt nummi, ſed eſt in ea vtraque merx, non vt in emptione venditione, aliud merx, aliud pretium. Caius Soli- D nus de Silurum gente. *Cuſtodiunt*, inquit, *morem vetuſtum, nundinas & nummum refutant: dant res & accipiunt, mutationibus neceſſaria potius quam pretiis parant.* Et in hoc quidem genere negotij, quod permutatio dicitur neceſſitas atque indigentia rerum, eſt modus rerum, menſura rerum, συμμετρία, quod vt arbitror ex Ariſtotele qui hoc ſcripſit libro 5. & hic Paulus ſignificat *in hac l.* 1. dum ait *Pro neceſſitate temporum & rerum* (duplicem ſpeciem neceſſitatis notat) *vtilia inutilibus permutare: quando plerunque euenit, vt quod alteri ſupereſt, alteri deſit.* In negotio autem emptionis & venditionis nummus eſt menſura rerum, & ea quidem longe certior & verior. Qua enim vix vna res alij vnquam ex æquo per omnia reſpondet, ea res plurimum inæqualem facit rerum permutationem. At nummus ſemper facit æqualem. Denique, vt idem Philoſophus ait, in indigentiæ locum tandem, quia nec ſemper E ea concurrebat ex vtraque parte contrahentium, aut ſi concurrebat, non ſemper ex vtraque parte erat æqualis, ita vt ſemper faciendæ permutationis rerum copia eſſet, aut æqua poteſtas, ſucceſſit nummus ex inſtituto & quaſi compacto Reipublicæ qui res omnes metiretur, quique apud eum, qui in præſenti forte nulla re indiget, eſſet veluti ſponſor, quo fretus id, quo poſtea quandoque indigere cœpiſſet, ſibi compararet. *Electa*, inquit, *eſt materia, cuius publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubueniret.* Electa eſt materia ἐξ ὑποθέσεως, vt ille ait, vel κατὰ συνθήκην, quaſi ex communi conuentu, ex communi Reipub. ſponſu. *Eius publica*, inquit, *& perpetua æſtimatio.* Publica æſtimatio eſt, cuius forma publica, ſiue character publicus eſt, index æſtimationis & poteſtatis cuiuſque nummi. Eademque æſtimatio, vt ait, *perpetua eſt*, quia etſi contrario conſenſu populi mutari

æstimatio possit, vel tolli penitus reprobatis nummis, tamen certa plerumque est, aut simpliciter certa est, non arbitraria, publica, non priuata. Quod publicum est, id auguramur fore perpetuum. Certa nummorum æstimatio, vt ait *l. 3. de in lit. iur.* Et ideo quum nummi in iudicio petuntur, nunquam defertur iusiurandum in litem, quia defertur eius rei, qua de agitur, æstimandæ. Atqui nummorum æstimatio certa est *d. l. 3.* Qua quidem æstimatione, vt dixi, metimur res omnes, quæ mercis numero habentur, neque enim merce nummi æstimantur, sed merx nummis, *l. si ita fideiuss. de fideiussor. & Theoph. noster in §. constituitur, de vsufr.* Sequitur in hac l. *Eaque materia forma publica percussa vsum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate.* Sensus est formam illam publicam, quæ nummis imprimitur, esse indicem, esse notam siue monetam quantitatis, & æstimationis cuiusque nummi. Quod Aristotel. sic explicat 1. Polit. ὁ γὰρ χαρακτὴρ ἐτέθη τοῦ ποσοῦ σημεῖον. χαρακτῆρα vocat, quod Paulus formam. Ac præterea nummos vsum, dominiumque sui præbere, non tam ex substantia, id est, ex qualitate & temperatura materiæ suæ, quam ex quantitate, id est, ex potestate & æstimatione, quam typus ille publicus indicat. Et vt ait *l. si is cui nummos 94. de solut.* eleganter, *non corpora nummorum spectari, sed quantitatem, notamue publicam.* Substantiam vocat Paulus, quod M. Tullius *naturam auri vel argenti, vel æris: quantitatem,* quod idem *facultatem* 12. ad Atticum, *noscenda est natura auri scilicet vel argenti, vel æris, quod ab argentario accepturus es, non facultas modo.* Ad hæc quærebatur olim, an & sine nummis in cæteris rebus pretium emptionis venditionis esse posset, quod & in locatione conductione quæri solebat, *§. præterea, Institut. de locat. & conduct.* Veluti si ego togam darem tibi, & tu vicissim veluti pro pretio togæ mihi tunicã dares, an emptio venditio esset; vel si ego tibi rem aliquam vtendam siue fruendam darem, & inuicem aliam vtendam siue fruendam aliam rem acciperem, an locatio & conductio esset? Et Sabiniani quidem, vt hoc loco Paulus docet, existimabant emptionem venditionem esse, aut locationem conductionem: rem rei pretium esse posse, si hoc ageretur inter contrahentes. Denique permutationem rerum emptionem venditionem esse, non separatum contractum ab emptione venditione. Et vt hoc loco Paulus refert, Homero teste vtebantur, qui Troianis temporibus, scribit Græcos vinum sibi emisse ære, ferro, coriis boum, bobus captiuisque 7. *Iliad.* his versibus, qui hoc loco proponuntur. In quibus verbum illud οἰνίζοντο, Sabiniani sic interpretabantur, *vinum emebant bobus aut seruis,* vt subiicit, vt Didymus quoque οἶνον ὠνοῦντο, οἶνον ἠγόραζον. *Theop.* Verum hoc argumentum, quod Sabiniani ex illo Homeri loco ducunt, parum idoneum esse Paulus ait, quoniam quidem his versibus, eoque ipso verbo οἰνίζοντο, permutatio potius, quam emptio significari videtur, vt οἰνίζοντο sit, *non vinum emebant, sed vinum parabant, aut sibi comparabant.* Certe Plinius 33. *mutandi* verbo vtitur in eorum versuum interpretatione, si credimus libris manu exaratis, in quibus ita est: *Cum res ipsæ permutarentur inter se, sicut & Troianis temporibus factitatum Homero credi conuenit: ita enim, vt opinor, commercia victus gratia inuecta, alios coriis boum, alios ferro, captiuisque mutasse tradit,* non vt vulgo, emptitasse. Et Seruius quoque 3. Georg. ex Caio nostro hunc Homeri locum notans; *Apud maiores,* inquit, *omne mercimonium in permutatione constabat: Quod & Caius Homerico confirmat exemplo.* Hæc Seruius. Et illum quoque Homeri Eustathius interpres plane accipit de permutatione, dum ait, ἀμοιβαῖς οἱ παλαιοὶ ἐχρῶντο, οὐ νομίσμασι, *permutationibus veteres vtebantur, non nummis.* Et subiicit eleganter, οὔπω γὰρ ἦν παρ᾽ αὐτοῖς νομισμάτων δολοποιὸς ἐν ἀνθρώποις: *Nondum enim inter homines vlla erat dolosi nummi fiducia.* Itemque Homerus, quod & hoc loco Paulus notat, quum agit de permutatione armorum Glauci & Diomedis, vtitur ipso verbo *permutationis* proprio, non *emptionis* verbo, ἀμείβειν. Verum, vt & idem Paulus notat, idem Homerus 1. Odyssæa, quod ait, πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν, *emit rebus suis, possessionibus suis,* ancillam scilicet, id magis facit pro Sabinianis. Nam πρίασθαι proprium est emptionis verbum, non permutationis. Sed hoc quoque argumentum imbecillum est. Nam & iis verbis ἀμείβειν vel ἀλλάσσειν, & πρίασθαι & ὠνεῖσθαι Græci promiscue vtebantur, sicut Latini verbis emere, & mutare, vel permutare. Quod vt pluribus planum faciam, non est opus. Verior autem est Proculianorum sententia, quæ etiam irroborauit, iamque inueterauerit, & quam etiam confirmat ille locus de permutatione armorum Glauci & Diomedis, permutationem scilicet emptionem non esse, *l. naturalis, §. 1. de præscrip. verb.* quia placet, inquit, hodie, sedata veteri controuersia Iurisconsultorũ, permutationem non esse emptionem: aliud esse permutationem, aliud emptionem: item aliud genus negotij esse dare & accipere vicissim rem vtendam vel fruendam: aliud locare & conducere rem certam certo pretio, vt in specie *l. si gratuitam §. si cum vnum, de præscript. verb.* si cum vnum bouem quis haberet, & vicinus quoque eius vnum tantum, conuenit inter eos, vt per denos dies inuicem boues commodarent, vt opus rurestre facerent: quod genus negotij contrahitur plerunque. Et congruit in hanc rem optime ille locus Hesiodi.

> Ῥηΐδιον γὰρ ἔπος εἰπεῖν βόε δὸς, καὶ ἅμαξαν
> Ῥηΐδιον δ' ἀπανήνασθαι.

Qui locus est etiam de mutuo boum commodato. Hoc, inquam, proprium esse genus contractus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, veluti ex articulo facio vt facias, commodatum non est, quia non est gratuitum: & commodatum omne est gratuitum: locationem conductionem non esse, quoniam non interueniunt nummi pro mutuo vsu boum. Et eodem modo verius est, aliud esse permutationem, siue do vt des, ex quo negotio nascitur actio præscriptis verbis, siue in factum: aliud emptionem & venditionem, ex quo negotio nascitur actio ex empto vendito: permutatis rebus emptionem non contrahi: sed proprium genus contractus, quod permutatio dicitur, sine nummis emptionem non contrahi. Et ad vltimum emptionem nummis contrahi, non rebus, vt ait *l. pen. C. de rer. permut.* emptionem nummis fieri, non rebus: nummis fieri. (Hoc enim sic intelligendum est) quos dari conuenerit ab initio gerendi negotij pro mercis pretio. Initium contractus semper spectandum est, origo & causa contractus, *l. 8. in princip. mand. l. 12. ad Senatusc. Macedon.* Si ab initio conuenerit de pretio certo, de nummis certis numerandis pro merce, emptio venditio est, licet ex post facto volenti pretij vice res data sit, puta seruus vel bos, licet, inquam, res data in solutum, non pecunia numerata, *l. pretij, C. de rescind. vend.* Sicut si pecunia certa credita sit ea lege, vt non eadem ipsa pecunia, sed alia eiusdem generis, & quantitatis quandoque soluatur, mutuum est, quamuis postea vice pecuniæ creditæ volenti res detur in solutum, *l. manifesti, C. de solut.* Quia initium contractus spectandum est: initium contractus format contractum, non quod ex post facto superuenit, & retro quoque emptio venditio est, si de certa merce ab initio, quæ certo pretio veniret, cõuenerit, licet postea ea merx ad emptorẽ non perueniat, vt si βόλον siue retis iactum, vel si pantherã emerit, & piscator, vel auceps, qui vendidit, nihil ceperit, nihil pertinet ad emptorem, & tamen pretium præstare debet venditori actione ex vendito, *l. emptorem 12. §. vlt. de act. emp.* Permutationem etiam rerum, emptionem venditionem non esse, ex eo etiam apparet, quod in permutatione discerni non potest, quid sit merx, quid pretium, quis sit venditor, quis emptor, nec natura patitur, vt vterque contrahentium sit venditor, & emptor, vel vtraque res merx & pretium. Et hoc fieri in extremo huius legis Paulus scribit, & repetitur iisdem verbis in *l. 1. de rer. permut.* quæ alias explicabitur. Quo argumento euincimus illam leg. 1. *de rer. permut.* esse vindicandam huic libro, qui totus etiam est de emptione venditione, non libro superiori, qui est tantum de mandato & societate, non de emptione venditione. Ac

præterea

præterea pleræque aliæ differentiæ inter permutationem & emptionem explicantur in illa lege 1. Secundum hæc, quæ dixi hactenus, recte quidem statues, permutationem esse vicinam, proximam, similem emptioni venditioni, vt *l. 2. de rer. permut. l. 2. C. eod. tit. & Nouell. Valentiniani de confirmandis iis, quæ offic. publ. gerentibus distracta sunt.* Non etiam recte dices, permutationem esse emptionem: aliud est esse simpliciter, longe aliud esse simile. Vel ex diuerso etiam, recte dices emptionem venditionem permutationem referre, permutationi esse similem. Similitudo enim & adfinitas omnis est reciproca. Qua de causa, id est, quia emptio vicina similis est permutationi, tametsi nummi sint ex instituto ciuili, sine quibus emptio non consistit, tamen dicitur emptio esse iurisgentium siue naturalis, in *§. vlt. h. l. & l. ex hoc iure, de iustit. & iur.* quia scilicet permutationem imitatur, quia ex permutatione originem ducit, quæ absque dubio iurisgentium est, vt subiicit in fine huius legis, emptionem venditionem, quia scilicet est iurisgentium, consensu nudo peragi, re nondum tradita, pretio nondum adnumerato, quia, inquit, est iurisgentium, consensu nudo peragitur inter absentes, vel inter præsentes: & quia iurisgentium est, non desiderat verborum solemnia, aut vllius scripturæ proprietatem, vt stipulatio, vt obligatio contracta nominibus ad mensam argentarij, quæ obligationes sunt iuris ciuilis. Et ita lex 1. *inf. loc.* ait locationem conductionem esse naturalem & omnium gentium, locationem conductionem esse iurisgentium, quia non verbis, inquit, contrahitur, alioquin esset iuris ciuilis, si vel verbis vel scriptura solemni contraheretur, sed contrahitur consensu nudo, sicut emptio venditio.

Ad l. 1. de rer. permut.

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, vter emptor, vel vter venditor sit, multumque differunt præstationes: emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito. Venditori sufficit ob euictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo. Itaque si euicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si vtrumque pretium est, vtriusque rem fieri oportet: si merx neutrius. Sed cum debeat & res, & pretium esse: non potest inueniri, quid eorum merx, & quid pretium sit, nec ratio patitur vt vna eademque res & veneat, & pretium sit emptionis.

§. 1. *Vnde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea euincatur: in factum dandam actionem, respondetur.*

§. 2. *Item emptio ac venditio, nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent: vt in emptione, venditione, conductione, mandato.*

§. 3. *Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem.*

§. 4. *Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere: non hoc agemus, vt intersit nostra illam rem accepisse, de qua conuenit: sed vt res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.*

Egi primæ de contrahenda emptione, quam heri interpretati sumus, coniungenda est *l. 1. de rer. permut.* cuius initium ex illa repetitur, eoque demonstratur, quæ est summa & prima differentia inter emptionem & permutationem, non eandem esse substantiam emptionis, venditionis & permutationis, nec idem vtrumque contractus genus. In emptione venditione discretam esse mercem a pretio, discretum venditorem ab emptore; in permutatione discerni non posse, vter sit venditor, vter emptor, vtrum sit merx, vtrumve pretium, quod omne iam satis exposuimus. Sequuntur aliæ duæ differentiæ in hac lege 1. Ac primum quidem tenetur in hoc, & obligatus est actione ex vendito, vt nummos suos, non tantum puros, probos, prophanos, sed etiam suos nummos numeret venditori, id est, vt nummos faciat venditoris: alioquin iudicio venditi non liberatur, *l. cum seruus, mand. l. ex empto §. 1. de act. emp.* Venditor autem necesse non habet mercem facere emptoris: necesse non habet suam mercem dare: nam & alienæ mercis venditio est: denique sufficere venditori, si tradat possessionem vacuam, nec interpellatam: mercis siue rei emptorem nummos dare oportere, quod est, dominium eorum in venditorem transferre: venditori sufficere, si vacuam possessionem rei venditæ tradat emptori, & se obliget, vt ait in hac lege, id est, caueat quoquomodo euictionis nomine: ac præterea purget se dolo malo, id est, præstet caueatque, se nihil in ea re dolo malo fecisse: sciente se, sciente animo suo rem alienam, vel rem alij obligatam non vendidisse, bona fide accessisse ad venditionem rei, quam suam esse arbitrabatur. Itaque si dolus malus absit, si possessionem rei venditæ tradiderit, si ea res iure iudicioque emptori euicta non sit, proculdubio nihil venditor emptori debet: si dolus interueniat, aut scientia rei alienæ, vel scientia pignoris contracti in ea re quæ veniit, etiam re tradita nec dum euicta, venditor tenetur emptori actione ex empto: si dolus non interueniat, aut scientia, & res tradita sit emptori, nonnisi re euicta tenetur emptori de euictione, non tenetur ante euictionem, quæ omnia confirmantur etiam *d. l. ex empto §. 1. & l. Iulianus, §. si Titius, & l. seruus quem §. vlt. eod. tit. l. si duo §. si quis iurauerit, de iureiur. l. 25. §. 1. de contr. emp. & l. 3. C. de euict.* In cautione autem illa, quam venditor emptori præstare debet euictionis nomine, hæc erant verba solemnia: *Habere recte licere: eam rem,* vt exprimam plenam formulam, *quæ a me tibi vendita, & tradita est per me tibi, successoresque meos, & per alium quemcunque habere recte licere, d. l. Iulianus §. venditorem, & §. pen. de act. empt. l. 38. de verb. oblig.* Ad quam formulam respiciens Paulus hoc ipso libro in *l. 188. de verb. signif.* in *l. habere,* docet ex his verbis, *habere recte licere,* non hoc debere præstare venditorem emptori, vt iure dominij rem habeat emptor, quoniam obligatur ad tradendum, non ad dandum, sed vt eius rei, quæ vendita & tradita est, possessionem emptor obtineat sine interpellatione. Ac præterea eadem lex *habere,* quæ est ex hoc ipso libro, docet de ea re caueri, id est, euictionis nomine caueri a venditore emptori, non tantum nuda promissione, vt fit vulgo, nuda cautione, sed etiam, quum hoc nominatim agitur, caueri ea de re personis, vel rebus: personis, puta datis fideiussoribus, qui secundi auctores dicuntur, & βεβαιωταὶ, & προπράτορες, *l. 4. de euictionibus.* si conuenerit, vt darentur prædes, vt auctoritatis, id est, euictionis darentur fideiussores emptori, *d. l. 4. d. l. Iulianus §. item si conuenerit. Si conuenerit cum res veniret, vt locuples ab emptore reus,* (id est, expromissor Accursio) *detur, ex vendito agi posse, vt id fiat*: vel caueri rebus, veluti datis pignoribus, vel hypothecæ oppositis eo nomine prædiis. Itaque illa etiam lex *habere*, pertinet ad ea, quæ hoc loco docet Paulus, venditorem emptori præstare debere. Et dixi ad formulam illam cautionis, quæ de euictione interponitur. Verum ad hæc quæri adhuc potest, quæ sit ratio varietatis inter emptorem, & venditorem, cur hic non cogatur facere rem accipientis, ille cogatur nummos facere accipientis? Et ratio, vt breue faciam, hæc videtur esse, quia dissimilis est debitio pecuniæ, & debitio corporis certi. Emptor pecuniam, siue quantitatem debet, venditor speciem certam. Et facilior vtique pecuniæ, quæ sua fit, conquisitio, confectio, præstatio est, quam corporis certi. Et ad vltimum dicam etiam cum *d. l. ex emp. §. 1. & cum l. si in vendit. de euict. & cum l. vlt. C. de adsert. toll.* hanc esse naturam contractus emptionis & venditionis, vt emptor suos nummos soluat, venditor æque suam rem, si sua sit ea res, quam vendidit, vel si sua non sit, quam forte imprudens & errans vendiderit prorsus, vt obligetur euictionis nomine, vel ex cautione, quam interposuerit. vel huius in-

dicij potestate, huius negotij natura, iudiciique quod ex eo nascitur potestate. Hæc autem varietas præstationum in permutatione non existit, non cernitur. Et in hoc est differentia, quia inueniri non potest contracta permutatione, quis sit venditor, quis emptor, quid merx, quid pretium, & vtrumque potius merx esse videtur, vt & Paulus significat in *l. 1. de contrah. emptio.* illo loco, *nec vltra merx vtrumque, sed alterum pretium vocatur.* Et consequenter quia vtrumque merx esse videtur, vterque contrahentium tenetur euictionis nomine duntaxat, non etiam omnino, vt rem faciat accipientis. Quamobrem, vt subiicit in hac lege, si res euicta sit, quam quis dedit, vel accepit permutationis gratia, in factum, id est, præscriptis verbis actionem dandam, videlicet in id, quod interest, respondetur, vt in *l. si permutationis, C. de euict. Et respondetur,* inquit, id est, respondent omnes Iurisconsulti concordibus sententiis, nec vllus refragatur. Et in hoc est labor, quoniam omnino refragari videtur, quod paulo post ex sententia Pedij Iurisconsulti refert Paulus: *Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Igitur ex altera parte traditione facta, si & alter vicissim nolit tradere, non competere actionem præscriptis verbis ei, qui occupauit pro sua parte rem tradere, quæ actio ex permutatione nascitur, quia nulla permutatio est, quum rem alteri tradidit, sed esse tantum condictionem traditæ rei, condictionem ob causam quasi causa non secuta, si & alter vicissim ex sua parte rem tradere nolit. An igitur secundum hanc sententiam Pedij dicemus, perinde atque si in permutatione vtrumque pretium esse intelligeretur, neutrum liberari, aliter, quam si rem, quam dedit, feceris accipientis? Minime: quoniam in interpretanda illa Pedij sententia, ita liquido distinguendum est, vt qui alienam rem dedit permutationis gratia, vt aliam inuicem acciperet, si alter nolit tradere, non agat aduersus eum actione præscriptis verbis, quod est in fine huius legis, quæ ex permutatione nascitur, videlicet vt sibi vicissim aliam rem det, vel vt præstet quanti interest eam rem accipere, vt, inquit, in hoc non agat actione quasi ex permutatione, id est, præscriptis verbis, quia ex parte sua conuentionem non videtur implesse, qui alteri rem alienam dedit, quia auocari ei a domino & auferri poterit: sed tamen vt habeat rei datæ condictionem, siue repetitionem, vt scilicet ea res quam dedit sibi *contra reddatur:* sic rectissime Florentiæ scriptum est in fine huius legis, *quasi re non secuta,* id est, quasi eo quoque, cui eam rem dedit ex sua parte non implente contractum. At vero, vt is, qui ab illo rem alienam accepit, si ex sua parte impleuerit contractum, id est, si suam rem ei dederit, euicta re quam accepit, cum illo agere possit præscriptis verbis, siue in factum, vt dixit supra, quasi ex contractu permutationis: denique vt ex parte eius, qui rem alienam tradidit, non sit actio præscriptis verbis, quæ ex permutatione nascitur, ergo nec permutatio: sed sit condictio tantum ob rem dati re non secuta: ex parte autem eius, qui rem alienam accepit, & vice mutua suam rem dedit, sit actio, quæ ex permutatione nascitur, id est, præscriptis verbis euictionis nomine: & permutatio igitur: vt sit ex illius parte, vel si malit agere condictione rei suæ, quam dedit, quam ex permutatione præscriptis verbis, vt sit ei parata condictio, vt vel hac vel illa actione liberum illi sit agere, *l. 1. C. eod. t.* Proinde sic statuamus, re aliena ab alterutro data, claudere permutationem: ex parte eius, qui dedit rem alienam, non esse permutationem: ex parte eius, qui accepit, esse permutationem siue obligationem ex permutatione, & actionem. Id vero sæpe euenit, & in contrahendis aliis negotiis, vt claudeant, nempe vt μονοπλεύρως, & ab vna duntaxat parte consistant, non ex vtraque, *l. potest, mand.* Vt si mandatarius egressus sit mandatum, mandatum consistit ex parte mandatoris, non etiam ex parte mandatarij, *l. Iulianus §. si quis a pupillo, de act. empt.* At quum vnus rem suam recte dedit permutationis causa, & fecit accipientis, si alter ei quoque vicissim rem suam, de qua conuenit, nolit dare, tum ei, qui dare occupauit, sane liberum est, aut agere præscriptis verbis, quasi ex permutatione, quanti interest, rem de qua conuenit, accipere, vel si rem suam recipere malit, quam dare occupauit, condictione ob rem dati re non secuta, quia tum ex sua parte, ex vtraque parte permutatio consistit. Et hoc ostenditur in *l. naturalis 5. §. 1. de præscript. verb. l. 4. C. de rer. perm.* Et ita hic articulus explicandus est. Et cum hac interpretatione congruunt etiam hæc Accursij verba, quæ notat ad illa Pedij: *Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Sed hæc sola Accursij verba, quod ad hoc, inquit, vt alius non teneatur implere contractum, perinde ac si res sua facta esset, nimirum, quia ei qui rem alienam dedit, non competit actio præscriptis verbis, qua cogat illum implere contractum ex sua parte, sed competit tantum dati repetitio. Et in hanc quoque rem Accursius simile exemplum assumit ex *l. vlt. de condict. cau. dat.* Vbi proponitur, ita gestum fuisse negotium: Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, id est, vt Stichum meum faceres. dedi igitur tibi pecuniam, vt tu quoque Stichum meum faceres. hoc negotium nulla emptio est, nulla etiam permutatio est. nulla igitur emptio, nulla permutatio negotio ita gesto, vt proposui, contracta intelligitur. Et ideo nec mihi actio præscriptis verbis datur, sed datur tantum mihi condictio ob rem dati re non secuta, siue mortuus fuerit Stichus, antequam eum mihi traderes, neque enim Stichum a te petere possum actione præscriptis verbis, quia mihi periit, sed pecunia, quam prorogaui, certe mihi non periit. Et ideo eius mihi repetitio competit, vt *d. l. naturalis §. 1.* Idemque erit, si alienus fuerit Stichus, quem mihi tradidisti, cum conuenisset vt eum mihi dares, vt eum faceres meum, non est actio præscriptis verbis, quia eum non fecisti meum, sed est condictio tantum pecuniæ datæ. Idemque erit, si tuus fuerit Stichus, quem mihi dedisti, & pro euictione eius cauere nolis, quia & hoc casu, quamdiu non vis cauere pro eius euictione, competit mihi condictio datæ pecuniæ. At male idem Accursius, & ad illa verba, quæ notauit ad Pedium: hæc extrema verba huius legis: *igitur ex altera parte traditione facta, si alter nolit rem tradere, non in hoc agemus.* Hæc verba, *non in hoc agemus quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua conuenit: sed vt res contra nobis reddatur:* hæc, inquam, verba male accipit ἐνεστικῶς, vt *non* accipiatur, pro *non solum*: *non in hoc*, id est, non solum in hoc. Et, *sed vt res*: pro *sed etiam vt res*, ita vt hæc postrema verba, *re aliena tradita ei, qui tradidit*, vtramque deferant actionem, & præscriptis verbis, & condictionem dati. Sed hanc interpretationem, siue ἔλλειψιν, neque abscisus & quasi teres huius orationis habitus, neque res fert. Quæ restant sunt facillima. Restat altera differentia inter emptionem & permutationem, quæ proponitur in *§. item emptio*: emptio venditio nudo consensu contrahitur, hoc est certissimum. Permutatio autem re contrahitur, non consensu nudo: Permutatio, inquit, ex re tradita initium obligationi præbet. Alioquin si conuenerit duntaxat inter nos de permutandis rebus: nec quisquam nostrum quidquam adhuc tradiderit, id est, ex nudo placito permutationis, obligatio non nascitur, *l. 3. C. eod. tit.* Hoc enim, inquit, vt ex nudo pacto, nudo placito, nudo consensu, nuda consentientium voluntate nascatur obligatio, in iis duntaxat contractibus receptum est, qui nomen proprium habent, vt in emptione, venditione, locatione, conductione, societate, mandato, *l. 2. de oblig. & action.* Hi contractus, qui nomine proprio & legitimo prædití sunt, perficiuntur nudo placito, nudo consensu. Contractus autem, qui vacant proprio nomine, non perficiuntur nudo consensu, id est, non pariunt obligationem ex consensu nudo, ex consensu solo. Et huiusmodi est permutatio. Hoc enim nomen *permutatio*, perinde atque hoc nomen συνάλλαγμα, commune est nomen, non proprium nomen. Specialiter autem attribuitur articulo siue negotio *do vt des.* Qua ratione & Aristoteles medium inter adrogantiam & dissimulationem, itemque medium inter adsentationem & morositatem, quod ἀνώνυμον esse scribit 4. *Ethic. ad Nicom.* non pugnat secum, quum alibi veritatem facit

facit esse medium inter adrogantiam & dissimulationem. Ac rursus amicitiam esse mediam inter adsentationem & morositatem, quia veritatis & amicitiæ nomina latius patent, quam vt huiusce medij propria nomina dici possint. Itaque permutatio eodem modo non est proprium nomen contractus do vt des, quia latius patet. Ex eo autem, quod dixit, permutationem non ex consensu nudo, sed ex re tradita initium obligationi præbere, Paulus infert quod sequitur, *ideoque Pedius ait*, alienam rem dantem, &c. *Ideoque*, quia scilicet ex re tradita permutatio initium obligationi præbet, quod iam anteuerti explicare, subintulit quale id esset quaue distinctione adhibita id excipi oporteret.

Ad l. 17. de contrah. emp.

Officio tamen iudicis pretium minuetur.

Legem primam *de contr. emp.* cum qua coniungendam esse indicaui *l.* 1. *de rer. perm. & l.* 188. *de verb. signif.* ordine ipso sequitur *l.* 17. *de contrah. emp.* quæ hoc vult: fundum recte emere eum, qui eius fundi vsumfructum habet. Dominum fundū suum recte non emere: fructuarium recte fundum emere, in quo vsumfr. habet: neque enim rem suam emere, quod faceret inutiliter, sed rem alienam. Nam rem quisque suam dicit esse eam tantum, cuius dominus, id est, proprietarius, non fructuarius est, *l. recte, de verb. signif.* Sed si ignorans fundum emerit is, ad quem huius fundi vsusfructus pertinet, & emerit tanti quanti plena proprietas est, officio iudicis, vt ait Paulus in *l.* 17. Basil. *διαιρίσει τῶ δικαστοῦ*, *cognitione iudicis*, potestate huius iudicij, quod bonæ fidei est, venditore agente de pretio, pretium minuetur, quasi vsufructu & in hoc casu habente instar partis dominij, vt in plerisque aliis causis, *l.* 4. *de vsufr.* Atque ita scisso pretio, vt ait lex sequens, pro parte emptio valebit, pro parte non valebit. Et nihil est amplius.

Ad l. 34. eod.

Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum seruum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit, nec refert quanti sit accessio, siue plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedat, an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut cum domus propter marmora, & statuas, & tabulas pictas emitur.

§. 1. Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditor recte fit. quas vero natura vel gentium ius, vel mores ciuitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

§. 2. Liberum hominem scientes emere non possumus: sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est, cum seruus erit: quamuis dixerimus, futuras res emi posse: nec enim fas est, eiusmodi casus expectare.

§. 3. Item si & emptor, & venditor scit, furtiuum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. si emptor solus scit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquā consequitur: nisi vltro, quod conuenerit, præstet. quod si venditor scit, emptor ignorauit: vtrinque obligatio contrahitur: & ita Pomponius quoque scribit.

§. 4. Rei suæ emptio tunc valet, cum ab initio agatur, vt possessionem emat, quam forte venditor habuit: & in iudicio possessionis potior esset.

§. 5. Alia causa est degustandi, alia metiendi. Gustus enim ad hoc proficit, vt improbare liceat, mensura vero non eo proficit, vt aut plus aut minus veneat, sed vt appareat, quantum ematur.

§. 6. Si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed vno mortuo, qui superest, dandus est. Et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed etsi pariter decesserunt, pretium debebitur. Vnus enim vtique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere: si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, vt quem voluisset, emptum haberet, non & illud, an emptum haberet.

§. 7. Tutorem pupilli emere non potest. Idemque porrigendum est ad similia, id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt.

In emptione venditione fundi dictum est, *Stichum accessurum*. si plures Stichos venditor habeat, nec appareat, quis Stichus accesserit emptore & venditore dissentientibus in corpore Stichi, ambigua oratio est, vt in *l.* 22. *de rebus dubiis*, dicitur, ambiguum esse sermonem, si quis Stichum stipuletur, & plures sint Stichi. non tamen propter hanc ambiguitatem ideo minus fundi venditio valet, in quem vterque consensit: nec item ideo minus debetur Stichus aliquis emptori. verum quæritur quis debeatur? Et ex Labeone Paulus refert hoc loco, eum Stichum deberi, quem debitor intellexerit. Quod pugnat omnino cum eo, quod ex veteribus, quibus adnumeratur Labeo, Papinianus tradit in *l. veteribus, sup. de pactis*, in emptione venditione ambiguam orationem, ambiguam pactionem venditori nocere, in cuius fuit potestate legem apertius conscribere, vel concipere potius, quam emptori. quod & Labeoni tribuitur nominatim in *l.* 21. *hoc tit.* Atquin, vt in hac specie Labeonem scripsisse Paulus refert, ambigua oratio non nocet venditori, si is Stichus debetur quem venditor intellexit. Quamobrem semper existimaui hoc loco esse legendum, *quem emptor intellexerit*. Primum quia Labeonem, ex quo hoc Paulus refert, ita sensisse constat ex *d. l.* 22. ad quem iuuat exemplum, quod apponunt Græci interpretes 19. Basilicon explicare. Si in vendendo cauerim, vt mihi prima die pretium solueretur, non mihi soluetur tribus pensionibus, id est, annua, bima, trima die, non mihi, inquam, soluetur tribus pensionibus, quia id palam non dixi, sed post triennium demum, quia ambigua illa oratio, vt inquiunt, contra me interpretanda est, qui eam apertius non extuli. Sic illi. Et tamen in testamentis, si quis certam summam trima die dari iusserit, sic ea verba accipimus, quasi testator de annua, bima, trima die senserit, *l.* 3. §. *pen. de ann. leg.* quia in testamentariis, aut dubiis causis, heredem quantum potest releuari & exonerari legato benignius & voluntati testatoris conuenientius est, *l. Sempronius, de leg.* 2. *l.* 11. §. *si quis decem, de leg.* 3. *l.* 1. §. *pen. de dote præleg.* Et plures pensiones heredem exonerant, *l.* 20. *quando dies leg. cedat.* Plures item pensiones emptorem exonerant. Ergo contra quam illi sentiant, si pro emptore facienda est interpretatio, illa cautio venditionis ambigua ita potius accipienda est, vt tribus pensionibus emptor pretium soluat. Hæc igitur sit prima ratio pro nomine *venditoris*, hoc loco reponendi nomen *emptoris*, ita vt Labeo dixerit, eum Stichum deberi, non quem venditor, sed quem emptor intellexerit, quia ita Labeonem sensisse constat ex *d. l.* 21. Deinde etiam vt in *l.* 5. *de euict.* proponitur, in emptione venditione serui venditorem dixisse peculium accessurum, & in *l.* 14. *qui pot. in pignor. hab.* in venditione domus alij locatæ venditorem dixisse pensiones accessuras emptori, & in *l. si quis cum, & l. seq. de act. emp. & l.* 66. *hoc tit.* venditorem dixisse dolia accessura, & in *l.* 78. *hoc tit.* venditorem dixisse fistulas, per quas aqua ducitur, accessuras. Ita in hac specie omnino ponere debemus, non emptorem, vt Glossa comminiscitur, sed venditorem dixisse fundo Stichum accessurum. Æquum igitur esse, vt ei potius quam emptori, quum non apparet, quis Stichus accesserit, ambiguitas illa siue obscuritas noceat, quia potuit re integra apertius dicere. Et consequenter, vt non is Stichus debeatur, quem ipse senserit, qui vtique semper se de deteriori sensisse dicturus est: sed is quem emptor intellexerit. In emptionibus venditionibus leges siue pactiones semper dicuntur a venditoribus. Plautus in Captiuis: *quasi fundum*

Paul.

vendens merce, ne addicar legibus. Et in Epidico: *emptor rogat, estne mihi empta hæc?* & venditor respondet, *istis legibus habeas licet.* Et Horat. 2. Epist. *Prudens emisti vitiosum, dicta tibi est lex.* Denique, vt qui dotem dat pro muliere, initio dandæ dotis legem dicit quam vult. *l. 7. de pact. dot.* ita & venditor initio contrahendæ venditionis. Ac præterea hoc ipsum, quod assero, vicinitas legis proximæ superioris suadet, quæ a venditore ædium dicta lege ambigua hoc modo, *flumina, stillicidia, vt nunc sunt, vti ita sint,* nec expresso quæ flumina vel stillicidia, ait, id accipi quod venditori nocet: quam speciem Harmenopulus latius interpretatur 1. *Epitomarum titulo* 9. cui & aliam simulem speciem in hac lege statum fuisse subiectam credibile est, si legamus eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. Ad vltimum perquam manifestum est, hoc loco esse legendum, *quem emptor intellexerit,* cum mox subiiciat, non referre quanti sit accessio rei venditæ, siue minoris siue maioris pretij, quam res cui accedit. *Plerasque enim res,* inquit, *aliquando emimus propter accessionem:* perinde est ac si diceret, cui debetur is, quem emptor intellexit, quia emimus, inquit, plerasque res propter accessionem; veluti fundum propter seruum, forte industrium villicum, vel seruum propter peculium, *l. iustissime, de adil. ed.* vel vt ait hoc loco, domum propter marmora, & statuas & tabulas pictas, quę non sunt ædium, siue domus, nec sequuntur emptorem, nisi dictum sit eas res accessuras. Et ideo statuæ adfixæ basibus structilibus, aut tabulæ religatę catenis, aut erga parietem adfixæ, aut si similiter cohærent lychni, non sunt ædium. Ornatus enim ædium causa parantur, non quo ędes perficiantur. *l. pen. de verb. signif.* Ædium, inquam, non sunt tabulæ pictę vel crustæ marmoreæ, quę religatæ sunt catenis, vel adfixæ ad parietem: quæ pro tectorio inclusæ sunt, proculdubio ædium sunt, nec necesse est, vt dicatur eas accessuras, *l. fundi §. quæ tabulæ pictæ, de act. empti.* Et ita initium huius legis explicandum est.

Ad §. 1.

Sequitur in §. 1. omnium rerum, quas habere iure dominij, vel possidere alio iure, vel iudicio persequi possumus, venditionem recte fieri, quia commercium earum est, cum haberi, possideri, persequi a nobis possint. At venditionem recte non fieri earum rerum, quas commercio exuit natura, inquit, vel ius gentium, vel ius ciuile. naturam & ius gentium pro eodem accipio ex M. Tullio de Aruspicum responsis. qui ait, *Lege naturæ, communi gentium iure,* vt subiicit statim, *sancitum esse, ne res sacræ aut sanctæ vsucapi: & consequenter ne emi vendi possint.* Quod tamen ita accipiendum est, vt quod sacrum, vel sanctum, vel religiosum est, quodve iure ciuili, vsui, dominioque nostro subiici non potest, veluti forum, aut theatrum, villaue publica, frustra sciens emat. Ignorans autem si emerit a sciente, habeat aduersus venditorem actionem ex empto euictionis nomine, vt ab eo consequatur, quanti interfuit eius ne deciperetur. *l. 62. §. 1. hoc tit. l. pen. quib. ad libert. procl. non lic.* Et eatenus quidem ignorans earum rerum emptionem contraxisse intelligitur, *l. 4. hoc tit.* Habet etiam pretij, quod forte soluit, condictionem, habet pretij soluti condictionem, quia nec id soluere compelli potuit, *l. 23. hoc tit.* Et quod de his rebus, idem de libero homine dicendum est, videlicet scientem frustra emere liberum hominem, *l. 6. hoc tit.* nisi ipse met prodita sua libertate, se in seruitutem venire patiatur, vendatque pretij participandi gratia. Ignoranti autem emptori, qui liberum hominem emit pro seruo, competere in venditorem scientem actionem ex empto, *l. 70. hoc tit.* Et tunc igitur duntaxat plane nullam, & inutilem esse emptionem liberi hominis, quum quis emit sciens liberum esse. Plaut. in Epidico: *neque me quidem emere quisquam vltra pecunia potuit, quæ plus iam sum libera a quinquennio.* Et subiicit hoc loco Paulus, etiam non valere emptionem aut stipulationem liberi hominis ita factam, *quum seruus erit.* quia etsi aliæ res, quæ futuræ sunt, recte emantur, vt prædiorum fructus futuri, vt ancillarum partus futuri, infas tamen, vel nefas est in libero homine futurum seruitutis casum expectare, *l. inter §. adeo, de verb. obl.* in illo loco: *Et casum, aduersamque fortunam expectare liberi hominis, neque ciuile, neque naturale est:* nefas igitur est, quod nullo iure licet, quod omni iure vetitum est, & ciuili, & naturali. Idem vero pene traditur de re furtiua in §. *item si, de emp.* Rei furtiuæ ex 12. tab. æterna auctoritas est, adeo vt nec vsucapi, nec emi possit, vt hic §. ostendit. Et sciens quidem frustra rem furtiuã emit, frustra item venditor, etiamsi ignorauerit rem esse furtiuam, agit de pretio, nisi rem præstet, forte redemptam a domino. Ignorante autem emptore rem esse furtiuam, empti venditi obligatio vtrinque contrahitur, vt ait in hoc §. vtrinque contrahitur, ex vtraq; parte, vltro citroque. Prioribus casibus puta re sacra, vel publica, vel libero homine empto bona fide a malæ fidei venditore, claudet obligatio, quia ex parte tantum emptoris consistit, non ex vtraque parte: propterea quod commercium earum rerum non est. hoc autem casu qui est de re furtiua, si ignorans emerit rem furtiuam, ex vtraque parte obligatio contrahitur, quia rei furtiuæ vitium facile purgari, atque ita commerciũ eius esse poterit. Emptio etiam rei suæ, de qua Paul. agit in §. *rei suæ,* maxime differt a superiorib. emptionibus, quia superiores emptiones quodammodo valent, si ignorans emerit, suæ rei emptio non valet, siue sciens siue ignorans emerit, *l. suæ rei, h. t.* videlicet si hoc agatur in emptione rei suæ, & dominium transeat in emptorem, quod in omni venditione semper agitur, *l. pen. §. vlt. h. t.* Quamuis obligationis substantia non consistat in ea, vt dominium transeat in emptorem, nec huic rei venditor obstringatur, vt diximus *sup.* in *l. 1. de rer. perm.* In emptione autem rei suæ id agitur frustra, vt res sua fiat, quæ iam sua est, nec sua esse amplius, suaue fieri potest. Sed si de possessione tantum agatur in emenda re sua, vt scil. possessio eius rei transeat ad dominum eiusdem rei, emptio venditio respectu possessionis & stipulatio valet, respectu dominij nõ valet. Respectu possessionis, quam habet venditor, emptor non habet, valet, *l. si aliquam, de adquir. possess.* Emptio igitur rei suæ si fiat, respectu possessionis valet, quia non rei, sed possessionis emptio est, in qua possessione venditor forte, quam emptor, potior erat, vt plerunque euenit, vt qui potior est in rei vindicatione, id est, in quæstione dominij. non sit potior in interdicto de possessione. *l. ad probationem, C. de loc.* nihil habet commune proprietas cum possessione. Alterius potest esse proprietas, alterius possessio, *l. Manius §. pen. de leg. 2.* Perduxi hanc l. 34. vsque ad §. *alia causa.*

Ad §. alia causa.

Restat adhuc ex *l. 34. de contrah. emp. §. alia causa est.* Certum est, quod etiam hoc ipso lib. Paulus scripsit in *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* post perfectam emptionem periculum siue incommodum & commodum omne rei venditæ ad emptorem pertinere, id est, post perfectam venditionem rem venditam, necdum traditam, si forte perierit, emptori perire, & nihilominus pretium ab eo peti posse. Perfici autem emptionem solo consensu statim, atque de certa re, certoque pretio conuenerit, videlicet si pura emptio fuerit, vel quum conditio extiterit, si conditionalis fuerit, non ante conditionem impletam. Ex qua definitione, quæ est certissima, sequitur, vino ita vendito vt degustaretur, quasi sub conditione facta venditione si degustaretur, ante degustationem perfectam, vini venditionem non esse. Et ideo interim quoad vinum degustauerit emptor, etiamsi vasa signauerit, aut dolia, periculum omne ad venditorem pertinere, non ad emptorem: neque igitur ex vendito quidquam pretij nomine venditorem consequi posse, si interim ante degustationem pertusis vasis vinum effusum sit: aut minus consequi, si interim vinum contraxerit acorem, aut mucorem: quod ostenditur in *l. 1. & l. 4. §. si auersione, de pericul. & comm.*

comm. rei vend. Idemque dicendum est ex Sabinianorum sententia, quæ obtinuit, si vinum vænierit ad mensuram forte, quod erat in cella, constituto pretio in singulas amphoras. Et similiter, si oleum aut frumentum vænierit ad mensuram, vel si æs, aut argentum ad pondus, vel si oues aut nummi peregrini, qui solent haberi mercis loco, vt Volusius Metianus notat libro de partibus assis: Si, inquit, vænierit ad numerum, neque enim, antequam ea admensa, adpensa, adnumerata sint, emptio venditio perfecta esse intelligitur. Quia quasi sub hac conditione facta videtur, si admensa, adpensa, adnumerata essent. Et ideo periculum omne pertinet ad venditorem, non ad emptorem, *l. seq. §. in his & §. pen.* videlicet si mensuræ vel ponderationi, vel numerationi faciendæ emptor moram non fecerit. Nam post moram emptoris, res illæ pereunt emptori. Idque ostenditur in *l. 5. de peric. & comm. rei vend. l. 2. C. eod. tit.* Itemque, si vis quædam diuina vinum consumpserit: nam periculũ, quod vis diuina attulit, venditor non agnoscit, *l. 1. in fin. eod. tit.* Secundum hæc ita concludamus: siue vinum vænierit, ita vt degustaretur, venditionem non esse perfectam, quia nondum rem, quæ væniit, probauit emptor: siue vinum, quod est in horreo vinario, venierit ad mensuram, quia nondum est certum, quantum vænierit, nondum est certa quantitas rei venditæ. Et vt idem Paulus ait in *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* ita demum perfecta est emptio, si id quod vænierit, appareat, quid, quale, quantumue sit. Verum addamus ex hoc §. hoc interesse inter causam degustationis & mensuræ: quia ab illa recedere emptori licet in totum vel ex parte, degustato & improbato vino: arbitratu boni viri scilicet, vt est in legibus M. Catonis, ne sit in emptoris libero & profuso arbitrio an vinum emptum habeat: ab ea vero quæ fit ad mensuram recedere non licet, neque in totum, neque ex parte: mensura enim fit, non vt plus, minusue væneat: sed vt appareat quantum emptum venditum sit. Quæ est sententia huius §. sequitur §. pen.

Ad §. pen.

SI emptio venditio facta sit sub disiunctione, nempe hoc modo, *Esto mihi emptus Stichus aut Pamphilus*: In arbitrio est venditoris, quem velit dare, nisi emptor sibi electionem nominatim exceperit: Et hoc quandiu ambo viuunt Stichus & Pamphilus. Nam altero mortuo extinguitur electio, quæ venditori regulariter competit, nisi eam sibi constituerit emptor & reseruarit. Extinguitur, inquam, electio venditoris, ne sit in venditoris arbitrio, an obligetur, cum non vult eum, qui superest, dare, quem solum debet, quod non potest in eius esse arbitrio. potest quidem esse & vere est in eius arbitrio quid debeat, quum venditio facta est sub disiunctione, sed non, an debeat, in *l. 7. hoc tit.* in *l. 2. §. Scæuola, de eo quod certo loco.* Ideoque prioris hominis periculum pertinet ad venditorem, quia non liberatur propterea, sed superstitem debet. Posterioris autem, id est, superstitis periculum pertinet ad emptorem, quum iure perfecta conditio fuit. Sed etsi ambo eodem momento perierint ruina, vel naufragio, quia vel vnius periculum pertinet ad emptorem: necesse habebit emptor, pretium, de quo conuenit, venditori adnumerare, quia vel vnus ei periit. Idemq; seruatur, si electionem sibi emptor exceperit. Vt rursus idem seruatur, vt hic ait, in stipulationibus, si quis stipulanti promiserit Stichum, aut Pamphilum: nam, promissoris est electio, vtrum præstet, *l. plerumque. in fine, de iure dot.* nisi stipulator electionem sibi reseruauerit. Et siue stipulatoris, siue promissoris sit electio, altero mortuo, qui superest, debetur omnimodo, *l. cum is qui, in princip. de condict. indeb. l. Stichum, aut Pamphilum in princ. & §. 1. de solution.* Et nihil est præterea in §. pen. Sequitur §. vlt.

Ad §. vlt.

IN quo ostenditur, tutorem rem pupilli, quæ vendi potest, puta rem mobilem emere non posse. Quod ita est intelligendum, vt si ipse rem pupilli vendat nomine pupilli, vel pupillo vendendi auctor sit, sibi emere recte non possit eam rem: quia ratio non patitur, vt idem emptoris, & venditoris officio fungatur, *l. 5. §. item, de auctor. tut.* At contutore vendente, vel auctoritatem præbente, recte tutor rem pupilli emit, modo emat bona fide, *d. §. item.* Itemque rem pupilli recte emit ex auctione publica rerum pupillarium, *l. 2. §. tutor. pro empt.* Sicut comes patrimonij, vel rerum priuatarum principis, vel palatinus, vel patronus fisci, qui rem fiscalem emere non potest, eam tamen ex auctione fiscali, quasi extraneus quilibet emit recte. Et ita est proditum nominatim in *l. vlt.* quæ est constitutio Græca, *C. de iure hastæ fisc. lib. 10.* Plus dico etiam citra auctionem palam, & bona fide posse tutorem rem pupilli venalem, aut quam vendi expedit pupillo, sibi habere, & retinere pretio illato rationibus pupilli, *l. tutor rerum, de admin. tut. l. 15. §. pen. de auct. tut. l. 5. C. de contrah. emp.* Quum & pecuniam pupilli, quæ collocanda est fœnori, tutor sibi mutuam proscribere possit, vt ait *l. quotiens §. non solum, de admin. tut.* vbi expendendum est illud verbum *proscribere.* quid significat *palam?* irrita enim sunt hæc omnia, nisi fiant a tutore palam. Quod fit palam, bona fide fieri videtur: quod fit clanculum in malæ fidei suspicionem venit, *l. pen. de ritu nupt. l. non existimo, de admin. tut.* palam licet ambire magistratum, non clam: Et vt Seneca ait 15. *Epist. ex SC. plebisque scitis sæua exercentur, veluti in arena, & publice iubentur vetita. priuatim quædam commissa capite luerent,* inquit, *tunc quia palam fecere laudamus.* Quintil. 5. Instit. 1. *Dicam bona mente factum, ideoque palam: mala, ideoque ex insidiis, noctu in solitudine.* Et hæc quidem omnia, quæ diximus de tutore, & pupillo, vt & in hoc §. vlt. Paulus adnotat, producenda etiam sunt ad similia, similesue personas, veluti ad curatorem adolescentis, & ad procuratorem, vel negotiorum gestorem, vt & ij nec temere, nec latenter sibi possint emere rem adolescentis, aut domini negotiorum. Nunc transeamus ad *l. 8. de in diem addict.*

Ad l. 8. de in diem addict.

Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emptorem certiorem facere, vt, si quid alius adiicit, ipse quoque adiicere possit.

ALiquando venditio, & in auctionibus maxime publicis addictio rei vẽditæ fit, *ce que nous disons l'estrousse*, hac lege, vt si quis alius intra 30. dies vel 60. nihil refert, meliorem conditionem attulerit, res a priore emptore abeat, id est, vt prior emptio rescindatur, quæ appellatur *addictio in diem*, qualis omnis addictio fiscalis semper esse intelligitur *l. Lucius §. vlt. ad municip. l. si tempora, C. de fide & iure hastæ fisc. lib. 10.* Et vis huiusce addictionis in diem hæc est, vt si quis alius intra diem præscriptum, intra diem vulgarem, qui plerunque est 30. dierum, supra adiiciat pretio, res auferatur priori emptori, nisi & prior emptor tantundem adiicere paratus sit, vt *l. prox. sup. & l. vlt. in princ. de iure fisci.* Nam si prior emptor tantundem supra adiiciat, non est æquum ei rem auferri: æquius est eum præferri nouo licitatori. Qua de causa Paulus ait in hac *l. 8.* alio intra diem pretio adiiciente, plurisque licente rem venditam, venditorem denuntiare debere priori emptori, nec statim rem addicere posteriori, non denuntiato priore emptore. *Priorem,* inquit, *emptorem necesse habet certiorem facere, videlicet vt si velit, quod alius adiicit, ipse quoque adiicere, atque ita rem obtinere possit.* Et in hunc locum delenda est glossa, quæ distinguit, vtrum in addictione fuerit dictum, *si melior conditio fuerit allata: an vero si alius melio-*

rem conditionem attulerit, vt hoc casu non possit prior emptor adiicere, illo possit: quia hæc distinctio non est iure subnixa, & merito etiam hoc loco a Fulgosio reprehenditur, & vbique æquitas suadet, vt præferatur semper prior emptor, cui res addicta est, tantundem offerendo, idem auctarium adiiciendo. nec *l. qui insulam §. vlt. loc.* quam adducit Accursius quidquam in hanc rem facit.

Ad l. 5. 9. 14. de hered. vend.

L. 5. Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Sed si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor. Si incerta, & nihil debeat, quanti intersit emptoris.

L. 9. Et si quid emptoris interest.

L. 14. Qui filiifamilias nomina vendidit, actiones quoque, quas cum patre habet, præstare debet.

§. 1. Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet. Quanta autem hereditas, nihil interest.

L. 16. Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex Senatusconsulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit, teneberis.

EX libro 33. qui est in manu, sequitur vt exponamus leges quatuor, quæ sunt sub titulo de hereditate vel actione vendita, l. 5. 9. 14. 16. quę partim sunt de actione siue nomine vendito, partim de hereditate vendita. Et vt de nomine vendito primum dicamus, actione vendita, cautione vendita, & quod idem est, nomine debitoris vendito, venditor præstare non debet idoneum & locupletem esse debitorem, nisi ita actum sit nominatim, præstare, inquam, non debet idoneum & locupletem debitorem, sed esse debitorem tantum, *l. 4. h. t. l. si plus §. vlt. de euict.* Et debitorem nulla tutum exceptione peremptoria & perpetua, vt Paul. ostendit in *l. 5.* quia, qui tutus est exceptione, non videtur esse debitor, *l. 16. de reg. iur.* Sed debitoris tantum dicitur, a quo inuito, quum est locuples sc. pecunia exigi potest, *l. debitor, de verb. sign.* Ergo qui vendidit nomen debitoris, præstare debet debitorem esse, nulla tutum exceptione. Quod ita verum est, *nisi*, inquit, *in contrarium actum sit*, puta si quid deberetur sibi a Titio id venire, nec amplius quidquam præstitum iri, quoniam incertum tantum nominis vendidisse intelligitur, vt in *l. 10. & 11. h. t.* alioquin si venditor certæ summæ debitorem esse dixerit, & tutus sit ille debitor, aut quasi debitor exceptione peremptoria, nihil debeat, in eam summam, quam dixit, venditor tenetur emptori actione ex empto: sin vero simpliciter debitorem esse dixerit, nec adiecerit summam, & debitor non sit, venditor tenetur emptori in id, quod interest, vt ait *l. 5. in id quod interest*, puta vt restituat emptori pretium & vsuras, & quod emptor emptionis causa erogauit, forte vxori venditoris, vt fit, vel parario, siue proxenetę, vel fisco: nam & quoddam erat vectigal fisci ob res venales, quod sequebatur emptorem, & ὤνιον Græce dicebatur. Et apud Corn. Tac. fit mentio quinquagesimæ rerum venalium, quo de vectigali est etiā *l. debet, de ædil. ed.* Et ideo emptor in persecutione eius, quod sua interest, deducit non tantum pretium & vsuras, sed & quod ob eam rem impendit, quod erogauit pario, vt dixi, quod intulit fisco, in *l. 8. hoc tit.* Vbi ostenditur idem seruari in venditione hereditatis: nempe, vt si hereditas sit certa, quam venditor dixit, & demonstrauit, quæ tamen ad eum non pertineat, in æstimationem eius teneatur emptori. Sin autem incerta sit hereditas, aut nulla, tunc vt teneatur in pretium quod ei soluit emptor, & si quod in eam rem impendit. Et vt adiicitur in *l. 9.* ex hoc ipso libro Pauli, in id omne quod emptoris interest, si quid amplius intersit vltra pretium, vel impendium, quod fecit emptionis causa. De venditione nominis, & de venditione hereditatis est etiam ex hoc lib. in *h. t.* lex 14.

Ad l. 14. eod. cuius verba supra adscripta.

IS, qui vendidit nomen debitoris, cedere debet actiones omnes emptori, quas habet aduersus debitorem, vel aduersus successores debitoris, veluti aduersus fideiussores, aut mandatores, *l. 23. hoc tit.* vel si debitor fuerit filiusfamilias, vt Paulus ait in hac l. 14. aduersus patrem eius, quas iure prætorio actiones habet de peculio, vel de in rem verso, vel quod iussu: nam & has cedere debet emptori nomine filiifamilias, id est, emptori eius, quod filiusfamilias debet: aut sane, etiamsi eas omnes actiones non cedat emptori, emptori dabuntur vtiles, *l. 5. & 7. C. eod. tit.* Et generaliter in iure nostro, vbi hæ cedendę sunt actiones: ceduntur autem directæ, quæ cedenti competunt, etiam sine cessione competunt vtiles. hoc est perpetuum in iure. Et ad eundem modum subiicit Paulus in hac l. 14. venditorem hereditatis tradere debere emptori res hereditarias, quas possidet, & actiones, scilicet petitiones, persecutiones cedere, quas iure hereditario habet. Qua de re etiam cauere solet emptori solemni stipulatione emptæ & venditæ hereditatis, de qua est tota lex 2. *huius tit.* Et in extremo huius l. ait Paulus, quanta sit hereditas: quæ venit, nihil referre: neque enim venditor præstare debet magnam & luculentam hereditatem esse: sufficit enim venditori hereditatis, si hereditatem quantam quantam esse præstet, quæ ad se pertineat, videlicet si hereditatem simpliciter dixerit, nec eius quantitatem expresserit, vt de nomine dictum est *l. 5. sup.* Quod si, vt Paulus statim subiunxit in *l. 16.* hereditatem se vendere dixerit, quo nominè significatur as & directa hereditas, *l. 2. §. vlt. de iure codicill.* & fideicommissaria hereditas sit, non directa: fideicommissariam, inquam, quæ ei sit restituta ex Senatusconsultum Trebelliano, interueniente Falcidia, vt puta si restitutus tantum ei sit dodrans hereditatis, non as: eo nomine, qui dixit hereditatem, non fideicommissariam hereditatem, siue Trebellianam, emptori tenetur actione ex empto, quanti eius interest assem habere: & merito. His quatuor legibus velim statim addi legem 71. *ad leg. Falc.* quæ vulgo male adscribitur libro superiori. Reddatur huic libro, coniungaturque hisce quatuor legibus quoniam, & illa l. 71. est de hereditate vendita.

Ad l. 71. ad leg. Falcid.

Potest heres in vendenda hereditate cauere, vt & lege Falcidia interueniente, solida legata præstentur: quia ea lex heredis causa lata est. Nec fraus ei fit, si ius suum deminuat heres.

QVæ docet, heredem in vendenda hereditate posse cauere, vt interueniente Falcidia emptor vice sua solida legata præstet, atque eo minus hereditatem vendere: quia, vt eleganter ait illa lex 71. *lex Falcidia lata est heredis causa*, ne nullum, aut modicum commodum ferat ex bonis adita hereditate, ne legata exhauriant omnem hereditatem, ita vt nihil apud heredem remaneat. Denique lex Falcidia lata est heredis causa. Nec fraus fit legi Falcidiæ, si heres, cuius causa lex illa lata est, ius suum deminuat, id est, si Falcidia non vtatur, vel etiam si spondeat legatariis aut fideicommissariis, se Falcidia non vsurum, vt *l. 46. ad l. Falcid. l. vlt. C. eod. tit. l. si patronus §. 1. de donat.* vnicuique licet contemnere ea, quæ pro se introducta sunt, *l. si iudex, de minor. & Nou. 136.* Fraus fit legi Falcidiæ, si antequam interueniat, competatue heredi, puta si viuo, & vrgente testatore heres scriptus spondeat sub pœna, se Falcidia non vsurum, vt in *l. 15. §. 1. eodem tit.* quia tunc non minuit ius suum heres quod nullum, dum ei competit viuo testatore, sed plane minuit ius publicum, fraudemue facit legi Falcidiæ, quæ

quæ pars eſt iuris publici. At cum poſt mortem teſtatoris iam ſibi adquiſita hereditate ſpondet, ſe non vſurum Falcidia, ſibi, non legi fraudem facit, id eſt, Falcidiam, quæ ei competit, remittit, & contemnit, quod licet vnicuique, nempe detrahere iuri ſuo. Præterea obſerua & in ſpecie huius l. 71. venditorem legem dicere, vt ſcilicet emptor hereditatis lege Falcidia interueniente, integra & imminuta, illibata legata præſtet. Semper venditor leges venditionis dicit quaſi dominus, nunquam emptor. Quum enim emptor dicit, eſto mihi res illa empta, vel eſto mihi ius illud emptum tot nummis, legem venditioni non dicit, ſed emptum rogat, & nihil agit, niſi venditor ſubiiciat, *habeas licet*, vt in Plauti Epidico, vel *empta tibi eſto*, vel vt apud Varronem 2. de re ruſtica, quum emptor rogat, *tanti ſunt mihi empta*, venditor reſpondeat, *ſunt*. Denique hoc quod ita gerendo negotium emptor facit, eſt emptum rogare, non dicere legem emptioni, quod pertinet ad ſolum dominum rei, cuius dominus manet etiam poſt perfectam emptionem ante traditionem. Tranſeamus ad *l.* 3. *tit. ſeq. de reſcind. vend.*

Ad l. 3. de reſcind. vendit.

Emptio & venditio, ſicut conſenſu contrahitur: ita contrario conſenſu reſoluitur, antequam fuerit res ſecuta. Ideoque quæſitum eſt, ſi emptor fideiuſſorem acceperit, vel venditor ſtipulatus fuerit, an nuda voluntate reſoluatur obligatio. Iulianus ſcripſit, ex empto quidem agi non poſſe, quia bonæ fidei iudicio exceptiones pacti inſunt. An autem fideiuſſori vtilis ſit exceptio, videndum. Et puto, liberato reo, fideiuſſorem liberari. Item venditorem ex ſtipulatu agentem, exceptione ſubmoueri oportet. Idemque iuris eſſe, ſi emptor quoque rem in ſtipulationem deduxerit.

Re integra, id eſt, nondum neque tradita re vendita, neque pretio numerato, aut parte pretij, emptio, venditio, obligatiove, quæ ex ea vltro citroque naſcitur, reſoluitur contrario conſenſu, nudo conſenſu, nudo pacto, diſtrahitur nudo conſenſu, quia & nudo conſenſu contrahitur, & provt quiſque contractus eſt, ita & reſolui & reſcindi debet, *l. provt, de ſolut.* Si res non ſit integra, vt puta, ſi iam venditor rem tradiderit emptori, emptio venditio non poteſt reſolui nudo conſenſu, nudo, id eſt, ſolo conſenſu, niſi & ea res, quam tradidit venditori contra reddatur, *l. iuris gent. §. adeo, l. ab emptione, de pact.* vbi ſimiliter legi 1. *de rer. permut. in fine*, vbi ait, *contra reddatur*, etiam illa lex, *ab emptione*, in fine, ait, *non reſolui emptionem, ſi res tradita ſit emptori, niſi ea res contra præſtetur.* Re autem non ſecuta vlla ex parte, etiamſi quid datum ſit arræ nomine, quæ datio eſt tantum argumentum emptionis, nudo conſenſu emptio reſoluitur, ac deinde arra repetitur condictione ſine cauſa, *l.* 2. *C. quando liceat ab empt. diſc.* Idemque obtinet, vt in hac l. 3. Paulus oſtendit, etiamſi emptor a venditore fideiuſſorem venditionis acceperit, vel etiamſi ſtipulatio ex vtraque parte interuenerit, rei tradendæ ſcilicet & retro ſoluendi pretij: nec enim ideo minus pacto, & conſenſu nudo emptio venditio, actiove empti venditi diſſoluitur. Itemque diſſoluitur ſtipulatio, & fideiuſſoris obligatio. ſed hoc ſolum intereſt, vt eleganter hæc lex oſtendit, quæ in hanc rem valde notanda eſt, quod obligatio empti venditi, quæ eſt bonæ fidei, conſenſu nudo re integra, vt dixi, ipſo iure diſſoluitur, pacto nudo ipſo iure diſſoluitur, quia exceptiones pacti etiam non oppoſitæ bonæ fidei iudiciis inſunt, ſicut & quælibet aliæ exceptiones, *l. huiuſmodi § qui ſeruum, de legat.* 1. *l. prædia, de actionib. emp. l.* 1. *§. ſi oneranda, quar. rer. actio non det.* Obligatio autem fideiuſſoris, vel obligatio ex ſtipulatione interpoſita inter emptorem & venditorem, quia eſt ſtricta, non bonæ fidei, pacto nudo non diſſoluitur ipſo iure: ſed oppoſita exceptione tantum pacti, quia pactum venditoris, aut emptoris, etiam fideiuſſori prodeſt, *l. & heredi, l. vlt. de pact.* Et ita accipiendum eſt, quod ait lex *Stichum §. vlt. de ſolut.* ſoluto contractu emptionis venditionis nuda voluntate, re nondum ſecuta, fideiuſſorem emptionis liberari, per exceptionem ſcilicet, non ipſo iure, quia ſtricto iudicio tenetur, & ſtrictis iudiciis pacti exceptiones non inſunt, nec quicquam proſunt iis, qui pacti ſunt, niſi opponantur & allegentur, id eſt, non ſupplentur officio iudicis addicto iudicio ſtricto. Sic enim hoc diſtinguendum & explicandum eſt. His etiam addamus, quod eſt in principio legis 8. *tit. ſeq. de per. & comm. rei vend.*

Ad l. 8. de peric. & comm. rei vend.

Neceſſario ſciendum eſt, quando perfecta ſit emptio: tunc enim ſciemus, cuius periculum ſit. Nam perfecta emptione, periculum ad emptorem reſpiciet. Et ſi id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum ſit, ſit & pretium & pure venit: perfecta eſt emptio. Quod ſi ſub conditione res venierit, ſi quidem defecerit conditio, nulla eſt emptio: ſicuti nec ſtipulatio. Quod ſi extiterit: Proculus & Octauianus, emptoris eſſe periculum aiunt. Idem Pomponius lib. 9. probat. Quod ſi pendente conditione, emptor, vel venditor deceſſerit, conſtat, ſi extiterit conditio heredes quoque obligatos eſſe, quaſi iam contracta emptione in præteritum. Quod ſi, pendente conditione res tradita ſit: emptor non poterit eam vſucapere pro emptore, & quod pretij ſolutum eſt, repetetur: & fructus medij temporis venditoris ſunt, ſicuti ſtipulationes, & legata conditionalia perimuntur, ſi, pendente conditione, res extincta fuerit. Sane ſi extet res, licet deterior effecta: poteſt dici, eſſe damnum emptoris.

1. §. *Si ita venierit*, eſt ille ſeruus emptus, ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue non venerit: *Iulianus putat ſtatim perfectam eſſe venditionem: quoniam certum ſit, eam contractam.*

2. §. *Cum vſumfructum mihi vendis: intereſt, vtrum ius vtendi fruendi, quod ſolum tuum ſit, vendas, an vero in ipſum corpus, quod tuum ſit, vſumfructum mihi vendas. Nam priore caſu, etiamſi ſtatim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, ſi tu viuis. Poſteriore caſu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.*

Initio huius legis proponitur regula iuris notiſſima, perfecta emptione periculum rei emptæ ad emptorem reſpicere, & commodum ſimiliter, etiamſi nondum res ei tradita fuerit, modo ſi nec per venditorem ſteterit, quo minus traderetur, quia ſcilicet perempta re vendita, perinde venditio habetur, ac ſi res emptori tradita fuiſſet, vt pote, quum venditor liberetur, ſine cuius mora, aut culpa res periit, & emptor maneat obligatus pretij nomine, ſi nondum exſoluerit, *l.* 5. *§. vlt. ſup. t. prox.* Vnde tractat Paulus hoc loco, quando emptio perfecta ſit, vt ex eo ſciamus, cuius ſit periculum. Et ita diſtinguit Paulus: aut emptio eſt pura, aut conditionalis. ſi pura, ſtatim atque conuenerit de re certa, & de certo pretio, nudo conſenſu perfecta eſt emptio venditio, & periculum reſpicit emptorem: ſi conditionalis fuerit, cum extiterit conditio, perfecta eſt emptio, non ante, vt *l.* 7. *de contrah. empt.* Et poſt conditionem demum impletam periculum rei pertinet ad emptorem: ſi defecerit conditio, nulla eſt emptio, ſicut nulla ſtipulatio, *l. ſi quis fundum, de contrah. empt.* Et huc transferenda ſunt, quæ hac de re diximus in *l.* 34. *§. alia cauſa, de contr. empt.* Emptione autem facta ſub conditione ac poſtea exiſtente conditione, conditio retrotrahitur, conditio retro recurrit, vt ſubiicit in hac lege, vt idem docet *l.* 1. *§.* 1. *qui pot. in pign. hab.* Videamus quomodo id intelligendum ſit, ſi emptio facta ſit ſub conditione, & exſtiterit conditio, conditio retrotrahitur: in hoc ſcilicet, vt ſi interim pendente conditione mortuus ſit venditor, vel emptor, poſtea exiſtente conditione heres eius obligetur ex empto vendito, perinde, atque ſi ab initio pure emptio contracta fuiſſet. Conditionalis emptio tranſit in heredem, ſi poſt mortem emptoris vel venditoris exiſtat conditio, quæ retrotrahitur.

Itemque in hoc dicimus conditionem retrotrahi, vt si interim res, quæ venijt, fiat deterior, non dico, si pereat, sed si fiat deterior, damnum illud respiciat emptorem, perinde atque si ab initio pure contracta emptio fuisset: sed non etiam in hoc, quod perpetua mente tenendum, quod si pendente conditione res omnino perierit, periisse intelligatur emptori: periit enim venditori potius, quia & ipsa emptio venditio omnino perimitur, quasi contracta sine re, sine merce, sicut stipulationes & legata conditionalia perimuntur re perempta pendente conditione, *l. plerumque §. si ante, de iure dot.* In Florentinis Pandectis hoc loco hæc verba desiderantur, quæ supersunt recte in aliis libris: *Sane si pendente conditione res perieris, perimitur emptio sicut stipulationes, &c.* Quod autem dixi deteriore facta re vendita, damnum illud respicere ad emptorem, si conditio B extiterit; id semper intelligendum est, vino vendito non procedere omnino, si ita venditum sit, vt degustaretur: nam etsi hæc venditio conditionalis esse intelligatur, puta si vinum degustaretur; tamen si ante degustationem vinum acidum, vel mucidum factum sit, hoc damnum non pertinet ad emptorem: aliud leue damnum, quod sine culpa venditoris contigerit salua re, possit ad emptorem pertinere, sed non etiam acor, aut mucor, vt diximus in §. *alia causa*, quia id actum intelligitur, ne hæc damna, quæ sunt grauiora, si vino acciderint ante degustationem, sequerentur emptorem. Notandum est etiam ex hoc loco, re tradita pendente conditione intempestiue, ante perfectam venditionem, nimirum pendente conditione, sub qua emptio facta est, non posse emptorem eam rem, si forte C aliena, non venditoris fuerit, vsucapere titulo pro emptore, quia nondum est vera venditio, *l. 4. de in diem addict. l. 2. §. si sub condit. pro empt.* Ac præterea quod pendente conditione soluerit emptor pretij nomine, id eadem ratione quasi indebitum condicere posse, vt *l. sub conditione, de cond. indeb.* Item, quod etiam Paulus ait, & hic aliquantulum hærendum, fructus medij temporis ad venditorem pertinere, id est, fructus perceptos pendente conditione ad venditorem pertinere. Quod non est vsquequaque verum: sed ita demum, si res perierit pendente conditione, quem casum subiicit statim. Hoc enim casu, quia emptio omnino perimitur, omne periculum, & omne commodum igitur pertinet ad venditorem, si res interim perierit, vt dixi. D nam si interim, id est, pendente conditione res deterior, aut minor facta fuerit, dicam, æquum esse, vt sicut damnum illud pertinet ad emptorem, ita & commodum fructuum medij temporis ad eum pertinere debere, vt *l. fructus, C. de act. emp.*

Ad §. si ita.

IN lege 8. §. *si ita res, de peric. & comm. rei vend.* proponitur vnus casus, quo venditio conditionalis, quam iam ante definiuit tunc perfici, quum conditio impleta fuerit, perfecta esse intelligitur, etiamsi conditio nondum impleta fuerit: vt si ita seruus vænierit, esto seruus ille emptus, siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit, conditionalis venditio est, sicut stipulatio ita facta, sicut legatum ita relictum, E siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit: siue illud factum fuerit, siue factum non fuerit, *l. huiusmodi, quando dies leg. ced.* eodem modo, vt dixi, conditionalis est venditio, quæ ita fit, siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit: quia etsi certum est, alterutrum casum futurum, non ante debetur, quam alteruter casus extiterit, & tamen perfecta venditio esse intelligitur: ac proinde periculum rei venditæ statim pertinere ad emptorem: quia hunc vel illum casum omnimodo extiturum etiam certum est. Quamobrem & quod pretij interim soluerit emptor, condicere non potest, *l. Iulianus, de cond. indeb.* Ex quo Iuliano, etiam in hac specie ait, perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam. Idem est contractam esse venditionem, & perfectam esse venditionem, vt in §. *cum au-* A *tem, Institut. de empt. vend. cum emptio venditio contracta sit* id est, cum perfecta sit. Sequitur §. vlt.

Ad §. vlt.

IN hoc §. vlt. ostenditur, vsufructuarius si vendat vsumfructum quem habet in re aliena, alio iure rem esse, quam si dominus in re sua vsumfructum constituat, & vendat: proinde multum interesse, vtrum vsufructuarius vsumfructum vendat, quem habet in corpore, in re aliena: an dominus in re sua, nunc primum vsumfructum constituat, & vendat. Fructuarius potest vendere vsumfructum, quo genere facultas percipiendorum fructuum, facultas vtendi fruendi transit in emptorem, heredemque eius, quamdiu vsufructuarius viuit, non etiam in emptorem transit seruitus ipsa vsusfructus. Hæc enim cohæret personæ venditoris, nec ab ea diuelli potest, nisi cedatur domino proprietatis, eamque seruitutem ipse, quamdiu viuit, vti & retinere videtur, quia pretio fruitur, *l. arborib. §. vsufructuarius, l. non vtitur, & l. seq. de vsuf.* Morte autem venditoris, in cuius persona etiam post venditionem hæsit seruitus vsusfructus, morte, inquam venditoris finitur vsusfructus, nec fructuum emolumentum iam amplius pertinet ad emptorem, heredemve eius. Dominus etiam potest rei suæ vsumfructum alij vendere, & cedere, nudamque proprietatem sibi retinere. Verum hoc genere seruitus ipsa vtendi fruendi transit in emptorem. emptor fit vsufructuarius, & quamdiu viuit, ei competit hæc seruitus, etiamsi mortuus venditor fuerit. Ab emptore autem non transit in heredem eius, sed cum anima emptoris vsusfructus expirat. Denique si vsufructuarius vsumfructum mihi vendiderit, etiam heredi meo ipse vsumfructum debet, id est, commodum fructuum præstare debet. Heres tamen ipsius, neque mihi, neque heredi meo vsumfructum debet. Sin vero dominus vsumfructum mihi vendiderit, heredi meo ipse vsumfructum non debet, quia finitur morte mea: heres tamen ipsius mihi vsumfr. debet, quamdiu viuo. Itaque multum interest, vtrum fructuarius, an dominus vsumf. vendiderit. Morte fructuarij finitur vsusfr. non morte emptoris, qui emit fructuum emolumentum; non item morte venditoris, qui a se vsumfructum abduxit & abalienauit seiunctum a proprietate. Neque ab his (quæ sunt certissima) quicquam discrepat lex 4. *de nouat.* quam obiicit Accursius. Quæ lex, si eum qui mihi debet, nondum cessit vsumfructum fundi certi, delegauero creditori meo, vt ei eius fundi vsumfructum promitteret, & promiserit, accesserit, ait, morte mea non finiri vsumfructum: morte creditoris mei finiri: nimirum, quia creditor meus fuit fructuarius, ego nunquam fui fructuarius: neque enim is, cui debetur vsusfruct. continuo fructuarius est, sed is tantum, cui cessus, cuiusque in persona constitutus vsusfructus est. Quod & Accursius intellexit & notauit recte hoc loco. Et nihil est præterea in *h. l. 8.*

Ad l. 21. de action. empt.

Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignorauerit, ex empto tenetur venditor.

1. §. *Si predij venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto. Quod si ignorans non prædixerit, quod forte hereditarium prædium erat, non tenetur.*

2. §. *Quamuis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse: Tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum: & si venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt.*

3. §. *Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat: omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit: Neque enim, si potuit ex vino (puta) negotiari,*

gotiari, & lucrum facere, id æſtimandum eſt: non magis, quam ſi triticum emerit, & ob eam rem, quod non ſit traditum, familia eius fame laborauerit. Nam pretium tritici, non ſeruorum fame necatorum, conſequitur. Nec maior ſit obligatio, quod tardius agitur: quamuis creſcat ſi vinum hodie pluris ſit, merito: quia ſiue datum eſt, haberet emptor: ſiue non, quoniam ſaltem hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit. A

4. §. *Si tibi fundum vendidero, vt eum conductum certa ſumma haberem, ex vendito eo nomine mihi actio eſt: quaſi in partem pretij ea res ſit.*

5. §. *Sed & ſi ita fundum tibi vendidero, vt nulli alij eum, quam mihi venderes: actio eo nomine ex vendito eſt, ſi alij vendideris.*

6. §. *Qui domum vendebat, excepit ſibi habitationem, donec viueret: aut in ſingulos annos decem. Emptor primo anno maluit decem præſtare, ſecundo anno habitationem præſtare. Trebatius ait: mutandæ voluntatis poteſtatem eum habere, ſinguliſque annis alterutrum præſtare poſſe: & quamdiu paratus ſit alterutrum præſtare, petitionem non eſſe.* B

SI quis ignorans emerit partum, qui ex ancilla, non dico prægnante, ſed qui quandoque ex ancilla ederetur, ſi partum quandoque futurum ignorans emerit a venditore, qui ſciebat eam ancillam eſſe ſterilem, aut maiorem quinquagenaria, quæ etiam exiſtimatur eſſe ſterilis, αἰσικτὸς ἢ γνδυῶ. Et lege Papia Popæa etiam maior quinquagenaria nuptias contrahere prohibetur, quaſi generare non poſſit, in *l. pen. C. de nupt.* In qua tamen caput illud legis Papiæ Iuſtinianus abrogat, vetulæ cuicunque, cuiuſcunque ætatis permittens nuptias. Verum lege Papia maior quinquagenaria non potuit nuptias contrahere, quæ tamen potuit eſſe in concubinatu, *l. 1. §. vlt. de concub.* Plinius 7. naturalis hiſtoriæ, *mulierem poſt quinquageſimum annum non gignere.* Itemque Ariſtoteles 5. *de hiſt. animal. cap.* 14. plerumque ſcilicet ſiue plurimum non gignere, perraro id euenire vt pariat. Iſto, inquam, caſu, quem propoſui, venditor, qui ſciuit mulierem eſſe ſterilem, aut extra ſpem pariendi, tenetur emptori actione ex empto, ſiue in id quod intereſt, vel vt ait *l. Iulianus ſup. h. t.* in detrimenta omnia quæ ex ea emptione emptor traxit. Ignorans autem venditor duntaxat tenetur emptori, vt reſtituat pretium, quod numerauit, arg. *d. l. Iulian.* Et ita vt Paulus ſubiicit in §. 1. *h. l.* facta ſimiliter differentia inter ſcientem & ignorantem venditorem; ſi ſciens venditor prędij, prædiũ debere tributum annuum, aut vectigal, nihil dixerit emptori ignoranti de tributo, quo prædium onuſtum erat, emptori tenetur actione ex vendito in id quod intereſt, quod ſcierit & celauerit emptori dolo malo. Ignorans autem venditor, qui iuſtam habuit ignorantiæ cauſam, vtpote cum hereditarium eſſet prædium, cuius qualitas ei incognita erat, tunc non tenetur emptori ex empto in id quod intereſt, ſed tenetur tantum, quanto minoris emptor empturus eſſet, ſi ſciſſet. Quod huic §. addendum eſt ex *l. ſi minor, C. eod. tit.* In qua ſatis noue, quod notandum, tributum prædij, capitatio prædij dicitur, vt etiam in *l. vlt. C. Theodoſ. ſine cenſu vel reliquis fundum comparari non poſſe.* Saluianus item 5. de prouid. Dei. *Cum poſſeſſio, inquit, ab his receſſerit, capitatio non recedit:* capitatio ſcilicet poſſeſſionis ſiue prædij. Porro actione, *quanto minoris ex empto*, quæ vno verbo interdum *æſtimatoria* dicitur, indiſtincte tenetur ſciens & ignorans, ſed ignorans hac ſola, vel in hoc ſolum. Sciens autem hoc amplius conueniri poteſt, ſi hoc emptor elegerit, in omne, quod emptoris intereſt, non etiam ignorans. Iis addenda eſt, quæ mox proponitur in §. *ſeq. quamuis*, alia differentia inter ſcientem & ignorantem venditorem. C D E

Ad §. quamuis.

SI ſciens venditor cupreſſeas menſas (vtitur hoc exemplo) vendiderit pro citreis, quæ longe ſunt pretioſiſſimæ, tenetur emptori ignoranti, quanti eius intereſt non eſſe deceptum. Et vt ſubiicit, ignorans etiam venditor tenetur, ſed in quantum teneatur non dicit. Sane æquum non eſt, vt teneatur quanti emptoris intereſt. Igitur recte dicam ex *l. 45. de contr. empt.* ignorantem venditorem ipſius tantum rei venditæ nomine teneri, puta vt menſas citreas, quas vendidit, præſtet: nam & hoc in ea l. 45. oſtenditur eſſe ſeruandum, quum *aurichalcum*, id eſt, æs, quod auri ſpeciem habet & colorem, pro auro quis vendidit ignorans: nam & hic rei tantum nomine tenetur, puta vt aurum quod vendidit, præſtet. In hoc vero exemplo aurichalci venditi pro auro, & in exemplo propoſito menſæ cupreſſeæ venditæ pro citrea, conſentiunt quidem contrahentes in ipſo corpore, quod vænit, ſed diſſentiunt in qualitate corporis, ſiue rei venditæ, in materia, in ſubſtantia, qui diſſenſus efficit, vt nulla ſit venditio, vt eſt proditum in *l. 9. & 14. de contrah. empt.* Quamobrem rectius vulgo in hoc §. legitur: *Cum in corpore conſentiamus, de qualitate diſſentiamus, emptionem non eſſe:* ſic vulgo. Rectius, vt dixi, quam in Florentinis: *emptionem eſſe*, vt quemadmodum Modeſtinus ait in *l. qui officij §. 1. de contrah. empt. Quamuis emptio non teneat, ex empto tamen aduerſus venditorem poſſe emptorem experiri, vt conſequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.* Ita hoc loco aptiſſime dicit Paulus in hoc §. *Quamuis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem non eſſe: tamen venditor actione ex empto teneri debet quanti intereſt non eſſe deceptum.* Quamuis non ſit ſocietas, aut eſſe deſierit, tamen licet experiri actione pro ſocio quibuſdam caſibus: Ita etiam hoc caſu, quamuis non ſit emptio, licet experiri actione ex empto ob id ſolum, quod quaſi emptio contracta ſit. Sequitur §. *cum per venditorem*: cuius §. eſt frequens vſus in materia de eo quod intereſt, & in materia de mora; & ideo a nobis perſpicue explicabitur.

Ad §. cum per venditorem.

LOquitur hic §. de mora venditoris, qui ſcilicet fecit moram, qui traxit moram in tradenda re vendita: *per quem*, inquit, *ſtetit quo minus rem traderet*, quibus verbis ſemper ſignificatur mora & fruſtratoria dilatio tradendæ rei venditæ, ſoluto iam vel oblato pretio. *Poſt moram factam in re tradenda*, ait, *venire omnem vtilitatem.* ait, *omnem vtilitatem emptori in æſtimationem venire, quæ modo circa ipſam rem conſiſtit.* omnem vtilitatem, id eſt, omne id quod intereſt. id quod intereſt emptoris eſt vtilitas, quæ ei abeſt propter moram venditoris. Tenetur ergo venditor emptori eo nomine actione ex empto in id omne quod emptoris intereſt: non quidem quoquomodo intereſt, non quod extra rem venditam intereſt, ſed quod *circa ipſam rem*, inquit, ἐμφατικῶς circa rem ipſam, quæ vænit, intereſt, quodque ipſi rei cohæret, vt puta in pretium, quod pro ea re emptor prænumerauit, & in id quod emptionis gratia voluntate venditoris, vel coactus erogauit in proxenetam, vt dicebam nudiuſtertius, vel in fiſcum, vt *l. 8. de hered. vend. l. debet, de ædil. ed.* vel ſi poſt moram venditoris creuit pretium rei, quanto ea res hodie pluris eſt, id quoque in æſtimationem venit, quoniam id haberet emptor, ſi res ei tradita fuiſſet, ſi moratus in re tradenda venditor non fuiſſet. Compendium autem negotiationis non æſtimatur, non conſideratur, quia verſatur extra rem, vt puta, vino vẽdito, finge, potuit emptor ex eo vino negotiari, & vberrimum quæſtum facere, quem non fecit, quia in eo vino tradendo venditor moram admiſit, an intercepti huiuſce lucri ratio habebitur in actione ex empto? minime: vel etiam tritico vendito, ſi ob id, quod moram debitor in eo tradendo fecit, familia emptoris fame ſit enecta, huius damni ratio non habetur, id eſt, pretium ſeruorum amiſſorum, ſeruorum fame peremptorum non conſideratur, aut æſtimatur, ſed pretium tritici tantum, id eſt, id quod intereſt circa rem ipſam, quæ veniit, quod quidem pretium tritici, ſi hodie pluris ſit poſt moram venditoris, quam fuerit venditionis

tempore, id emptori præstandum est. quoniam id haberet A emptor, si motam venditor in tradendo tritico non fecisset: alioquin mora venditoris non auget obligationem, non auget supra pretium rei: *nec fit*: inquit, *maior obligatio qua venditor tenetur obstrictus, quod tardius agitur*, ex empto scilicet. Et maxime obseruandum est, de mora tantum venditoris Paulum loqui; plecti eam moram actione ex empto; in qua tamen non venit omne damnum, quod sustinuit emptor, omneve lucrum quod non fecit emptor, sed id tantum quod consistit circa rem ipsam. Idemque seruatur in mora emptoris, vt ostendit lex *vlt. de per. & comm. rei vend.* si emptor fecerit moram in soluendo pretio, actione ex vendito tenetur, vt præstet vsuras duntaxat, non vt præstet omne omnino quod venditor mora non B facta consequi potuisset: veluti si pretio soluto negotiatus ex eo fuisset, & ex mercibus plus tulisset, quam ex vsuris; huius lucri, quoniam extra rem est, ratio non habetur. Idemque seruari in mora heredis rectissime Accursius sensit, ex hoc §. vt opinor, aut argumento huius §. quamquam illum non adducat in *l. 26. de leg. 3.* Pro quo etiã facit lex 22. §. *vlt. eod. tit.* Si heres in præstãdo fideicommisso moram fecerit, ex die moræ fideicommissario debentur fructus. Præstandum etiam ei est omne damnum quod passus est, præstanda omnis vtilitas, quę modo scilicet versetur circa rem, vt si post moram res, quæ fideicõmisso continetur, extincta aut deterior facta sit, non etiam, inquit, scite Accursius, id quod damnum fideicommissarius passus sit in suis rebus. Hæc omnia dicuntur de mora: nam alia est ratio scientiæ & doli mali venditoris, vt puta si sciens ancillam esse sterilem, partum eius ignoranti vendiderit, vel si sciens de tributo venditi prædij, ignorantem emptorem celauerit, vel C si sciens dolo malo pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendiderit. His enim casibus non tantum æstimatur vtilitas emptoris, quæ circa rem ipsam versatur, sed etiam omnia detrimenta, quæ sunt extra rem, quæ scilicet emptor ex ea emptione traxit, vt si vitio tigni ædes emptoris perierint, quanti eæ fuerint, æstimatur & præstatur emptori. præstatur damnum, quod in re sua passus est, ne dum id quod passus est in re vendita, vel etiam, quum sciens ignoranti vendidit pecus morbosum, si contagione pecoris empti, cætera pecora emptoris perierint, quanti ea fuerint æstimatur & præstatur emptori, quod palam & aperte traditum est in *l. Iulianus, hoc tit.* Alia igitur est causa moræ venditoris, quoniam ob hanc causam non æstimatur damnum, quod extrinsecus emptor passus est in D suis rebus. Alia autem est causa scientiæ & doli mali, quoniam tunc omne damnum æstimatur, quod vel in reipsa, vel extra rem ipsam consistit. Et ita est explicandus hic §.

Ad §. si tibi fundum, pen.

IN §. pen. legis 21. *de act. empti.* proponitur hæc species: vendidi tibi fundum ea lege vt eum conductum haberem certa mercede, forte in quinquennium. Tu me ea conductione frui non pateris: contra legem venditionis a me dictam, quam tu secutus es atque probasti, facis: Et ideo mihi teneris actione ex empto quasi in partem pretij; quia ea res, eaue lex siue pactio cessit in partem pretij, quandoquidem eo minoris res tibi a me vendita est, vt in *l. fundi, de contr. empt. l. 6. in fine, de seru. export.* teneris, inquam, mihi, vt sinas me conductione perfrui, aut quanti ob eam mea interest, præstes. Idemque est, si pepigero vt nulli alij quam mihi eum fundum venderes, si quando eum vendere velles, quod pactum etiam superiori coniungitur in *l. qui fundum 75. de contrah. empt.* Eodemque modo, si legem dixero, si pepigero, vt nulli alij, quam mihi eum fundum quandoque venderes, si eum alij vendideris contra fidem placiti, mihi teneris actione ex vendeo in id quanti ea res est, siue quanti mea interest, eum fuitdum mihi reuenditum esse. Pactum venditioni ex continnnti adiectum in ipso contractu inest, & format ipsam acteionem, id est, actionem ex empto vendito, *l. iurisgentium §. 1. de pact.* Pactum iustum scilicet. Et hoc vtique iustum est, vt rem quam tibi vendo, nulli alij quam mihi reuendas. Hoc pactum iure comprobatum est, vt vel hic locus ostendit, & *d. lex qui fundum.* quod tamen etiam male colligitur ex *l. qui Romæ §. coheredes, de verb. oblig.* In diuidenda hereditate coheredes inter se pacti sunt, ne eorum quisquam partem suam alijs quam coheredi, vel eius successori venderet, subiecta stipulatione pœnali, si quis eorum aliter faceret. Et vero si quis eorum secus fecerit, pœna committitur, stipulatio pœnalis committitur; ex quo non sequitur pactionem illam valere. Nam & inutili, nullæve pactioni, conuentioni, subiecta stipulatio pœnalis efficax est. Quamuis conuentio ipsa sit inefficax, vt si quis alteri stipuletur, vel paciscatur, inutilis stipulatio, inutilis pactio est, vtilis tamen est stipulatio pœnalis ei subiecta, *l. stipulatio ista §. alteri, eod. tit. de verb. oblig.* Eodem vero modo, si tibi domum vendidero certo pretio, & ea lege, vt aliam domum meam reficeres tuis sumptibus, quæ lex etiam videtur cedere in partem pretij, agam tecum ex vendito, vt reficias, *l. tenetur 6. §. 1. hoc tit.* vel agam *ad quantum interest*, vt loquitur lex *seruum, de pign.* Sententia autem §. vlt. huius legis hæc est.

Ad §. vlt.

IN vendenda domo venditor sibi excepit habitationem donec viueret, aut quotannis aureos 10. quibus scilicet aliam sibi habitationem conduceret & pararet. Denique sub disiunctione excepit sibi habitationem donec viueret, aut 10. aureos annuos. In disiunctiuis obligationibus electio est emptoris, *l. plerunque §. vlt. de iure dot. l. 3. §. Scæuola, de eo quod certo loco.* Et ideo in electione est emptoris, vel præstare venditori habitationem, vel aureos decem quotannis, quæ electio ei datur singulis annis, adeo vt si primo anno præstiterit habitationem, secundo possit præstare 10. vel si contra, & ad eundem modum subinde mutare voluntatem, vt *l. cum qui certarum §. vlt. de verb. oblig.* quam in rem præcipue hic §. notandus est, vt qui singulis annis electionem habet præstandi alterutrum, possit variare, nec quod primo anno cœpit præstare, id compellatur, si nolit, præstare sequentibus: nec tamen ideo existimandum est hanc obligationem esse multiplicem: non ideo existimandum est, plures esse obligationes, quod præstationem mutare possit singulis annis suo arbitratu. Imo vna est obligatio annua & perpetua, *l. si Stichum §. 1. eod. tit.* Quod & hic Fulgosius notauit rectissime contra Bartolum. Restat tantum lex 5. *de euict.*

Ad l. 5. de euict.

Serui venditor peculium accessurum dixit: si vicarius euictus sit, nihil præstaturum venditorem Labeo ait: Quia siue non fuit in peculio, non accesserit: siue fuerit, iniuriam a iudice emptor passus est, aliter atque si nominatim seruum accedere dixisset. Tunc enim præstare deberet, in peculio eum esse.

E

IN qua lege ostenditur, multum interesse, vtrum in venditione serui venditor dixerit nominatim, alium seruum accessurum, puta Stichum quasi peculiarem, siue vicarium seruum venditi serui ordinarij. quo casu euicto Sticho, quem nominatim accessurum dixit, venditor omnimodo tenetur, quatenus emptori in id quod interest indemnitas seruetur, quia quod dixit, nempe Stichum esse in peculio serui venditi, & Stichum accessurum tanquam peculiarem, id proculdubio præstare debet. Interest vero, an simpliciter dixerit *peculium accessurum*: hoc enim casu, euicto seruo vicario, quem non nominauit, venditor non tenetur, quia siue non fuit in peculio, non accessit venditioni: siue fuit in peculio, iniuria iudicis euictus est, & iniuria, quam iudex facit emptori, non

non debet venditorem contingere, non debet in venditorem competere, *l.51.hoc tit.l.8.C.eod.l.1.de rer.permut.* Perperam Accursius hoc loco & aliis plerisque desiderat, vt iniuriæ iudicis accedat culpa emptoris, vt scilicet partim culpa sua, partim iniuria iudicis emptor condemnetur. Perperam desiderat concursum vtriusque causæ, quoniam alterutra causa sufficit, iniuria iudicis vel culpa emptoris, ne venditor teneatur de euictione, vt supradictæ leges docent. *l.3.de euict. & l.1.C.de rer.perm. & in l. exceptione, de fideiussor.* hæc adiectio, quæ est in extremo legis, scilicet, *Si culpa tua iniustæ damnationis causam præbuisti*, inepti cuiusdam interpretis est, quoniam etiamsi culpa tua absit, iniuria iudicis non debet alterum contingere, *l.si sine §.cum ante, rem rat.hab.* Porro ex his apparet venditorem peculij euictionem non præstare in singulis rebus peculiaribus, nisi nominatim eas designauerit: tunc enim præstare debebit in peculio eas esse: Sicut nec venditor hereditatis in singulis rebus hereditariis euictionem præstat, nisi in iis, quæ forte dixerit nominatim ex hereditate esse, *l.1.C. de euict.* Ac præterea sicut vendita hereditate nihil refert quanta hereditas sit, nisi de quantitate eius venditor adfirmauerit, *l.14.in fine, & l.15.de hered.vend.* ita vendito peculio aut vendito seruo cum peculio, nihil refert, quantum peculium sit: satis est si vel minima hereditas sit, si vel minimum peculium sit, *l.si quid in fine, de ædil. edict.* vt hereditatis, ita peculij nomen, nomen est iuris, non corporis nomen est, quo ius significatur, non res.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXIV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 1. Locati.

Locatio, & conductio, cum naturalis sit, & omnium gentium, non verbis sed consensu contrahitur: sicut emptio & venditio.

HIc totus liber fuit de contractu locationis & conductionis, & initio Paulus idem tradit in *l.1.loc.* quæ est ex hoc libro 34. quod & superiori de emptione & venditione in *l.1.in fine, de contrah.empt.* locationem, conductionem, quæ similiter adsimilatur emptioni venditioni, esse iurisgentium, naturalem, inquit, & omnium gentium, id est, esse iurisgentium: & ideo non verbis solemnibus contrahi & perfici, veluti stipulatione, quæ est iuris ciuilis: sed nudo consensu, nuda voluntate, simul atque de certa re, quæ fruenda, vel habitanda daretur ad tempus certum, & de certa mercede conuenerit. Hoc tantum est summum discrimen inter hunc & illum contractum, quod in emptione venditione id agitur, etiamsi venditor non sit dominus, vt dominium rei transeat ad emptorem in perpetuum: in locatione conductione vt conductori rei frui liceat certo pretio ad certum tempus, *l.cum manu §.vlt.de contr.empt.* Reddenda autem est huic lib.34.lex 7.eiusdem tit.locati, quæ falso adscribitur 32. Sententia eius simul atque legis sequentis, quæ satis obscura est, mihi videtur esse huiusmodi.

Ad l. 7. eod.

Si tibi alienam insulam locauero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaueris, & Titius a domino prohibitus fuerit habitare: agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta.

SIcut venditio rei alienæ valet, & inde nascitur obligatio inter emptorem & venditorem mutua, *l. rem alienam, de contrah.empt.* ita & locatio rei alienæ potest fieri bona fide, cum venditio & locatio rei alienæ bona fide fit. fac igitur, me tibi locasse domum alienam bona fide quinquaginta, & mox te eandem domum Titio ablocasse sexaginta, & Titium prohiberi a domino habitare euincente domum: ego tibi teneor actione ex conducto, vt Paulus ait in hac *l.7.* vt præstem non quinquaginta, sed sexaginta, quia in sexaginta Titio teneris, quem dominus in ea domo habitare non patitur, quæ sententia Pauli statim notatur in *l.seq.*

Ad l. 8. eod.

Nos videamus, ne non sexaginta præstanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui conductione: tantumdemque consequatur medius, quantum præstare debeat ei, qui a se conduxit: quoniam emolumentum conductionis ad comparationem vberioris mercedis computatum, maiorem efficit condemnationem: & tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quæ ab illo perciperet, si dominus insulæ habitare nouissimum conductorem non vetuisset. Quo iure vtimur.

VErius esse ait, vsuque receptum, quod æquum est, neque quinquaginta me tibi, neque sexaginta præstare debere, sed quanti tua interest conductione perfrui: tanti autem tua interest, quanti Titio damnatus es, aut futurum est, vt damneris ob id, quod conductione ei frui non liceat prohibente domino. quinquaginta de quibus conuenit inter me & te, vt mihi quotannis præberentur mercedis loco, ea ego tibi reputabo, pro rata eius temporis, quo tibi domo frui licuit, conductorive tuo, id est, Titio: & id tantum restituam tibi, si tu mihi mercedem prorogasti, vel id tantum remittam tibi ex mercede conuenta, quod in id tempus excurrit, quo tibi conductorive tuo frui domo non licuit per dominum. Quod autem tu plus eo nomine præstiteris conductori tuo, quod ei conductione frui non licuerit, id ego tibi ex mercede, de qua inter me & te conuenit, aut reddam aut remittam: maiorem obligationem meam facit conductio tua, cuius merces vberior est, quam fuerit meæ. Et ita est explicanda lex 8.

Regressus ad l. 8.

QVæ dixi nudius tertius ad *l.8.locati*, non satis eam explicant. itaque diligentiore retractatione opus est: nec enim mihi satisfaciunt. Ego tibi alienam insulam locaui quinquaginta, tuque eandem Titio locasti sexaginta, & dominus Titium a conductione expellit, Titium prohibet habitare, atque adeo etiam te prohibet conductione frui. Paulus dicebat in l.7. te actione ex conducto a me non quinquaginta quanti ego locassem, sed sexaginta quanti tu locasses, consequi posse, quoniam in sexaginta Titio teneris: nempe Titio teneris reddere sexaginta, si ea tibi prorogauerit, vt plerunque fit, vel remittere, si non prorogauerit; quia neque ei, neque tibi habitatione frui per dominum licet. Contra Tryphoninus in l. 8. ait, neque quinquaginta, neque sexaginta me tibi præstare debere, sed quanti interest conductione perfrui, vt in *l.qui insu-*

lam, infrui, hoc tit. illis verbis, *quanti conductoris interesset habitatores ne migrarent.* quæ verba opponit illis, *quanti dominus prædiorum locasset.* Quod autem interest conductoris conductione perfrui in hac specie, reapse redigitur ad decem tantum, id est, quod tua interest redigitur ad decem tantum, quia si tibi conductione frui licuisset, supra mercedem, quam mihi præbes, id est, supra quinquaginta, ex posteriori conductione decem lucrifecisses. In actione autem ex conducto, lucri, quod ex conductione conductor facturus erat, vtique ratio habetur semper, *l.13. l.24.§.colonus,l.33.hoc t.* Lucri, inquam, quod hic Tryphoninus vocat, *Emolumentum conductionis.* In æstimationem igitur veniunt decem, quæ nunc vltra quinquaginta Titio conductori tuo reddere, aut remittere debes: nam etsi sexaginta, quæ Titio præstare debes, ad summam æquum sit, vt a me consequaris; tamen ego tibi reputare possum, *ie vous puis preconter*, quinquaginta, quæ a te percepissem pensionis nomine, quæ ideo nunc non percipio, quod tibi conductione frui non liceat. Ita si horum quinquaginta habita reputatione, vt non bis quinquaginta consequaris, sed semel tantum ob id, quod tibi frui non liceat: & hoc amplius decem nomine eius quod interest ob id, quod conductori tuo frui non liceat: cui vltra quinquaginta præstare decem debes. Vberior, cariorve locatio tua auget obligationem meam. Et ita perspicue mihi videtur explicari posse lex 8. Nunc transeamus ad l. 20. eiusdem tituli.

Ad l. 20. & 22. eod.

L.20. Sicut emptio, ita & locatio sub conditione fieri potest.
1.§. Sed donationis causa contrahi non potest.
2.§. Interdum locator non obligatur, conductor obligatur. Veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei soluat.
L.22. Item si, pretio non soluto, inempta res facta sit. tunc ex locato erit actio.
1.§. Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est.
2.§. Cum insulam ædificandam loco, vt sua impensa conductor omnia faciat: proprietatem quidem eorum ad me transfert, & tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.
4.§. Quemadmodum in emendo & vendendo, naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere. & ita in locationibus quoque & conductionibus iuris est.

Sicut emptio venditio sub conditione fieri potest, *§.pen Instit. de empt. vendit.* Ita & locatio, quod proponitur initio legis 20. ad differentiam, vt arbitror, mancipationis, quæ fiebat per æs & libram, nec conditionem recipiebat, *l.actus, de reg.iur.* Item, vt subiicit: sicut emptio donationis causa fieri non potest, ita vt sit emptio, vtque nascatur obligatio empti venditi, actiove ex empto vendito, *l.36. & 38. de contrah.empt.* vt si pretium venditor faciat, ponat, quod non sit exacturus, quæ res non substantiam, sed colorem tantum & titulum venditionis habet, qui quæritur sæpe in fraudem legum, quæ quibusdam casibus donationes inhibent, vt quibus casibus non possunt donare, vendant, non exacturi pretium, id est, donationis causa, *l.5.§. circa, l. 8. §. si vxori, l. 49. de donat. int. vir. & vxori, l. vlt. C. Theodos. de Apostat. l. 58. Cod. Theod. de hæret.* Ita vero locatio donationis causa fieri non potest, vt ait in hac *l.20. & l.49. inf. h. tit.* Quod etiam dicitur ad differentiam emancipationis, quæ & donationis causa facta valebat, *l. vlt. C. de donat.*

Ad §. interdum.

Sequitur in §. 1. aliquando claudere locationem & conductionem, puta locatorem non obligari, conductorem solum obligari: vt si quis emerit fundum, vel seruum certo pretio, & pretium cauerit se soluturum intra diem certum addita lege commissoria, pacto commissorio, vt si ad diem non solueret pretium, res esset inempta; & præterea addiderit etiam hanc legem, vt interim donec pretium solueret, eam rem, eum fundum, eumve seruum conductum haberet certa mercede, vt in *l. seq.* & in *l. serui, sup. de peric. & comm. rei vend.* Hoc casu, si pretio non soluto ad diem, res fiat inempta secundum legem commissoriam, conductor locatori tenetur actione ex locato, vt præteriti temporis mercedem soluat, *l. seq.* locator autem non tenetur ex conducto, vt frui liceat, quia finita simul locatio, & emptio est, ad diem pretio non soluto. Et ita finis huius legis 20. est connectendus cum initio legis 22. siue continuandus, cum sit ex eodem libro Pauli. In eoque initio pro, *Item*, quæ menda est frequentissima in his libris, legendum, *id est*, alioquin manca & imperfecta & nullius sensus congrui est oratio, & extremo huius l. 20. & initio legis 22. Ideoque ita vno tenore est legendum continuata oratione. *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emptor fundum conducit, donec pretium ei soluat, id est, si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio.* suppleas: *non etiam retro erit actio ex conducto.* Atque ita obligatio locati conducti claudicabit. Idem vero, vt claudeat obligatio locati conducti, euenit in specie legis *qui fundum inf. hoc tit.* Si fundum colono locatum, alij legauero in testamento, heredi meo colonus non tenetur ex locato, vt fundum colat, quia nihil heredis mei interest, cum fundus alij legatus sit: heres tamen colono tenetur ex conducto, vt frui præstet legatario prohibente colonum, atque ita ex vno tantum latere locati conducti obligatio consistit. Post additur in §. 1. non tantum locationem esse, si quid fruendum detur, quo casu conductor est, qui quid faciendum accipit, & hic conductor, qui fruendum accipit, mercedem dat, locator autem, qui fruendum dat, mercedem accipit: sed etiam locationem esse, si quid faciendum detur, vt si domus ædificanda, si aliud quodcunque opus faciendum sit, vestis sarcienda aut polienda, si puer instituendus detur, quibus casibus conductor quidquid faciendum accipit, mercedem accipit: locator vero, quidquid faciendum dat, mercedem etiam dat. Et hoc præmisso subiicit Paulus in *§. cum insulam*, quum domus inædificanda locatur ea lege, vt conductor, id est, faber omnia sua impensa faciat, vt cæmenta, vt tigna, vt materiam omnem fabricæ necessariam de suo præbeat, etiam tum locationem esse. Quamuis quod videbatur obstare, eius materiæ dominium, quamuis materiæ suæ dominium tranferat in locatorem, vt *l. redemptores, de rei vindic.* Ratione ciuili & naturali, quia superficies cedit solo: quia superficies sequitur ius soli. non solet quidem locatio dominium mutare: sicut emptio venditio dominium mutare potest, locatio conductio dominium non solet mutare, *l. 42. h. t.* Sed si quando lege locationis id agetur, vt dominium mutetur, non ideo initium, & causa contractus, quæ vtique semper potissimum spectanda est, immutatur, vt *l. in naue, inf. hoc tit.* Idemque esse ex diuerso Paulus significat hoc loco, tametsi præcise admodum suo more, *si faber siue artifex*, vt ait, *non domum faciendam a locatore conduxerit, locatore ineunte contractum, sed vltro ipse locauerit operam suam ad domum ædificandam in solo alieno suis sumptibus, & conduxerit æque operam eius dominus soli certo pretio:* nam & hoc casu non venditio, sed locatio contracta intelligitur, vt ostendit etiam *l. 20. de cont. empt.* quia faber locat suam operam vltro, inrogatus, id est, faciendæ insulæ necessitatem. Corpus autem in quo faciat, proficiscitur a conductore, qui soli dominus est. Denique non in vna eademque specie fabrum & conductorem, & locatorem vocat, quod esset absurdissimum & sine exemplo, sed in alia specie conductorem vocat, quum quis scilicet fabro domum ædificandam dedit, cum quis fabrum adiuit, eique domum ædificandam dedit constituta certa mercede. In alia autem specie fabrum locatorem vocat, videlicet, quum faber ipse vltro operam suam detulit

detulit domino soli, si in eo ædificium poni vellet. Et breuiter res sic se habet, quod & demonstrabit lex 2. *ad leg. Rhod.* quæ est etiam ex hoc libro. Res sic se habet breuiter. Locator est, qui init, inchoat contractum, dans se vtendum, exhibensve operas suas, vel dans rem aliquam fruendam, vel dans opus aliquod faciendum: Conductor autem est, qui subsequitur & locatoris conditionem accipit, gratamve & ratam habet. Hæc est certa & perpetua definitio locatoris & conductoris, quam nosse magni interest, propterea quod locatori datur actio ex locato: conductori actio ex conducto, nec possis scire cui quæque actio detur, nisi scias quis proprie sit locator, quis conductor. Restat §. vlt.

Ad §. vlt.

IN hoc §. ostenditur, locationem conductionem in hoc etiam esse proximam & similem emptioni venditioni, quod in vtroque contractu liceat contrahentibus se circumscribere inuicem, & circumuenire. Idque naturaliter inquam, id est, ex natura ipsius contractus: ex substantia vt ait *l. 8. C. de rescind. vend. l. 17. §. pen. de minorib.* In emendo igitur & vendendo, item in locando & conducendo naturaliter, id est, ex natura contractus vtriusque, vel *ἐμπορικῶς* vt ait *Nou. 97. comme il se fait entre marchands*, licet contrahentibus se inuicem circumscribere, quod non est dolo malo se circumscribere, quæ res longe abesse debet a contractu bonæ fidei, *l. seq.* sed se circumscribere, est reipsa grauare se inuicem, puta, quod pluris est, emendo aut conducendo minoris, aut quod minoris est, vendendo, vel locando pluris: quod satagit etiam vterque semper in vtroque negotio. & ea fraus toleratur, modo non sit fraus immodica, quæ scilicet excedat modum ita iure definitum vt ne venditor, aut locator fraudetur supra dimidiam iusti pretij iustæve mercedis, id est, ne pretij, mercedisve nomine saltem minus dimidio ferat: denique si res digna sit 20. ne minus ferat quam 10. nam si 8. vel 9. duntaxat ferat ex conuentione, rescindi venditio potest, iuxta *l. 2. C. de rescind. vend.* quod & ante eam legem obtinuisse sup. quodam loco ostendi: non tantum dolus, sed etiam fraus immodica, & intolerabilis a contractu bonæ fidei abesse debet, *l. 3. in fi. pro soc.* Si dolus absit, si fraus immodica absit, ob quamlibet aliam fraudem, in quam venditor aut locator inciderit, indicando pretio, ponendo pretio, locatio venditiove rescindi non potest: certe nec ob fraudem immodicam, quam supra definiui, si quis amens, si quis stultus impenso & immenso pretio emerit: nam hoc beneficium ob immodicam fraudem rescindendæ venditionis omnes leges, omnes constitutiones dant venditori tantum, non stulto emptori: quod plenius docet obseruatio 16. cap. 18. & summus senatus aliquando probauit, potestque huic rei aptari, quod est apud Plautum in Mostellaria: *Si ædes male emptæ essent*, inquit, *nobis has haud redhibere liceret.* Male emere est magno & immenso pretio emere. Et inde illud Plinij in Epistolis: *Malam emptionem semper ingratam esse, eo maxime quod exprobrare stultitiam domino videatur.* His addamus, quod ita Seneca scripsit 5. Controuersiarum: *non possum domum habere, nisi hanc emero. nulla alia venalis est. Et hanc occasionem*, inquit, *videt venditor & premit, non tamen hanc emptionem rescindens, alioquin*, inquit, *in infinitum calumnia excedet.* Quod congruit etiam optime cum eo quod Paulus ait in hoc §. *vlt.* in emendo vendendo naturaliter esse concessum, quod pluris sit minoris emere, & quod minoris sit pluris vendere, & inuicem se circumscribere, id est, grauare, vt *l. 6. C. sol. matrim.* sine dolo malo tamen, vt *l. seq. & l. si quis adfirmauit, de dolo malo.* nam si ego persuasi tibi domum esse bene materiatam, vel quam aliam commoditatem in ea domo esse, quam tu magni facias, si hoc tibi persuadeam, atque inducam, vt magno emas, rescissioni plane locus est, non etiam, si dolus malus absit, etiamsi fraus adsit, modo non sit immodica ex parte venditoris. Et eodem modo lex 8. *C. de rescind. vend.* hoc animo, votoque ad emptionem venditionem emptorem accedere, vt viliore pretio emat, vt bene rem suam gerat: venditorem, vt cariore vendat, & tandem post multam cunctationem, vbi paulatim venditor detraxerit de pretio quod fecit, emptor vero adiecerit, vt conueniant in certum pretium. Ceterum id omni opera agit quisque, vt bene emat vel vt bene vendat, idque natura contractus exigit, cum in emptione venditione, tum in locatione conductione.

Ad l. 24. eod. loc.

L. 24. Si in lege locationis comprehensum sit, vt arbitratu domini opus adprobetur: perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset: idemque seruatur si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, vt arbitrium tale præstetur, quale viro bono conuenit, idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit. quibus consequens est, vt irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, vt ex locato agi possit.

1. §. Si colonus locauerit fundum: res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

2. §. Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit: potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus, vel inquilinus, cum eis statim agere.

3. §. Sed & de his, quæ præsenti die præstare debuerunt, velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent, agere similiter potest.

4. §. Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennij nomine statim recte aget: etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo, vel tertio anno patietur fundo frui: nam & qui expulsus a conductione, in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit, & quantum per singulos annos compendij facturus erat, consequetur. Sera est enim patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, alijs rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde pœnitentiam agit, omniaque colono in integro sunt: nihil ex obligatione, paucorum dierum mora minuit. Item vtiliter ex conducto agit is, cui secundum conuentionem non præstantur, quæ conuenerant: siue prohibeatur frui a domino, vel ab extraneo quem dominus prohibere potest.

5. §. Qui in plures annos fundum locauerat, testamento suo damnauit heredem, vt conductorem liberaret. Si non patiatur heres, eum reliquo tempore frui: est ex conducto actio. Quod si patiatur, nec mercedes remittat: ex testamento tenetur.

REstat ex hoc libro 34. vt exponamus *l. 24. loc. cond.* cuius explicabo tres quæstiones, & primam potissimum, quæ (quod possim liquido affirmare) male accepta est ab interpretibus. Quidam locauit tibi opus faciendum, & diem præstituit intra quem faceres, adiecta lege siue pactione, vt opus quod fecisses, arbitratu suo approbaretur, & cum approbatum esset, tum demum, vt tibi certa merces solueretur. Quod in locationibus publicorum operum, vel tacite semper obseruatur. Denique vt opus publicum Coss. vel censores vel Ædiles, vel Prætores, cum effectum, inspicerent, vt probarent, opus scil. quod faciundum locassent, vbi id perfectum esset. Et inde caput legis Iuliæ repetundarum, nimirum, vt proponitur in *l. 7. §. illud, ad l. Iuliam repetund. ne in acceptum feratur opus faciendum probandum, frumentum publice dandum, præbendum, sarta tecta tuenda, antequam perfecta, probata, præstita lege essent.* Sic illo loco perspicue esse legendum iam pridem ostendi. Aliter Budæus legerat, & quidem perperam: qui & illo loco, quod miror, etiam perperam, probare opus, ait, esse conductoris siue redemptoris, qui opus faciendum suscepit, non locatoris. Refragatur hæc lex *& l. 51. §. vlt. hoc tit. & l. 77. pro soc.* quæ aperte ostendunt, lege vulgari locationis

probationem operis pertinere ad locatorem, qui opus faciundum locauit. Et quod Titus Liuius lib. 4. *Censores*, inquit, *villam publicam in campo Martio probauerunt*, quam scil. faciendam locauerant. Et aperte M. Tull. in prætura vrbana alloquens prætorem: *Probatio operis*, inquit, *futura est tua, qui locas*. Et antiquæ etiam inscriptiones: in quibus sæpe legitur, *censores, aut consules, aut duo viri iuri dicundo faciundum cœrauerunt*, procurauerunt, *eidemque*, id est, iidemque, *probauerunt*. Hæc autem lex locationis, quæ in hac lege proponitur, vt opus probetur, vbi factum erit arbitratu domini id est, locatoris, non est accipienda de arbitrio suo, de arbitrio pleno & soluto ipsius locatoris, sed de arbitrio boni viri, vt Paulus ait, non est accipienda de profuso arbitrio, sed de arbitrio æquo. Sic Liuius vocat arbitrium boni viri, arbitrium æquum, quod viro bono conuenit, idque bona fides exigit, quæ in hoc contractu consideratur. Eademque ratione idem obtinet, id est, hæc interpretatio arbitrij valet semper in omnibus contractibus bonæ fidei, imo & in legatis & fideicommissis, *l. 22. de reg. iur. l. 7. de contrah. empt. l. 1. de leg. 2. l. 43. de leg. 3. l. 5. de alim. leg.* Et addit Paulus hoc loco, idem seruari, eandemve interpretationem adhiberi, si in lege locationis non domini, sed extranei cuiuslibet arbitrium comprehensum sit, puta *vt arbitrio Lucij Titij opus probaretur*. Namque & hoc modo probatio operis collata videtur in arbitrium boni viri, non in quodcunque arbitrium Lucij Titij. Et de hac specie, id est, de probatione operis collata in arbitrium extranei, quæ sequuntur omnia in hac lege accipienda sunt, non de ea, quæ confertur in domini siue locatoris arbitrium. Quod si Accursius & alij omnes interpretes animaduertissent, statim sensum huius legis assecuti fuissent: sed, quæ sequuntur omnia, etiam repugnante ratione accommodant ad arbitrium probandi operis, collatum in dominum siue locatorem. Posset dominus diem, quam dixit, diem præstitutam operi faciundo, vt posui initio, prorogare. Quidni? Prorogare mancipi, conductori, fabro operis, vel fabro ædium, vt eleganter Gellius dixit *fabros ædium*, pro: οἰκοδόμος. Dominus igitur proculdubio diem, quam dixit operi faciundo, prorogare potest: extraneus autem, cuius arbitrio, vt opus approbaretur, lege locationis dictum est, diem prorogare non potest, nisi id ipsum lege locationis nominatim comprehensum sit, vt *l. 113. de verb. oblig.* nam illa sola verba, *vt opus approbetur arbitrio L. Titij*, ad qualitatem tantum operis, veluti bonitatem, aut diuturnitatem probandam vel improbandam pertinent, non etiam dant facultatem L. Titio prorogandi diem præstitutam operi faciundo. Et ita hæc pars tantum accommodari potest ad arbitrium operis probandi, collatum in personam extranei: Itemque pars, quæ sequitur. Domini probatio, si nihil læderet conductorem, non esset irrita, etiamsi forte opus esset vitiosum, vnusquisque iuri suo potest renuntiare. At extranei probatio irrita est, si eam non fecerit ex fide bona, vt virum bonum decet in rem vtriusque contrahentis, sed eam probationem fecerit iniquam & prauam, forte dolo malo conductoris corruptus, & inductus atque persuasus, vt faceret prauam. Itaque huic probationi extranei, quam fecit dolo conductoris, locator non stabit, sed salua nihilominus ei erit actio ex locato aduersus conductorem, vt opus omni ex parte integrum tradat, nec cogetur, si prauum L. Titij fuerit arbitrium, opus vitiosum, quod conductor fecit in acceptum referre: nam, vt ex prætura vrbana Ciceronis intelligitur, vbi opera perfecta & probata erant, in acceptum referebantur. Conductor scilicet liberabatur per acceptilationem. Et ita prima pars huius legis accipienda est. Sequitur §. 1.

Ad §. 1.

Colonus, qui a domino fundum colendum & fruendum conduxerat certa mercede, eundem fundum alij locauit. nemo prohibetur quod conduxit alij locare; *l. nemo, C. de loc.* quoniam conductori frui licet: & frui videtur, qui alij locat. Hoc autem casu inuecta, illata, importata in fundum a domino locatum, a priori, vel a posteriori conductore, domino mercedis, pensionis nomine pignori obligata non sunt, nisi id expressum sit nominatim. At fructus, id est, fundi locati tacito iure pignoris pro pensionibus domino tenentur. Et hoc est, quod ait, *Res posterioris conductoris domino non obligari*, res posterioris conductoris, quas scilicet intulit in fundum domino non obligari, sicut nec, vt in extremo ait, res prioris: sed fructus in causam pignoris manent, quod confirmatur etiam *l. 53. hoc tit. & l. in prædijs, inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. cont. & l. 3. §. 1. de admin. rer. ad ciuit. pert.* Et obseruandum, hoc tantum dici de colono, qui conduxit prædium rusticum: Nam in inquilino, qui conduxit prædium vrbanum, aliud seruatur, quandoquidem, quæ inquilinus intulit, inuexit in domum conductam, tacite sunt obligata pro mercede domus, quia huius prædij nulli sunt fructus, quia prædium vrbanum nullos fert fructus, qui possint esse pignori. Itaque necesse est, vt inuecta, illata pignori sint, etiamsi id non conuenerit nominatim. In prædio rustico satis abundeque est locatori, si in eo prædio nata, si fructus ibi nati pro mercedibus tacito iure pignori ei obligata censeantur, vt *l. 4. in princ. de pact. l. solutum §. solutam, de pignor. act. §. item Seruiana, Instit. de actionib.* Et hæc differentia inter colonum & inquilinum, quod ad variam causam taciti pignoris est certissima & notissima omnibus.

Ad §. si domus.

Locata domo *in quiquennium*, vel fundo locato similiter *in quinquennium*, si inquilinus deserat habitationem, vel si colonus *culturam* deserat, *Coloniam*, vt loquuntur, *deserat ante quinquennium*, dominus cum eo statim agere potest est locato de pensionibus totius quinquennij, de pensionibus omnium annorum, vt eæ sibi præstentur, non expectato fine quinquennij. Et hoc si sine iusta & probabili causa, vel inquilinus habitationem, vel colonus coloniam deseruerit, *l. 55. §. vlt. inf. hoc tit.* Et e contrario quoque, si colono frui non liceat, si inquilino habitare non liceat per locatorem, totius quinquennij nomine statim colonus, vel inquilinus cum locatore agere potest, vt in §. seq. ostenditur, nisi (eadem est addenda exceptio) locator habuerit iustam causam eum expellendi a conductione, quales recensentur quædam in *l. 3. C. de loc.* Verum huic sententiæ Accursius obiicit *legem 1. §. si pensio, de migr.* vbi ostenditur, colonum aut inquilinum, si migrare velit, id est, deserere habitationem, & alio se conferre, interdicto de migrando hoc consequi, vt sibi auferre liceat, quæ in domum conductam intulit, inuexit, importauit, oblata locatori mercede, quam debet. an mercede totius temporis in quod conduxit domum? Non, inquit: non est necesse, vt sua habeat vel auferat, quæ intulit in domum conductam, vt offerat pensionem totius temporis, sed eius tantum temporis, quo habitatione fruitus est, nisi, inquit, specialis conuentio facta fuerit inter locatorem & conductorem, ne ante tempus recederet, quoniam hoc casu totius temporis mercedes debet, si emigrat ante tempus. ergo mercedum totius temporis nomine inuecta & illata pignoris iure a locatore retineri possunt. Hic §. non exigit specialem conuentionem. Et sane videtur tantum specialis conuentio necessaria esse, ne interdicto de migrando auferat, quæ intulit, si migrare velit ante tempus, sed non etiam, vt liberetur pro rata temporis, quo non habitat in domo conducta. Denique, vt nisi specialis conuentio interueniat, vt pignus tacitum soluatur commigrante ante tempus, sed sortis obligatio, vt non soluatur. Proinde, vt etiamsi specialiter non conuenerit, ne recederet ante tempus, vt mercedem debeat totius temporis, & præteriti & futuri. Præterea additur in hoc §. colono vel inquilino migrante ante tempus conductionis,

conductionis, dominum etiam posse agere de iis, quæ præstare debuit colonus. aut inquilinus præsenti die, non futura die; futuri temporis pensionem debet, sed quæ præstare tantum debuit præsenti die, ea tantum præstare debet: veluti si lege locationis cautum fuerit, vt aliquid reficeret, si id reficere debuerit eo die, quo migrauit, agi cum eo potest ex locato vt reficiat, vel etiam si lege locationis cautum fuerit, vt propagationes faceret vitium, vel arborum, quod nemo non intelligit, Accursius non intellexit, propagationes, id est, plantationes inquit. Si igitur lege locationis cautum fuerit, vt colonus propagationes faceret vitium, vel arborum, vel vt rumpos traduceret, sic vocantur traduces vitium vel arborum, qui a summo pendent. Rumpi traducuntur a summo: propagationes fiunt in imo. hoc quoque si facere debuit eo die, quo migrat vel ante eum diem, de eo locator cum eo experiri potest actione ex locato.

Ad §. Colonus.

Sequitur vt exponamus §. *colonus*. Iam didicimus ex superiore §. quod & nunc repetere necesse habemus, vt id connectamus cum hoc §. Si colonus locato fundo, vel locatis ædibus in quinquennium, vt fieri solebat, deseruerit, dereliquerit coloniam, vel habitationem sine iusta & probabili causa, cum eo statim de mercedibus totius quinquennij ex locato agi potest. statim, inquit, ergo non expectato fine quinquennij, si iusta colono vel inquilino fuerit recedendi causa, præteriti tantum temporis, quo inhabitauerit, mercedem debet, non reliqui temporis. Et iusta vtique inquilino est recedendi siue migrandi causa, iustus metus ruinæ, forte quod post locationem ædes in vitium inciderint. Iusta etiam est causa, si vicino ędificante, lumina ædium conductarum obscurentur, vel si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat, quæ omnia ostenduntur in *l.27.§.vlt.l.55.§.vlt.hoc tit.l.inquilino,& l. seq. de damno infecto*: & in *l. proxim. §. si vicino, hoc tit.* Vbi igitur iusta est causa derelinquendæ habitationis, conductor præteriti tantum temporis, quo fruitus fuerit re conducta, pensionem debet. Dices, quod & supra obiiciebam: imo etsi sine iusta causa intra tempus conductionis inquilinus migrauerit, videtur non aliter sequentis temporis, non aliter totius temporis pensionem debere, quam si specialiter conuenerit, ne intra tempus conductionis emigrare liceret, qualis conuentio proponitur etiam in *l.54.§.inter, hoc tit.* Et hanc specialem conuentionem exigit diserte lex 1. §. *si pensio, de migrando.* Verum quod etiam sup. ostendi, nunc dicam explicatius, in illa *l.1. §. si pensio,* agitur tantum de pignoribus, puta de inuectis & illatis, introductis, importatis in ædes conductas, de pignoribus abducendis, interdicto de migrando, cum emigrat inquilinus, ne vis ei fiat, quo minus eas res abducat, quamuis sint obligatæ pensionis nomine, quas etiam locator retinere non potest ob pensiones sequentis temporis, *nisi*, vt ait, *specialis illa conuentio facta fuerit de non migrando intra tempus locationis.* Nos autem hic agimus non de pignoribus, quæ pensionum nomine nexa sunt, sed de sorte ipsa pensionum totius temporis, quæ petitur actione ex locato, & iure exigitur, etiamsi specialis illa conuentio non interuenerit, videlicet, quum inquilinus sine iusta & probabili causa migrat ante tempus expletum; facilius tollitur pignus tacitum, quam obligatio principalis, quæ ex contrahentium voluntate expressa ducit originem. At præterea obiter notandum est in *d. §. si pensio*, cum eo, quod Labeo dixerat, si pensio nondum debeatur, interdictum de migrando cessare, nisi inquilinus paratus sit eam pensionem soluere: cum, inquam, ex eo ille paragrapho infert statim, *proinde*, inquit, *si semestrem soluit, semestris debeatur, nisi soluerit & sequentis semestris.* Illo loco plusquam manifestum est ex propositione, quæ præcedit, illatio enim omnis est accipienda secundum propositionem præcedentem: illo inquam loco legendum esse, *proinde si semestrem soluerit, & semestris nondum debeatur.* Et iis cognitis nunc notandum est ex hoc §. *colonus*, ex contrario quoque fundo locato in quinquennium, si colonum frui dominus non patiatur, totius quinquennij nomine statim, hoc etiam loco ait, *statim*, cum domino ex conducto quanti interest conductione perfrui, agi posse. videamus, an in solidum, an quod Accursius notat hoc loco, deducto commodo, quod iam ex conductione colonus deduxit? ita, vt dixi, censet Accursius. Verum mala fides locatoris, qui contra conuentionem non patitur colonum frui, non admittit hanc deductionem. Et lex etiam ait, plane locatorem teneri totius quinquennij nomine, nec quicquam deducendum esse ait. Ac ita præterea lex *si constante §. quotiens, sol. matrim.* qua nititur Accursius, contra Accursium potius facit: namque ait, maritum, qui inops fieri periclitatur, si non satisdet mulieri, sed dotem sua die redditurum, puta annua, bima, trima, die, cum potest satisdare: si, inquam, mala fide, si maligne cum potest satisdare de dote reddenda sua die, nolit satisdare, ob eam rem ait, maritum statim damnari in solidum, non deducto commodo medij temporis, vt statim repræsentet dotem. Sic etiam dicam, quum agitur ex conducto in locatorem, quod mala fide contra conuentionem colonum frui prohibeat, eum debere damnari in solidum sine vlla deductione. Verum addenda est eadem exceptio, quæ addita est in specie superioris §. nisi dominus siue locator habuerit iustam causam prohibendi, aut expellendi colonum. Iusta causa est, si biennio colonus pensionibus non paruerit, & fundum, vt oportet non coluerit, *l. 54. §. pen. inf. hoc tit.* vel si fundum deteriorem fecerit, quæ iusta est etiam causa expellendi coloni, inquilini *l.3.C.eod.tit.* si colonus deteriorem fundum fecerit, hæc est satis idonea causa expellendi eius, *d.l.3.* Et in Epistolis Symmachi, Si inquit, *horreis conductis, ita abusus fuerit, vt iisdem labem consulto intulisse dicatur.* Alioquin, dominus qui colonum frui prohibet, quive colonum expellit sine iusta causa, statim colono tenetur in id quod interest, etiamsi sequenti tempore eum frui patiatur, id est, si offerat se passurum. Quid enim, si res non sit integra, quum id offert? Quid si expulsus aut prohibitus semel colonus iam se in aliam coloniam contulerit, nec possit sufficere duabus? id est, non possit duos fundos colere? Hoc igitur casu statim totius temporis nomine cum locatore colonus agere potest ex conducto, etiamsi locator offerat, se deinceps passurum, vt colonus fruatur: statim, inquam, totius quinquennij nomine cum domino agere potest ex conducto, quanti interest, puta, vt si pensiones colonus totius temporis prorogauerit, eæ reddantur, vel pro portione temporis, quod ab eo die fluxerit, quo frui prohibitus est, vel si pensiones non prorogauerit, vt remittantur. Ac præterea, quantum per singulos annos ex conductione lucri facturus erat, vt ei præstetur: Nam & lucri ratio habenda est, vt *l. 8. 18. & 33. hoc tit.* Et vt eleganter ait Paulus, sera est patientia locatoris quam offert eo tempore, quo colonus alij coloniæ se addixit, quo sensu *colonia* sæpe accipitur in his libris. Et apud Senecam in pręfatione declamationum: *Intra coloniam*, inquit, *meam me continui*, id est, intra rus meum. At si paucis tantum diebus locator colonum frui prohibeat, & mox pœnitentia actus eum patiatur frui, omni iure adhuc colono integro, illæso, imminuto, id est, si coloni nihil propter eam moram intersit, vt *l. 135. §. Seia, in fine, de verb. oblig.* tunc mora illa paucorum dierum non nocebit locatori, nec quidquam deminuet de mercedibus, de quibus inter eum & colonum conuenit: mora, inquam, quod notandum, mea, quæ aduersario meo non nocet, mihi etiam non nocet. Hoc valde notandum. Quod autem dictum est in superiori §. recte locatorem agere ex locato intra tempus conductionis, discedente conductore, de iis quæ præsenti die, quo discessit, præstare debuit: vt si opus aliquod efficere debuit ex conuentione, ex lege locationis, si propagationes vitium vel pomorum facere debuit ex

lege locationis: Ita in hoc §. subiicit Paulus, recte etiam colonum, qui frui prohibetur, agere ex conducto de iis, quæ secundum conductionem locator præstare debuit, vt in *l.* 15. *in princ. hoc tit.* Et postremo ait, nihil interesse, dominus colonum frui prohibeat (hæc omnia, quæ dico sunt in vsu hodie) an extraneus, quem dominus prohibere, ne id faciat, possit: quoniam vtroque casu dominus colono tenetur, quanti eius interfuerit frui, vt *l.* 33. *inf.* Et huic loco coniungenda est omnino lex 189. *lex facere, de ver. sig.* quæ est ex eodem Pauli libro.

Ad l. 189. De verb. sign.

Facere oportere, & hanc significationem habet, vt abstineat quis ab eo facto, quod contra conuentionem fieret: & curaret ne fiat.

QVum agitur facere oportere aduersus locatorem, aio *te mihi facere oportere*, vel quod semper coniungebatur, etiamsi facere tantum, non dare quicquam locator deberet, *aio te mihi dare facere oportere*: nam intelligitur disiunctio *dare vel facere oportere*, vt in actione, ope consilio tuo furtum factum esse aio, subintelligitur etiam disiunctio. Quum ergo conductor agit aduersus locatorem, facere *oportere*, sunt verba formulæ, vel actione, ex conducto scilicet, vel actione ex stipulatione *frui licere*, non in hoc solum agi, vt abstineat locator ab eo facto, quod contra conuentionem ipse facit, sed etiam vt curet, ne alius faciat, ita vt his verbis non abnutiuum tantum significetur, quod Vlpianus dixit de stipulatione habere licere inter emptorem, & venditorem, quæ est similis stipulationi frui licere inter locatorem & conductorem in *l. inter stipulantem,* §. 1. *de verb. oblig.* sed etiam his verbis significetur adnutiuum, id est, vt curet ne quis alius, ne procurator, ne emptor, cui forte fundum locatum intra tempora locationis vendiderit: ne, inquam, procurator suus, ne emptor colonum frui prohibeat, vt in *l. seq.* 25. §. 1. Restat tantum quod est in §. vlt. huius leg.

Ad §. vlt. legis 24.

POnit §. vlt. huius legis, locatorem fundum locasse in plures annos, id est, in plures quam quinque: nam priuati solebant prædia sua locare in quinquennium, in lustra, & sunt huius rei innumera exempla in his libris. Idque faciebant exemplo Censorum & Consulum, qui etiam publica locabant in quinquennium. Vnde illud Ouidij de Ponto:

> *Nunc longi reditus hastæ supponere lustri*
> *Cernat: & exacta cuncta locare fide.*

In plures igitur annos hoc loco, vt & lege 32. l. 60. in pr. *hoc tit.* id est, in plures quam quinque, vt & hoc loco Siculi Flacci de limitibus agrorum: *alij*, inquit, *per singula lustra locare solent, alij in plures annos.* Nunc finge: locator qui fundum locauerat in plures annos, damnauit heredem suum, vt colonum liberaret conductione: heres tenetur actione ex testamento, vt colono pensiones futuri temporis, atque etiam reliqua pensionum præteritarum, plenius accepta testatoris voluntate, quemadmodum dicitur in *l. in testamentis, de reg. iuris*, plenius esse interpretandas testantium voluntates, vt inquam, ea omnia remittat colono: hoc vt dixi, consequitur actione ex testamento iure legati. Actione autem ex conducto iure conductionis colonus consequitur, quia obligatio sequitur heredem locatoris, si heres colonum frui prohibeat, vel alius quem heres cohibere possit, consequitur vt colono præstet quanti interest, *l. si ei cui fundum, cum duabus seqq. de liberat. leg.* Atque ita fit hoc casu, vt claudat obligatio locati & conducti: Namque conductor non tenetur actione ex locato. heres locatoris tenetur actione ex conducto duplici actione vt dixi, actione ex testamento, & actione ex conducto. Idemque seruatur, si locator colono vsumfructum fundi legauerit, *l.* 30. §. 1. *de vsuf. leg.* Quo casu actione ex testamento colonus vsumfructum vindicat sibi legatum: actione autem ex conducto consequitur, vt sibi pensiones remittantur: consequitur etiam impensas, quas in culturam fundi fecit, *l. quotiens* §. *si colono, de vsufr.* In culturam, inquam fundi, vt si pastina instituit in fundo, quæ impensa vtilissima est, & consequitur actione ex conducto, vt ea sibi impensa restituatur, quæ, vt dixi, facta est in culturam fundi: nam aliud dicendum est de impensa facta fructuum quærendorum, colligendorum, percipiendorum causa: hæc enim impensa compensatur cum fructibus, *l. 3. de impens. in res dot. fact.*

Ad l. 2. ad leg. Rhod. de iactu.

Si laborante naue, iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locauerant, ex locato cum magistro nauis agere debent: is deinde cum reliquis quorum merces saluæ sunt, ex conducto, vt detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Seruius quidem respondit, ex locato agere cum magistro nauis debere, vt ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni præstent. Imo, etsi retineat merces magister, vltro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: Quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non totam nauem conduxerit, ex conducto aget: sicut vectores, qui loca inanem conduxerunt: Æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sint, vt merces suas saluas haberent.

1. §. *Si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, aut si quid exarmauerit: nulla facienda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ nauis gratia parentur, & earum pro quibus mercedem aliquis acceperit: Nam & si faber incudem, aut malleum fregerit: non imputaretur ei, qui locauerit opus. sed si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum, id detrimentum factum sit: hoc ipsum sarciri oportet.*

2. §. *Cum in eadem naue varia mercium genera complures mercatores coegissent, prætereaque multi vectores serui, liberique in ea nauigarent, tempestate graui orta necessario iactura facta erat. Quæsita deinde sunt hæc, an omnes iacturam præstare oporteat, & si qui tales merces imposuissent, quibus nauis non oneraretur, velut gemmas, margaritas, & quæ portio præstanda est: & an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri possit. Placuit, omnes, quorum interfuisset iacturam fieri, conferre oportere: quia id tributum obseruatæ res deberent. Itaque dominum etiam nauis pro portione obligatum esse. Iacturæ summam pro rerum pretio distribui oportet. Corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse. Ex conducto dominos rerum amissarum, cum nauta, id est, cum magistro, acturos. Itidem agitatum est, an etiam vestimentoram cuiusque & annulorum æstimationem fieri oporteat. Et omnino visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent: quo in numero essent cibaria, eo magis, quod, si quando ea defecerint in nauigationem, quod quisque haberet, in commune conferret.*

3. §. *Si nauis a piratis redempta sit: Seruius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere, aiunt. Quod vero prædones abstulerint: eum perdere, cuius fuerint, nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.*

4. §. *Portio autem pro æstimatione rerum, quæ saluæ sunt, & earum, quæ amissæ sunt, præstari solet. Nec ad rem pertinet, si hæ, quæ amissæ sint pluris veniri poterant: quoniam detrimenti, non lucri fit præstatio; sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, æstimatio debeat haberi, non quanti emptæ sint, sed quanti venire possunt.*

5. §. *Seruorum quoque, qui in mare perierunt, non magis æstimatio facienda est, quam si qui ægri in naue decesserint, aut aliqui se præcipitauerint.*

6. §. *Si quis ex vectoribus soluendo non sit: hoc detrimentum magistri*

magistri nauis non erit: Nec enim fortunas cuiusque nauta excutere debet.

7. §. *Si res, quæ iactæ sunt apparuerint: exoneratur collatio. Quod si iam contributio facta sit, tunc hi, qui soluerint, agent ex locato cum magistro, vt is ex conducto experiatur, & quod exegerit reddat.*

8. §. *Res autem iacta domini manet, nec fit adprehendentis: quia pro derelicto non habetur.*

EX lib. 34. ad edictum restat vna lex tantum, sed prolixa satis. Ea est lex 2. ad l. Rhodiam de iactu. Nemo est, qui nesciat in initio constituendæ Reip. populum Romanum leges petiisse a Græcis ciuitatibus, veluti, Atheniensium, Lacedæmoniorum, Thuriorum, qui erant in magna Græcia, & aliis, repetiisse scilicet, non accepisse quasi datas sibi dictasue a Græcis, nempe quibus vteretur in ceteris omnibus negotiis, præterquam nauticis, quæ populus Roman. nondum exercebat, disceptandis, & diiudicandis. Postea vero quam rei nauticæ operam dare cœpit, quod contigit primo bello Punico, vt Polybius scribit libro 1. etiam de rebus controuersiisque nauticis leges petiit a ciuitate Rhodiensi, cuius εὐνομία, vt Strabo ait, καὶ ἡ ἐπιμέλεια πρός τε τὴν ἄλλην πολιτείαν καὶ πρὸς τὰ ναυτικά, vetustissima, & & nominatissima erat, & secundum eas quoque Rhodiensium leges, vt est in *l. 9. hoc tit.* Augustus censuit de rebus, de negotiis nauticis controuersias finiendas & dirimendas esse, vbi deficerent leges populi Rom. sicut nostri principes censent, controuersias iure ciuili populi Romani dirimendas esse, vbi deficit ius proprium ciuile. Exstant autem leges Rhodiæ de negotiis nauticis complures libro 53. Βασιλικῶν. *tit.* 8. Verum non illæ vetustissimæ, sed nouissimæ quædam. Ex vetustissimis habemus tantum illam, quam retulit M. Tullius ad Herenn. nisi forte fictitia est, vt moris est Retoribus plerasque fingere, vt si qua rostrata nauis, quæ est nauis militaris, in portu deprehensa sit, publicetur: & illam de qua potissimum agitur in hoc titulo: vt si orta graui tempestate, ventorumve & imbrium procella onustæ nauis leuandæ, seruandæ, communisque periculi amouendi causa, quarundam mercium iactura facta sit, vt damnum illud dominis iactarum mercium omnium contributione, & collatione sarciatur pro rata, quorum res siue merces beneficio iacturæ saluæ sunt. Qua de re, id est, de contributione illa facienda, nullam quidem domini proiectarum mercium cum reliquis vectoribus, quorum merces saluæ sunt, nullam cum illis actionem habent, quia nullum cum eis negotium contraxerunt: nullam, inquam, eo nomine, vt sibi damnum sarciatur pro rata, cum reliquis vectoribus actionem habent, nisi scilicet reliqui vectores sine iusta causa, iusto metu, aut nisi dolo malo eorum merces proiecerunt suarum seruandarum causa: eo enim casu haberent actionem in factum, aut de dolo, vt *l. 14. in princip. de præscript. verbis*, sed habent actionem cum magistro nauis, ex obligatione locati & conducti. Et cum eo igitur, vt contributionem fieri curet, agere debet ex ea obligatione. Quo argumento satis patet, nullam dominos amissarum mercium in reliquos vectores actionem habere: si quam enim haberent, frustra magistrum nauis compellerent cum reliquis vectoribus experiri, quod eum facere compellunt, vt Paulus ait in hac lege. Et inepte igitur Accursius, qui & cætera omnia legis non intellexit, dat dominis iactarum mercium aduersus reliquos actionem negotiorum gestorum, quia nec ipsi vltro proiecerunt merces suas, vt alias seruarent, sed de communi consilio & decreto omnium, vt est in legis Rhodiæ nouellæ cap. nono. Iacturam illam magister, aut cæteri & omnes faciunt, aut si domini ipsi faciant de sententia omnium, mandati potius videntur habere actionem aduersus ceteros, quam negotiorum gestorum, qua tamen nec agere possunt, qui a nec mandati contrahendi animus fuit. Verum quamuis domini amissarum mercium nullam actionem habeant aduersus ceteros vectores, ex obligatione tamen locati & conducti habent actionem

Paul.

aduersus magistrum nauis. At quam actionem? Hæc est quæstio legis, vtrum actionem ex locato, an actionem ex conducto. Hæc datur conductori, illa locatori. Et ideo Paulus distinguit hoc loco in hunc modum: aut domini iactarum mercium merces suas vehendas dederunt, locauerunt: locare significat dare: conducere significat accipere: aut, inquam, domini iactarum mercium merces suas vehendas locauerunt, aut nauem conduxerunt, id est, acceperunt fruendam, partemve nauis, aut locum certum nauis. Dicamus de priore casu. Hoc casu, quia domini iactarum mercium locatores sunt, habent actionem ex locato aduersus magistrum nauis, qui merces vehendas conduxit in hoc, vt ex conducto agat cum ceteris vectoribus, qui etiam ei sarcinas aut merces suas vehendas locauerunt, condemnetque eos pro rata sarcire damnum iacturæ dominis iactarum mercium, ita vt damnum fiat commune, cuius & ipsi domini mercium iactarum pro rata partem sentiant. Alioquin non esset damnum commune. Denique domini iactarum mercium agunt ex locato cum magistro nauis, vt is agat ex conducto cum ceteris conductoribus vectoribus, qui sarcinas aut merces suas vehendas locauerunt, compellatque eos portionem damni præstare, quod & alias sæpe fit, nimirum, vt actor reum cum alio agere cogat, & in hoc tantum cum reo agat, vt reus cum alio agat, hac formula, *facere oportere*, vt *l. Iulianus §. pen. de act. empt. l. cum in plures §. messem, loc. l. 6. in fine, de opt. leg. l. si sic legatum §. vlt. de legat.* 1. Igitur magiter nauis compellentibus dominis iacturam mercium sarcire, agere debet ex conducto cum ceteris vectoribus, qui & ipsi merces aut sarcinas vehendas locauerunt. Ita est: sed qua actione agere debet cum ceteris vectoribus qui nullas merces, nullas sarcinas vehendas locauerunt, qui nullas merces habent, aut sarcinas, sed habent tantum gēmas aut vestes pretiosas, aut margaritas aut annulos, quæ res nō sunt sarcinæ: non sunt merces quia non onerant nauem: & earū tamen rerū nomine ij vectores in damni contributionem venire debent, in συμβολήν, §. *cum in eadem*, in hac lege. Et ideo domini iactarum mercium agentes ex locato, sicut diximus, compellent magistrum nauis, vt & ipse cum hisce vectoribus, qui nullas sarcinas habent aut merces, agat. Qua actione? non ex conducto, vt cum vectoribus qui merces, aut sarcinas habent: sed ex locato: quoniam ij, non merces aut sarcinas, quas nullas habent, vehendas locauerunt: magister etiam, non conduxit vehendas, sed iis magister locauit certum locum nauis, ipsi conduxerunt. Et ideo magistro tenentur, qui locator est, non conductor, non ex conducto, sed ex locato, vt portionem damni agnoscant & præstent, vt dent symbolam. Denique cum iis, qui merces aut sarcinas vehendas locauerunt, magister, qui vehendas & perferendas eas conduxit, de symbola, de collatione, contributione agit ex conducto: cum iis autem, qui nihil vehendum locauerunt, sed quibus conducentibus magister nauis loca quædam locauit, eadem de re agit ex locato, quasi locator cum conductoribus. Et hos quidem vectores hac sola via, id est, per actionem ex locato compellere potest ad contributionem damni. Illos autem vectores, qui merces aut sarcinas vehendas locauerunt, duplici via ad id compellere potest, per actionem ex conducto, vt diximus, atque etiam, vt Seruius respondit, quod hic Paulus refert, per retentionem sarcinarum, aut mercium. Itaque domini iactarum mercium cum magistro agunt ex locato, vel vt magister agat cum ceteris vectoribus, qui merces habent, actione ex conducto, vel vt eorum merces retineat, & cum ceteris, qui merces non habent, agat ex locato. Vbi autem & retentioni locus est, vt hic admonet Paulus, quod notandum maxime, commodius est sane retentione vti, quam actione experiri: quoniam, vt est in regula iuris fauorabiliores sunt rei, quam actores. Adiice & aliam regulam iuris, quia plus cautionis in re est, quam in persona. Vnde generaliter Doctores statuunt recte, vbi ad creditorem quædam res debitoris peruenerunt, commodius

creditorem ad ius suum peruenturum, si eas retinuerit, quam si aduersus debitorem egerit actione in personam. Vnde liquet posse creditorem retentione rerum debitoris vti, vt suum consequatur, & seruet sibi. Quidni? At quid dicemus de vectoribus, de quibus nondum quicquam diximus, quorum merces gratis vehendas magister suscepit, non contracta locatione conductione: vel quid de iis, qui nullas merces habent, quos magister vexit gratis? Et primum quidem manifestum est eos, qui merces habent, per earum retentionem ad contributionem compelli posse. At quid fiet iis, qui merces aut sarcinas non habent, sed margaritas habent, gemmas, annulos, quorum seruatorum ratione & eos quoque conferre æquum est? Et vt meum iudicium est, ij compelli possunt ad contributionem, actione in factum prętoria, quæ omnium actionum est extrema. vbi æquum est actionem dari, hæc nunquam non suppetit. Hactenus de priore casu, de priore parte distinctionis, videlicet quum domini iactarum mercium merces vehendas locauerunt. Nunc dicamus de posteriore casu, id est, quum domini iactarum mercium locante magistro nauem conduxerunt. Vbi rursus ita distinguendum est: aut totam nauem conduxerunt fruendam: & tunc non possumus dicere id quod diximus supra cum magistro agi posse, vt cum cæteris agat ex locato, vel ex conducto, vel vt cæterorum merces retineat, quia cum nullis aliis magister contraxit, quandoquidem illis totam nauem locauit, qui tamen si alios admiserint in nauem, quorum merces vehendas conduxerint, vel quibus loca in naue locauerint, iactis suis mercibus, & illorum mercibus saluis, proculdubio cum iis experiri possunt, vt conferant pro rata, actione ex locato, vel ex conducto, vel si nulla merces interuenerit, in factum, vt dixi: Aut, (hæc est altera pars huius subdistinctionis) non totam nauem domini iactarum mercium, sed certa loca in naui conduxerunt, in quibus merces suas collocarent, quas postea in mare iactare coacti fuerint nauis leuandæ gratia: & tunc sane ex conducto cum magistro agunt, vt is agat cum cæteris ex conducto, vel ex locato prout negotium cum cæteris gesserit, vel eorum merces retineat. Et hoc est quod ait in hac lege: *At si non totam nauem*, vt Florentiæ legitur recte, *conduxerint*, *ex conducto agent*. legendum pluraliter, domini scilicet iactarum mercium. *Sicut vectores qui loca in naui conduxerunt*, qui scilicet, hoc est supplendum, si iacturam fecerint, *ex conducto agunt*, non ex locato, quia loca illa conduxerunt. Priore casu quum merces vehendas locauerunt, agunt ex locato: hoc posteriore casu, agunt ex conducto, quia multum interest domini mercium merces vehendas locauerint, an nauem, aut locum nauis conduxerint *l.1.de praescript. verb. l.1. §.1.nautæ, caup.stab.* Quod si dubium sit & incertum, hoc an illo modo negotium gesserint, id est, merces vehendas locauerint, an nauem conduxerint, si nesciatur quemadmodum contraxerint cum magistro nauis, tum ea de re, id est, de contributione procuranda cum magistro nauis agunt actione præscriptis verbis, quia non liquet de forma negotij contracti, quod ostendit eleganter *d.l.1.de praescript. verb.* Et iis expositis Paulus in hac lege subiicit rationem communicandi detrimenti, & faciendæ contributionis ex lege Rhodia: quia æquissimum est, inquit, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consequuti sunt vt merces suas saluas haberent. Hæc est ratio legis Rhodiæ de iactu. Qua ratione freti Doctores nostri etiam dicunt, nimis generaliter tamen, incendij arcendi causa, si iusto metu perculsi vicini vicinas ædes interciderint, ne ignis euagaretur, & ad se perueniret, inter eos pro portione communicare debere detrimentum intercisarum ædium cum eo, cuius erant ædes. Quod ego vno tantum casu inuenio ius nostrum admittere: vno tantum casu, non generaliter, videlicet, si ignis eo vsque non peruenerit, puta si extinctus sit, priusquam in eas ædes quæ demolitæ sunt peruenerit, tenentur vicini interdicto quod vi aut clam in simplum ei, cuius ædes demolitæ sunt: alioquin si ignis eo vsque peruenerit, ac proinde, si ex euentu apparuerit æque perituras ædes fuisse, nullam omnino actionem aduersus vicinos habet is, cuius ædes dirutæ sunt: sicut nec ij, quorum merces in tempestate iactæ sunt, vt diximus, vllam actionem habent aduersus cæteros vectores, qui iusta ex causa, iustoque metu perterriti, merces eorum proiecere, quas æquius erat proiicere, quam suas, quod forte magis onerarent nauem. Et hoc quod diximus de incendio ostenditur in *l. 7. §. est & alia, quod vi aut clam, l. si quis fumo §.1. ad leg. Aquil. l. 3. §. quod ait, de incend. rui. & naufr.* magistratus autem arcendi incendij causa ædes alienas indistincte dissipare possunt, & dissipant impune, etiamsi ignis eo vsque non peruenerit, quod etiam ostendit *d. §. est & alia.* Quamobrem & in *l. 3. §. vlt. de offic. praef. vig.* iubetur præfectus vigilum vrbem noctu coerrare cum hamis & dolabris, nempe quibus, si forte exoriatur incendium, disturbet ædes, quas occupauit incendium, aut etiam vicinas ædes incendij coercendi causa. Nam & *hamæ*, vt ex Harmenopulo liquet *libro 2.epitomarum*, sunt machinę grandes disturbandorum ædificiorum causa comparatæ, quas & legiones habuisse in eam rem inter instrumenta bellica Vegetius refert. Didicimus ex principio *l. 2. ad l. Rhod.* qua actione contributio, quam iacturæ sarciendæ causa fieri oportet ex l. Rhodia, expediri debeat, nunc de eadem contributione alię inspectiones, & quęstiones proponuntur in *§. si conseruatis, & in §. cum in eadem.* qui nunc explicabuntur.

Ad §. si conseruatis, & seq.

Sciendum est, multum differre merces, quas mercatores vehendas locauerunt, magister nauis vehendas conduxit, a naui ipsa, & armamentis nauis, quę equidem armamenta siue instrumenta omnia nauis in nouis legibus Rhodiis vno nomine τῆς ἐξαρτίας significantur: nos ea omnia armamenta in idiotismo vocamus, *la sartie*, hoc nomine proculdubio ex illo dicto. Differentia autem hæc est, si merces aspargine, vt loquitur lex *4.h.tit. aspersione*, vt Polemo interpretatur, propter iactum deteriores factæ sint, quia magister nauis non est dominus mercium, nec earum mercium detrimentum pertinet ad magistrum, sed omnium contributione sarcitur: Nam vt ait *d.l.4.§.vlt.* nihil interest, *iactatas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cœperim. Nudatas* Florentini, & similiter Basilica, γυμνωθέντα χείρονα, vt paulo supra, *propter iacta nudatis rebus*, recte, *non inundatis*: quanquam his verbis *aspargo* significetur: Verum vt subiicit in *d. §. vlt.* sicut ei, qui iacturam fecit, subuenitur facta contributione: ita & ei subueniri oportet, qui propter iactum deteriores res suas habere cœperit. Denique vtrumque damnum & iacturæ, & asperginis in contributionem venit. Et hoc de mercibus. At si nauis nauigando deterior facta sit, vel si quid exarmauerit, vt ait, saluis & sanis mercibus, periculum est solius magistri, nec huius detrimenti sarciendi causa quicquam vectores conferre debent, qui merces vehendas locauerunt, sicut nec, qui fabro opus faciendum locauit, quicquam conferre debet, si faber incudem aut martulum siue marculum fregerit: vel etiam si vinitor, cuius operas locaui ad repastinandā vineam, in ea repastinanda ligonem fregerit. Et hoc quoque damnum mihi non imputatur, *quia*, vt Paulus ait in hoc §. *si conseruatis*, *similis* (sic est legendum, duo notabuntur vitia in hoc §.) non *dissimilis, quia*, inquam, *similis earum rerum est causa, quæ nauis causa parantur*, id est, similis est causa armamentorum nauis, & causa earum rerum, pro quibus aliquis alius artifex mercedem accipit. Nam etsi faber, vt mox subiicit, incudem aut malleum fregerit, pro quibus mercedem accipere videtur, hoc non imputatur ei, qui locauit opus faciendum. Et simili modo, non dissimili, si nauta in nauigatione armamenta fregerit, detriuerit, perdiderit, forte ictu fulminis, vt in *l. 8. inf.* hoc non imputatur vectoribus, qui merces vehendas locauerunt. Est igitur plane eadem causa armamentorum nauis &

& inſtrumentorum fabri cuiuſlibet.pro quibus mercedem accipere videtur, quoniam omnium eorum inſtrumentorum periculum pertinet ad nautam vel fabrum. Nihil eſt certius. excipitur tamen in hoc §. vnus caſus: *Si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum, &c.* Hic etiam ſubeſt vitium; nam legendum eſt, vt etiam Odofredus legit ſine diſiunctione: *Si voluntate propter aliquem metum:* propter aliquem metum, naufragij ſcilicet, quem in mari variæ cauſæ concitant, ſi, inquam, voluntate, conſenſu, decreto vectorum communi propter aliquem naufragij metum aliquo inſtrumento exarmata fuerit nauis, communis remouendi periculi cauſa, veluti arbore, ſiue malo deiecto, aut cæſo, vt *l. 3. l. 5. inf. hoc tit.* Quæ res ſæpenumero magno periculo nauem liberat, iuxta illud Lucani lib. 9.

Arboribus cæſis † fluctum effudere frementem,
† al. flatum.

Cæduntur arbores ſiue mali facilius, quam eruuntur. Hoc vero caſu, quum propter aliquem metum voluntate, vectorum exarmata eſt nauis, contributionis æquitas locum habet, vel, vt ait lex 3. *contributio debetur.* Debetur ſcilicet nautæ, ſiue magiſtro ab iis, quorum res ſiue merces illo remedio adhibito ſeruatæ ſunt. hoc caſu excepto, ſi quid exarmauerit nauem citra neceſſitatem & citra voluntatem vectorum, vel ſi quid magiſter impenderit inſtruendæ nauis, armandæ nauis magis, quam mercium ſeruandarum gratia, id in contributionem non venit, vt *l. 6. inf. hoc tit.* Et hæc eſt ſententia huius §. Huic addamus & aliam differentiam inter merces, & nauem ipſam. Damnum iactarum mercium ſalua naue, & ſaluis mercibus rebuſque cæterorum beneficio iacturæ, tam ipſius magiſtri quam cæterorum vectorum contributione ſarcitur, vt iam diximus ſæpe, quam quidem contributionem lex Rhodia vocat συμβολὴν: iacturam autem vocat ἀποβολὴν modo: modo ἐκβολὴν, ἀποβολῆς γὰρ οὔσης, ὁ ἔμπορος πρῶτος ῥιπτέτω quo capite iubet, vt quum facienda eſt iactura, primus mercator ipſe, cuius ſunt merces, quo iactandæ ſunt, iacturam aggrediatur. Quod & audio hodie ſeruari inter nautas. Eadem voce vſus eſt Nemeſius libro de natura hominum: ἀποβολαὶ τῶν φορτίων, ἃς ποιοῦνται οἱ ναῦται χειμῶνι περιπεσόντες. Hæc ſunt eius verba, *Iactus mercium,* inquit, *quos nautæ faciunt, qui vehementi tempeſtate quadam afflictantur.* Et in actis quoque Apoſtolorum cap. 27. de nauigatione Pauli ἐκβολὴν ἐποιοῦντο. Verum ad rem. Damnum iactarum mercium, vt dixi, omnium contributione ſarcitur, ſi nauis fuerit ſalua, atque ſuperſtes: naui autem prorſus amiſſa, neque magiſtro, neque alij cuiquam, qui merces, reſue ſuas perdiderit, ſarcitur damnum: nulli, inquam, ſarcitur damnum, per eos, qui merces ſuas ex naufragio liberauerunt, quiue eas per vrinatores extraxerunt, *l. 5. hoc tit.* Denique, vt Paulus ait 2. Sentent. tit. 7. *Collatio contributionis ob iactum ſalua naue fieri debet.* naue igitur amiſſa, nulla fit collatio. Et ſimiliter *l. 4. §. 1. hoc tit.* iactum in tributum naue ſalua venire, id eſt, intributione omnium ſarciri & refici, reparari: *naue ſalua,* inquit, non igitur naue amiſſa. Vnde ſi, vt ibi proponitur, in vehementi tempeſtate nauis leuandæ cauſa vnius mercatoris merces tranſiectæ ſint in ſcapham, eaque ſcapha ſubmerſa ſit ſalua naue, ſaluiſque mercibus aliorum mercatorum, perinde atque ſi iactura mercium illius mercatoris facta fuiſſet, cuius merces in ſcapham tranſiectæ ſunt, ac poſtea ſubmerſæ cum ſcapha ipſa, cæteros pro rata conferre oportet. Eadem igitur eſt ratio iacturæ & tranſiectionis mercium in ſcapham, ſi ſcapha perierit. Verum e contrario, ſi ſcapha illa ſalua, in quam vnius mercatoris merces tranſiectæ ſunt, nauis exonerandæ cauſa, nauis perierit, nihil is, cuius merces in ſcapham tranſiectæ ſaluæ remanſerunt, conferre debet iis, qui in naue merces ſuas amiſerunt, quia nauis amiſſa contributioni locus non eſt. Et hoc ita Paulus eodem libro Sentent. breuiter adſtringit: *Leuandæ,* inquit, *nauis gratia merces in ſcapham tranſiectas, atque ideo amiſſas, intributione earum, quæ in naui ſaluæ ſunt, refici conuenit: naue autem perdita* (*perdita,* inquit, abſoluit differentiam) *conſeruata cum mercibus ſcaphæ ratio non habetur.* Et huius rei aliud etiam exemplum proponitur in *d. l. 4. §. ſed ſi nauis.* cuius §. explicatio eſt ſatis difficilis. Sententia hæc eſt. Nauis cum laboraret, iactu mercium vnius mercatoris leuata & ſeruata eſt. paulo poſt alio loco eadem nauis vi cogente maioris tempeſtatis ſubmerſa eſt, & aliquorum mercatorum merces per vrinatores data pecunia, data mercede extractæ ſunt. per vrinatores, qui ſolent ſe mergere in aquam, id enim eſt vrinare, qui & columbi, & columbarij dicuntur etiam a Latinis, & σπογγοθῆραι & σπογγοκολυμβηταί, Spongiatores, quia per eos etiam ſpongiæ eruuntur, & auelluntur ſaxis, ſicut & oſtrea & margarita. Quæritur autem in hac ſpecie, an ij, qui poſt naufragium merces ſuas per vrinatores ſeruauerunt, conferre debeant iis, quorum paulo ante merces nauis leuandæ cauſa iactæ ſunt, qua re tunc temporis conſultum fuerit & naui & cæteris? Et ait, conferre debere, quia tum iactus ille ſeruauit nauem & cæterorum merces. Periit quidem poſtea nauis: ſed tunc beneficio iacturæ ſeruata eſt nauis. Et hoc etiam eodem libro Paulus expreſſit his verbis, *iactu,* inquit, *nauis leuata ſi perierit,* id eſt, ſi perierit poſtea, extractis aliorum per vrinatores mercibus, eius quoque rationem haberi placuit, qui merces ſalua naue iactauit. At rurſus videamus, an ſicut ij, qui naui ſubmerſa merces ſuas per vrinatores ſeruauerunt, rationem habere debent eius, cuius merces ante naui ſalua iactatæ ſunt ei conferendo pro rata, vt dictum eſt ſupra? Ita etiam e contrario, an is, cuius merces naui ſalua iactatæ ſunt, ſi quaſdam ex mercibus iactatis mox per vrinatores ſeruauerit, an is, qui naui ſubmerſa, & ſubmerſis, iactiſve mercibus, mox eas, ita vt dictum eſt, id eſt, data pecunia per vrinatores ſeruauerit, an, inquam, is conferre debeat? Quod negatur in poſteriore parte dicti *§. ſed ſi nauis,* illo loco, *eorum vero, qui ita ſeruauerunt,* id eſt, qui pecunia data ex naufragio amiſſas merces ſeruauerunt, inuicem rationem haberi non debere ab eo, qui in nauigatione iactum fecit, ſi quædam ex iis mercibus iactis, ſcilicet per vrinatores extractæ ſunt. Et rationem ſubiicit, quia naui ſubmerſa ſiue naufragio facto, collationi locus non eſt. Quia, inquit, eorum merces non poſſunt videri iactæ vel amiſſæ nauis ſeruandæ cauſa, quæ perit: & collatio fit tantum, quum iactura facta eſt nauis ſeruandæ cauſa, & vero ſeruata eſt nauis, quum iactura profuit. Nunc tranſeamus ad *§. cum in eadem naue,* qui eſt facilior.

Ad §. cum in eadem.

IN hoc §. oſtenditur, iactura facta, ad collationem vocari eos, qui beneficio iacturæ merces & ſarcinas ſuas ſaluas habent, etiamſi ſint merces quædam naui impoſitæ, quæ non ſint ſarcinæ, id eſt, quæ naui non ſint oneri, vt ſi ſint gemmæ, vel margaritæ: quoniam & horum mercatorum interfuit iacturas fieri, ne perderent gemmas, aut margaritas. Et, vt eleganter ait, *id tributum,* id eſt, eam collationem, ſiue intributionem *obſeruatæ res deberent:* ſeruatæ res debent, res non perſonæ liberæ, contributio onus eſt rerum ſeruatarum, non hominum ſeruatorum. Res, inquam, contributionem debent, in quibus & ſerui ſeruati numerantur, non homines liberi, vt dixi, in quibus etiam numeratur nauis ſeruata vti armata eſt. Itaque & dominus ſeruorum & dominus nauis pro portione conferre debent, vt iacturam expleant domino iactarum mercium, pro rata ſcilicet pretij præſentis temporis rerum ſeruatarum cuiuſque, vt *l. 4. §. cum autem, hoc tit.* pro pretio, inquam, præſenti rerum ſeruatarum, quanti ſcilicet nunc vænire poſſunt. Res autem proiectæ æſtimantur, quanti emptæ ſunt, non quanti venire potuerunt, quia damni, non lucri æſtimatio fit, damnum reficitur, non lucrum, *§. portio, in h. l.* Secundum quem §. accipienda ſunt hæc verba huius §. *iacturæ ſummam,* id eſt, iactarum mercium æſtimationem, pro rerum ſeruatarum pretio diſtribui oportere. ita ſcilicet

vt ad reficiendas & reparandas merces iactas plus conferat is, cuius merces, quæ saluæ manserunt, pluris sunt: minus is, cuius merces, minoris sunt: Pro præsenti igitur rerum seruatarum pretio ἀναλόγως collatio fit, rerum, inquam, non etiam liberorum hominum, non liberorum capitum, quia liberi homines pretio æstimari non possunt, liberi homines inæstimabiles, impretiabiles sunt, aut sine pretio pretiosi. Atque ita paucis in hoc §. Paulus explicat multa. Primum, an omnes vectores iacturam præstare oporteat, an omnes mercatores, etiam hi, quorum merces non onerant nauem: deinde explicat, quæ portio præstanda sit, quæ sit ἀναλογία seruanda in facienda contributione, & an etiam pro liberis capitibus aliquid conferre oporteat, de quibus omnibus quæsierat initio huius §. ac præterea, quod etiã initio huius §. quæsiuit, qua actione contributio expediri possit. Quod tamen latius explicauerat initio huius legis, id hoc loco breuius adstringit, nempe his verbis, *Ex conducto dominos rerum amissarum* (qui scilicet res vehi locauerunt) id est, *ex locato conducto*, vt in *l. vlt. hoc tit.* ad quam scripsimus 3. Obseru. cap. 2. & docui sæpissime in iure nostro actionem ex conducto accipi pro actione ex locato conducto, vel ex conducto locato, ita vt intelligatur tantum actio ex locato. Et e contrario, actio ex locato conducto, pro actione ex conducto, ita vt intelligatur actio ex conducto tantum: nam plena oratio est, siue vis dicere actionem ex locato, vt dicas, actionem ex locato, conducto, vel si vis dicere actionem ex conducto locato. Ex conducto igitur dominos rerum amissarum, id est, ex locato conducto, qui scilicet merces vehendas locauerunt cum nauta, id est, cum magistro, acturos, vt ipse magister agat cum cæteris vectoribus, quorum merces saluæ sunt, compellatque eos ad contributionem. Agunt cum magistro, vt magister agat cum cæteris vectoribus, quia ipsi cum cæteris vectoribus agere non possunt, quia domini mercium amissarum siue iactarum nullam actionem habent aduersus cæteros vectores, dominosque seruatarum mercium, magister tantum habet aduersus illos actionem. Postremo quæritur, *an etiam, seruatorum vestimentorum cuiusque & annulorum æstimationem fieri oporteat?* Corporum liberorum æstimatio non fit, vt dictum est, sed tantum vestimentorum vel annulorum liberorum hominum, æstimationem fieri oportet, vt pro eorum pretio fiat collatio. Et, ait, horum quoque nomine collationem faciendam: denique omnium rerum nomine, quas vectores beneficio iacturæ sibi conseruauerunt, non corporum suorum, si sint liberi homines, non etiam cibariorum nomine, vt ait, quæ quis abutendi causa intulit in nauem: cibariorum nomine nulla facienda collatio est, quæ quisque pro sua parte in nauem intulit, vt iis vesceretur, toleraretque vitam suam & tueretur, quia & cibariis nauigatione deficientibus, cibaria omnia, quæ quisque intulit in commune conferenda sunt, qui locus est singularis, nec duplici igitur collatione cibaria onerari debent. Denique vt vno verbo scribunt Græci τῆς σιταρχίας, annonæ scilicet vel cibariorum nulla æstimatio fit, vel collatio. Addamus ad §. *cum in eadem naue*, illum locum, *ex conducto dominos rerum amissarum cum magistro acturos*, sic potius nos, & simplicius quidem expeditiusque interpretari debere, vt domini mercium amissarum siue iactarum, si loca in naui conduxerint, quibus merces suas ponerent, vt eliciant contributionem damni a cæteris vectoribus, actione ex conducto acturos cum magistro nauis, vt is, ea de re agat cum cæteris vectoribus, & supplere, vel agere ex locato, si merces vehendas locauerint, secundum distinctionem positam in principio huius legis. Et ita res erit perspicua, nec vlla vis adhibebitur verbis. Nunc transeamus ad §. *si nauis*.

Ad §. si nauis.

IAm diximus, contributionem esse faciendam dominis, qui vel iactura facta nauis leuandæ & seruandæ causa, merces suas amiserunt, vel transiectis mercibus in scapham, quæ perierit, quorumue merces aspargine deteriores factę sunt propter iactum. Iis ex hoc §. nunc addi oportet, etiam contributionem esse faciendam tum cum nauis oneraria erat onerata mercibus. Quod vt hoc obiter dicam, est ἀποφορτίζειν, in legibus Rhodiis. onerare nauem est φορτίζειν. Vnde etiam nostri nautæ maritimi dicunt, *freter, pour charger le nauire*; naue, inquam, onerata mercibus, expugnata a piratis & redempta ab vno ex vectoribus siue mercatoribus, ei cæteros conferre debere pro rata: *a piratis*, inquit. Sed addere licet ex legibus Rhodiis cap. 9. *Expugnata a piratis vel ab hostibus, vel a classe publica*, στρατιᾷ κοινῇ, redemptionem nauis esse faciendam ære collato. Et hanc quidem redemptionem sane esse faciendam ab omnibus pro rata, nullo excepto, quia redemptio seruauit omnium merces. Redemptionem nauis dicimus cum suo onere, scilicet cum sua *entheca*, vt etiam leges Rhodię loquuntur. Redemptionem nauis cum mercibus vectorum & mercatorum omnium: Nam, si ex iis aliquis suas tantum merces a piratis, vel ab hostibus redemerit, suas tantum merces non omnium ἁπλῶν, omne onus, huic cæteri nihil conferre debent, quia rem suam tantum egit, non communem. Et simili modo, si naue non expugnata piratæ merces tantum vnius abstulerint, nihil ei cęteri conferre debent, quod ei soli abstulerunt piratæ, id eũ perdere, domino suo quamque rem perire. Et piratæ in hoc §. etiam dicuntur prædones, vt apud Plautum, & Sallustium sæpe. Vnde & nauis prædatoria pro piratica, pro myoparone, μυοπάρωνα, sic appellatur nauis piratica. Quod sequitur, *Portio autem pro æstimatione rerum*, &c. pertinet ad id, quod dixi in §. *cum in eadem*, iacturæ summam pro rerum seruatarum pretio distribui oportere. Id enim Paulus sic explicat hoc loco, *æstimari debere tam merces iactas quam merces saluas:* & merces quidem iactas, quanti emptæ sunt, non quanti vęnire, non quanti vendi potuerunt, quia damnum tantum sarciri dominis iactarum mercium oportet, non etiam lucrum præstari, quod ex mercibus, si iactę non fuissent, facturi erant, vt id tantum damni fecerunt, quod eas res sibi emerant. Merces autem æstimatas tanti ęstimari, quanti hodie (spectatur enim præsens pretium) vænire possunt. Cur tam varie? Cur aliter æstimantur merces saluæ, aliter amissæ? Rationem reddit Harmenopulus 2. *Epitomarum tit. vlt.* ἵνα καὶ ἡ ζημία ἐπ' ὀλίγον συσταθῇ, καὶ τὸ κέρδος ἐπὶ πλεῖον ἐκταθῇ, id est, *vt damnum ex parte domini iactarum mercium, quam minimum æstimetur, lucrum vero ex parte cæterorum, quam maxime fieri potest, æstimetur:* sic enim fit, vt qui beneficio iacturæ merces suas saluas habent, nimium non onerentur, cum ad exiguum redigatur æstimatio mercium amissarum; & contra, vt qui merces amiserunt, qui iacturam fecerunt, plus consequantur mercibus seruatis ęstimatis, quanti hodie vęnire possunt, etiamsi vilioris emptæ sint. Sic enim inita æstimatione vtrisque consulitur. Pro pretio autem vel *pro æstimatione*, vt ait, rerum seruatarum, in quibus numeratur etiam seruata nauis, vt dictum est in §. *cum in eadem*, & pro pretio rerum amissarum conferri oportet dominis, qui eas res amiserunt. Ita vt quemadmodum dixit supra in §. *cum in eadem*, iacturę summa, id est, æstimatio, & ita summa, pro æstimatione, summa pignoris, *l. creditori, de furt. l. 5. de iure dot.* vt, inquam, iacturæ summa pro æstimatione rerum seruatarum distribuatur. Vtar exemplo, quod Gemma Phrisius posuit Arithmeticæ suæ parte 3. Fac tres mercatores in eadem naue merces suas coegisse, primum, secundum, tertium, & primi merces iactas communi periculi propulsandi gratia, quę emptę erant centum, secundi autem merces hodie vænire posse quadringentis, tertij merces hodie vęnire posse quingentis, nauem autem vænire posse trecentis. primi merces, quę iactę sunt, refici debent & reparari secundo, cuius merces saluæ in naui remanserunt, quæ vendi possunt quadringentis, secundo, inquam, conferente 33. & trientem, vt ille dominus recte supputauit, tertio autem, cuius merces vendi possunt quingentis, conferente quadraginta & vnum & bessem,

bessem, & domino nauis conferente 25. quæ summæ consummatæ efficiunt 100. quæ primus amisit. Et secundum hanc rationem igitur quæ vera est, videtur primo iactura esse reficienda in solidum, ita vt ipse nihil damni sentiat, quod tametsi Accursio non probatur in *l. 1. huius tit.* nec vlli Doctori, quod scio, nec probauerim etiam ipse, cum id initio huius legis non diligentius excussissem, tamen perquam æquum id, & probabile est, quia earum tantum rerum nomine collatio fieri debet, vt ait hic §. quæ seruatæ sunt, quę saluę & sanæ sunt. Proinde hoc onus incumbit dominis rerum seruatarum pro portione, id est, ἀναλόγως, non dominis rerum amissarum vlla ex particula, si totum quod habuerunt in naui, amiserunt. Alioquin si partem tantum mercium suarum iactauerint, & ipsi pro portione alterius partis conseruatæ conferre debent cum cæteris. Sed si omnes merces suas proiecerint, nauis & mercium, quæ ad alios pertinent, seruandarum causa, quas & seruauerint, non est ęquum, vt quicquam damni sentiant. Et recte ait in §. *cum in eadem,* tributum hoc, res tantum seruatas debere. Nec obstat, quod dicitur in principio huius legis, detrimentum pro portione communicari, quoniam id ita accipiendum est, vt detrimentum pro portione communicetur inter eos tantum, qui beneficio iacturæ merces suas saluas & incolumes habent. Sicut etiam paulo post initio huius legis dicitur, *commune detrimentum fieri.* quorum? *eorum,* inquit, *qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent: eorum,* inquit, *qui merces suas saluas haberent,* non eorum atque etiam illius, qui merces suas saluas non habuerit. Et similiter nihil obstat *l. 4. in pr. hoc tit.* quam in eam rem adducit Accursius in *l. 1.* quoniam ea lex confirmat potius magis atque magis hanc posteriorem sententiam nostram, dum ait, *inter eos, qui merces saluas habent rationem haberi cum iis, qui merces perdiderunt.* Quod nihil aliud est, quam quod in eadem l. ait §. *sed si nauis.* ab iis, qui merces saluas habent, rationem haberi eius, qui iacturam fecit, id est, ei iacturam præstari, damnum sarciri, vel vt Paulus loquitur 2. Sentent. *Intributione seruatarum rerum iactas refici, reparari, recreari.* Ac præterea lex 1. huius tituli, nō simpliciter dicit, *iacturam sarciri omnium contributione,* non dicit simpliciter, *omnium,* sed omnium pro quibus damnum datum factumue est. Non obstat etiam lex *cum duobus §. quidam, pro soc.* quam DD. adducunt. Cuius §. breuiter sententia hæc est: Si duo sint socij cuiusdam negotiationis, & vnus ad merces comparandas profectus, comparatas merces naufragio amiserit, ambos damnum sentire, vtrumque socium damnum agnoscere pro portione. hoc argumento, dicunt, iactura facta, damnum illud sentire pro sua parte etiam eum, qui iacturam fecit. vitiosum est argumentum: nam vt addunt, illud, *etsi vectores socij non fuerint,* tamen hic casus iacturæ, hæc iacturæ necessitas ad societatem damni eos compellit. Verum vt respondeam, illa species §. *quidam,* valde ab specie, de qua in hoc tit. agitur, dissita aut dissimilis est. In illa specie §. *quidam,* vnus ex sociis merces cōmunes amisit: & merito igitur damnum est commune, sicut & lucrum commune foret. In specie autem proposita vnus ex vectoribus merces suas proprias amisit. Rursus in illa specie, propter merces naufragio amissas, aliæ merces sociorum seruatæ non sunt, quæ per se saluæ manserunt, non beneficio naufragij. In specie autem nostra, iactura & amissio mercium vnius vectoris cæterorum merces seruauit. Et præterea in illa specie naufragio perdita est nauis. In specie nostra iactura seruata est nauis; alioquin si iactura non seruasset nauem, sane commune esset detrimentum; si iactura nihil profecisset, sane commune esset damnum nemine excepto: nec si qui ex vectoribus res suas seruassent, post naufragium forte per vrinatores, ij quicquam reliquis conferrent, *l. 5. hoc tit.* Itaque perquam infirmum est argumentum, quod ex illo §. *quidam* DD. ducunt. Pergamus ad reliqua, quæ sunt in hac lege: *Seruorum quoque* inquit, &c. Hic locus respicit ad id, quod ante dixerat in §. *cum in eadem,* omnium rerum, quæ in naui fuerunt, præterquam liberorum capitum & cibariorum æstimationem fieri, vt pro æstimatione singularum rerum fiat collatio. ergo & pro æstimatione seruorum, seruatorum scilicet, non etiam, vt hoc loco docet, pro æstimatione seruorum qui in naui perierunt, antequā collationis ratio ineretur. non dicit, *qui in mari iactura perierunt.* Quanquam & de seruis iactus nonnunquam fiat, vt ex illo loco Ciceronis intelligitur 3. *officiorum,* quo quærit, si in mari iactura facienda sit, equine pretiosi potius iactura facienda sit, an serui vilis, inquit. sed qui in mari perierunt alio quocunque casu, vel qui ęgri in naui mortem obierunt, vel qui sese præcipitauerunt, horum ęstimatio non fit, quia præsentem æstimationem fieri oportet, *l. 4. §. cum autem.* Præsens pretium poni oportet, & hominis mortui præsens pretium nullum est.

Ad §. si quis.

SI quis ex vectoribus, quorum merces seruatæ sunt, propter inopiam conferre non possit. Quid? estne inops, qui merces habet saluas? Quidni? fac eum plus debere quam habeat in mercibus, sicut egenum & inopem Theophilus definit in §. 1. *Instit. qui & quibus ex caus. man. non poss.* Si igitur ob inopiam aliquis ex vectoribus conferre non possit, hoc non imputari magistro nauis, quia fortunas cuiusque excutere necesse non habet. Et additur in §. *pen.*

Ad §. penult.

SI res iactæ apparuerint, inquit, veluti fluctibus ad litus expulsę, vel extractæ per vrinatores, collationem exonerari, aut si ea iam facta sit, eos qui contulerunt, qui soluerunt domino iactarum mercium, agere cum magistro nauis ex locato, si merces vehendas locauerunt, vt ipse ex conducto agat cum domino iactarum mercium, vt quod plus exegerit, reddat cæteris; agunt cæteri cum magistro vt agat, sicut in principio huius legis. Quo argumento etiam liquet, nullam inter se vectores eo nomine rectam actionem habere, quando res omnis vltro citroque expeditur actionibus institutis aduersus magistrum. Ex eo vero, quod ita proponitur in §. *pen.* recte sequitur, quod & mox subiicitur in §. *vlt.*

Ad §. vlt.

RES iactas dominorum permanere: nec si in mari apparuerint extranei apprehendentis fieri, quia pro derelicto habitæ non sunt: non desperat de suis rebus recuperandis vtique semper, qui eas iactat in mare necessitate compulsus, vt *l. 8. hoc tit.* Quapropter, si quis alius eas forte natantes in mari apprehenderit lucrandi animo, furtum committit, *l. falsus §. si iactum, de furt. l. 9. §. vlt. de adquir. rer. dom.* Eademque ratio est rerum naufragio amissarum: nam & eæ eiusdem permanent, cuius ante naufragium erant, nec sunt in derelicto, sed in deperdito. Derelicta non recuperamus, si ab alio apprehensa sint: deperdita recuperamus, etiamsi ab alio apprehensa sint, *l. interdum §. 1. de adqu. poss. l. 7. hoc tit. l. Pomponius §. vlt. & l. quæcunque, de adquir. rer. dom.* Itaque neque res iactæ, neque res naufragio amissæ ab vllo, qui eas apprehenderit, extraneo pro derelicto vsucapi possunt, quia non sunt in derelicto, vt dixi, *l. pen. pro derel. d. l. interdum §. 1.* Non fiunt etiam fisci, quę naufragio deperditæ sunt, quod tamen non semper obtinet, vt subindicat *l. 9. hoc tit.* in qua proponitur postulatio, id enim est ἀξίωσις Eudemonis Nicomediensis, quem naufragio facto in Italia diripuerant. δημόσιοι, id est, publicani Cycladum insularum, quasi scilicet res naufragio amissæ ad fiscum pertinerent, ad quam postulationem Antoninus respondit, ea de re iudicandum esse secundum leges Rhodias, si deficerent leges populi Rom. forte leges Rhodiæ idem statuebant, quod nos de hac re

ante constituimus, nec probabant illud Iuuenalis:

Res fisci est vbicumque natat.

Sed licebat vnicuique naufragium suum impune colligere, quod & apertius Antoninus rescripsit in *l. vlt. de incend. ruin. & naufrag. & l. 1. C. de naufrag. lib. 11.* ne ex aliena calamitate, ex alieno infortunio fiscus lucrum faciat.

Explicit liber 34.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 2. & 10. de ritu nuptiar.

Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt.

TOtus hic liber est de sponsalibus, nuptiis, & dotibus, quæ omnia negotia simul commeant, aut sese consequuntur. Incipiam a *l. 2. de ritu nupt.* Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant, qui contrahunt, nihil est certius. Nuptias consensus facit. Et nisi etiam consentiant ij, in quorum potestate sunt, qui nuptias contrahunt, puta pater, vel auus, vel proauus, in cuius potestate est, qui quæve nuptias contrahit. eæ nuptiæ consistere non possunt id est, iure consistere non possunt, siue iustæ nuptiæ esse non possunt, & consequenter, nec qui ex ea coniunctione, quæ coita est sine voluntate & auctoritate parentum, nascuntur liberi, iusti sunt liberi: ex non iustis nuptiis non possunt nasci iusti liberi & legitimi, *l. 11. de statu hom.* Et similiter post diuortium renouatæ & reconciliatæ nuptiæ sine consensu parentum, in quorum potestate sunt, qui rursus coeunt, iustæ non sunt, *l. 18. hoc tit. l. 7. de nupt.* Nuptiarum potestas omnis in patre est, qui eum eamue in potestate habet, vt Donatus ait in illum locum: *Nonne prius communicatum oportuit?* Tertullianus item 2. ad vxorem, *Nec in terris*, inquit, *filij sine consensu parentum, rite, & iure nubunt.* Apuleius 6. Milesia: *nuptiæ*, inquit, *patre non consentiente factæ, legitimæ non possunt videri.* Ac proinde spurij sunt, qui nascuntur, non iusti liberi scilicet. Denique iustæ nuptiæ non sunt sine consensu parentum, in quorum potestate sunt, qui quæve nuptias contrahunt. Idque vt iustæ non sint, exigit non tantum ciuilis ratio, id est, patria potestas, sed etiam naturalis, vt est *in Instit.* id est, honor & reuerentia, quæ parentibus debetur. Sed hæc sola ratio, quæ naturalis est, non sufficit. Alioquin adhibenda etiam esset auctoritas matrum vel patrum, qui emancipassent liberos, quæ tamen adhibenda non est. Concurrat igitur vtraque ratio oportet, naturalis & ciuilis, vt non esse iustæ nuptiæ existimentur, quæ coitæ sunt sine patris voluntate. Contractæ tamen ita sine voluntate parentum, in quorum potestate sunt, qui coeunt, inuitis iis, qui hanc societatem coierunt, non dissociantur, non dissoluuntur. Iustæ non sunt nuptiæ, fateor: sed non dissoluuntur tamen inuitis maritis, quia vt eleganter Paulus ait 2. Sentent. *contemplatio publicæ vtilitatis priuatorum commodis præfertur.* Priuatorum commoda vocat, commoda patrum, quæ fiunt deteriora contractis per filiosfam. nuptiis, sine illorum voluntate: priuatis commodis præfertur, inquit, publica vtilitas, quia publice interest, non temere dissolui coniugia. Idque etiam hac in re ius pontificium, non quidem vetustissimum, sed nouissimum sequitur. Nuptias non iudicat esse iustas, quarum auctor non est pater, in cuius potestate mariti sunt, non tamen eas vult dissolui *cap. veniam, extra de sponsalibus: cap. cum causa, extra, de raptorib.* Et necessaria quidem est patris auctoritas, in cuius potestate est, cui vxorem ducit, quæque nubit, si pater præsens sit, non si pater absit peregre, ita vt ignoretur vbi sit, & an superstes sit, vt ex hoc ipso libro Pauli traditum est in *l. 10. hoc tit.* & intra triennium non reuertatur, nam hoc casu liberi vtriusque sexus, non prohibentur, inquit, matrimonium, vel nuptias contrahere. Quod & patre capto ab hostibus ostenditur in *l. præced. & seq.* vt si pater captus ab hostibus non reuertatur intra triennium, non redeat postliminio intra triennium, liceat filiis vtriusque sexus matrimonium contrahere, vbi vrserint vota & conuenerint. Et ait Paulus, *matrimonium vel nuptias legitimas contrahere*, vt & lex, quæ sequitur, *matrimonium, vel nuptias contrahi*, & Iustinianus in definitione nuptiarum: *nuptiæ siue matrimonium est viri & mulieris coniunctio, &c.* Et in §. penult. de nuptiis: *si aduersus leges* inquit, *aliqui coierint, nec nuptiæ, nec matrimonium intelligitur*, nimirum, quia est aliqua differentia inter nuptias & matrimonium. nuptiæ sine matrimonio esse non possunt, matrimonium sine nuptiis esse potest. vt, quod contractum est sine consensu patris, in cuius potestate mariti sunt, matrimonium est, nuptiæ non sunt. Et simile exemplum suppeditat Papinianus 15. respons. apud Licinium Ruffinum, dum ait, ciuem Rom. qui duxit peregrinam, quæ etiam iustæ nuptiæ non sunt, ciuem, inquam, Romanum sine connubio, quod nihil est aliud quam sine nuptiis, peregrinam in matrimonium habere. Matrimonium est naturale nomen, quod a matre trahitur, quæ sola natura est certa: nuptiæ autem & connubium sunt ciuilia nomina. Est autem illius triennij præscriptio, de qua agitur in hac *l. 10. & in l. præced. & seq.* ex constitut. aut lege aliqua veteri. Neque enim potest Iurisconsultus sine lege aut constit. negotij tempora præfinire. Et obtinuit quidem primum illa præscriptio in patre capto ab hostibus, deinde obtinuit in absente patre ex constitutione, vt arbitror Iustiniani. Nam hæc verba leg. 10. Et si *triennium effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus: ignotus* noue admodum, pro ignoratus, *vbi degit, & an superstes sit; non prohibentur liberi eius vtriusque sexus matrimonium, vel nuptias legitimas contrahere*: hæc, inquam, verba subolent Triboniani sermonem, a quo & in l. seq. inserta hæc videntur, *vel abest*, & *vel absentia*. eo quod Iulianus in *l. seq.* scripserat de patre capto ab hostibus a Triboniano porrecto etiam ad patrem absentem, cui an vita spiret incertum est. Iis addamus legem 7. tit. sup. *de sponsal.* quæ est etiam ex eodem libro Pauli, & docet.

Ad l. 7. de sponsalib.

In sponsalibus nihil interest, vtrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. in sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intelligi tamen semper filiæ patrem consentire, nisi euidenter dissentiat, Iulianus scribit.

NOn tantum in nuptiis, sed & in sponsalibus consensum eorum exigi, quorum in potestate sunt, qui sponsalia contrahunt. Et adiicit taciturnitatem patris hac in re consensum imitari, dum ait, *patrem filiæ consentire videri*, qui euidenter non dissentit: sicut filiofam. danti se in adoptionem pater consentire videtur, si non dissentiat, si non contradicat, si sciat & taceat, *l. 5. de adopt.* Quod & in nuptiis sufficere, id est, taciturnitatem patris sufficere probat *l. 5. & l. si furiosi, C. de nupt.* Addamus etiam sufficere consensum patris, si post matrimonium contractum consentiat, vt iustæ nuptiæ esse censeantur. Quod docet aperte lex *si vxor §. si quis vxorem, ad leg. Iuliam de adult.* Quid ergo satis est, si subsequatur consensus? Et tamen Institutiones dicunt, præcedere debere consensum, siue iussum patris. sic est; vt scilicet statim ab initio iustæ nuptiæ esse censeantur, quæ ab initio iustæ non censentur fuisse, si subsequatur consensus patris: sed ab eo tantum tempore,

tempore, quo filię, aut filij coniunctioni consensit pater: quod & Basilius probat in *epist. ad Amphilochium cap.4.& 42.* Et valde notandum hoc est: nam ita fit hoc casu, vt ratihabitio patris non retrotrahatur, subsequens voluntas patris vt non retroducatur, quod & alias euenit, *l. quid ergo, de iis qui notant. inf.* non semper ratihabitio retrotrahitur, non semper consensui, siue mandato, aut iusso comparatur. Porro secundum hæc Paulus in hac l.7. docet, nihil differre hac in re sponsalia a nuptiis. In vtrisque consensum parentum exigi, qui tamen initio eiusdem legis 7. dixerat, sponsalia fieri posse sine testatione atque scriptura vlla, sicut stipulationem, ad differentiam scilicet nuptiarum, in quibus testatio desideratur, *l. 4.* vt & in concubinatu, qui & nuptias imitatur, *l. 3. de concubin.* Nec enim concubinatus, aut turpe, aut illegitimum nomen. concubina imitatur vxorem iustam, quod & alias sæpe fusius ostendimus.

Ad l. 16. De ritu nupt.

Oratione Diui Marci cauetur, vt si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiæ essent, quam & Senatusconsultum secutum est. §. 1. Nepote vxorem ducente, & filius consentire debet. Neptis vero si nubat, voluntas & auctoritas aui sufficeret. §. 2. Furor contrahi matrimonium non sinit: quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit.

NVnc veniamus ad leg. *16. de ritu nupt.* cuius legis §. 1. etiam ad hanc quæstionem pertinet, de non contrahendis nuptiis sine consensu parentum, in quorum potestate sunt, qui coeunt: namque ait: Viuo auo, in cuius potestate est filius, & nepos ex filio, nepote vxorem ducente, non tantum auum, in cuius potestate est, sed etiam patrem, in cuius potestate non est, consentire debere, & tamen nepte ex filio nubente sufficere consensum & auctoritatem aui. Hanc facit differentiam inter nepotem, & neptem, cuius ratio, quam non percepit Accursius, hæc est, quia fieri potest, vt moriente auo, nondum emancipato filio, nepos recidat in filij, id est, in patris sui potestatem. Quo casu, si iure vxorem duxisset, consentiente solo auo, non etiam patre, & liberos suscepisset, eueniret, vt ij liberi patri inuito, cum nuptiis non consenserit, sui heredes quandoque futuri agnascerentur; quod ius non patitur, vt cuiquam scilicet inuito suus heres aut successor agnascatur: nec alia ratione, (quod & hoc libro, & huic, vt opinor, loco, proxime siue coniunctim Paulus scripsit in *l. 6. de adopt.* quæ huic loco accommodanda est.) Non alia ratione, inquam, cum quis nepotem adoptat, quasi ex filio natum, consensus filij exigitur, vt illa lex ait, quam vt ne inuito filio suus heres agnascatur, *§. sed & si quis, Instit. eod. tit.* Vnde si non consenserit filius adoptioni extranei in locum nepotis, ac si ex se natus esset, mortuo auo non recidit ille nepos in potestatem filij, *l. 11. eod. tit.* Hæc autem ratio cessat in nepte ex filio nata, quæ nubit volente solo auo, auctore solo auo, quia liberi, qui ex ea nascuntur, sequuntur familiam patris sui, non familiam aui materni: neque igitur vnquam auo materno sui heredes futuri sunt. Itaque non est quod in nuptiis neptis patris consensum desideremus, quia patris nihil interest: cum qui ex filia nascuntur non sint futuri in eius potestate & familia. Sufficit ergo consensus aui. Eadem ratio differentiæ olim obtinuit inter filiumfam. & filiamfam. furiosi: nam furor patris non soluit patriam potestatem. Inter filium igitur, qui in potestate furiosi, & filiam, quæ in furiosi potestate est, *§. 1. Instit. de nupt. l. si furiosi, C. eod. tit.* Vix enim licebat filio furiosi vxorem ducere sine venia Principis, ne scilicet nati liberi furioso, qui pro non consentiente semper habetur, familiam augerent, ne inuito furioso nati liberi ex filio accrescerent familiæ furiosi. Et licebat tamen filiæ nubere sine controuersia, quia filia non auget familiam patris sui, quandoquidem liberi eius familiam mariti sequuntur, non familiam aui materni, *l. pen. de liber. agnosc. §. vlt. Instit. de patria potestate, §. pen. in fine, de grad. cognat. vel de seruili cogn.* vt vulgo. Qua de causa Solon dixit, filiam esse *ἀλλότριον κτῆμα, alienam possessionem,* quia in alienam familiam transgreditur, alienæque familiæ liberos parit. Verum quod ait in hac *l. 16. nepote vxorem ducente, & filium consentire debere, nedum auum,* pugnare videtur cum l. 3. huius tituli, quæ solo auo auctore, solo auo consentiente ait, *nepotem ex filio posse ducere neptem ex altero filio,* quoniam hoc iure inter consobrinos permissæ erant nuptiæ. Et contrahi possunt, vt ait, solo *auo auctore.* non ergo requiritur consensus filij. Ratio hæc est singularis, quia non extra familiam, de quo casu est accipienda lex 16. §. 1. sed in eadem ipsa familia, in qua & filij, & nepos ex vno filio, & neptis ex altero filio sunt. In eadem familia, in qua omnes sunt, nuptiæ contrahuntur. Et sufficere videtur hoc casu auctoritas aui, in cuius familia omnes sunt, nec ægre ferre debet filius, si forte ex eadem familia quandoque sua familia augeatur. Ac præterea debetur hoc summæ affectioni aui, vt *l. pen. §. 1. hoc tit.* vt qui princeps est familiæ, is etiam solus sit arbiter nuptiarum faciendarum in eadem familia, sed non etiam extra familiam. Et hoc quoque Accursius intellexit: sed non expliuit rationem: qui quidem Accursius etiam huic legi 16. §. obiicit *§. 1. sed si quis, Instit. de adopt.* vbi ait, *auum posse dare nepotem ex filio in adoptionem, etiam non consentiente filio.* nam aliud plane dicendum est in adoptione. Adoptione nepotis ex filio non auget familiam filij. Nihil est apertius. in hac l. Paulus ponit differentiam inter nepotem & neptem, quam anteuerti exponere in §. 1. eiusdem l. initio autem legis. Paulus docet, iustas nuptias non esse, si senatoris filia, adde vel neptis, vel proneptis ex *l. 42. hoc tit.* libertino nupserit, vt *l. 3. §. 1. de donat. inter vir & vxor.* Quod esse ait ex oratione Diui Marci, quam & Senatusconsult. sequutum est. Oratio Principis recitabatur in senatu, qua princeps complectebatur quod de re aliqua noui iuris constitui è re publ. esse censebat: quod si probabat Senatus, statim sequebatur SC. orationi consentaneum, vt hic locus perspicue ostendit. Et inde sæpissime in iure, quod fieri dicitur oratione Principis vno loco, id alio fieri dicitur SC. Principem autem & Senatum hac in re mouit imparitas generis & dignitas stirpis senatoriæ. Et ideo merito excipitur in *l. 47. hoc tit.* Senatoris filia, quæ corpore quæstum, artemue ludicram fecit, quæue publico iudicio damnata & notata est, quoniam hæc gentis, & familię suæ dignitatem amisit, nec iam existimatur esse senatoris filia, quæ gentem suam tanta fœditate contaminauit, conspurcauit. Male autem Accursius hoc loco notat, hoc Senatusconsultum esse sublatum Nouella Iustiniani, quæ est 117. quoniam ea Nouella non hoc Senatusconsultum, hancue orationem Marci abrogat, qua Senatoris filia libertino nubere prohibetur, sed illud caput legis Iuliæ & Papiæ de maritandis ordinibus, quo Senator prohibetur ducere libertinam, *l. 23. & 44. hoc tit.* Iustinianus qui plus concessit mari quam fœminæ, permisit Senatori ducere libertinam, non etiam clarissimæ fœminæ, id est, Senatoriæ stirpis fœminæ nubere libertino, quia fœmina impari turpius se applicat quam vir, & vir genere nobilitat fœminam, vt ait lex *mulieres, C. de dignit.* non etiam fœmina genere nobilitat virum, cui se adiungit. Ac præterea in §. vlt. huius legis Paulus docet.

Ad §. vlt.

FVrorem esse impedimento nuptiis, quo minus contrahantur, quia consensu contrahentium opus est: & furiosum consentire, vel tacite consentire, nemo sanus dixerit, *l. 14. loc. l. 8. §. 1. de opt. leg.* quia nec vtique dissentire, *l. si furiosi, C. de nupt.* Post nuptias vero iure contractas furorem superuenientem vtrique vel alterutri non dissoluere nuptias, vt *l. patre, de iis qui sunt sui vel alieni iur.* sicut nec testamentum recte factum, nec vllum aliud negotium rite gestum ante furorem, *§. furiosi, Instit. quibus non*

eſt permiſſ. facere teſt. Et ita auctore Tertulliano 2. *ad vxorem*, dominus magiſtratum habet matrimonium cum pagano non contrahi, quam contractum ante conuerſionem omnino diſiungi. Quod declaratur etiam in *capitulo vlt. extra, qui filij ſunt legitimi: & cap. pen. & vlt. ext. de diuortiis.* Nunc tranſeamus ad leg. 14.

Ad l. 14. eod. & l. 23. de adopt.

L. 14. Adoptiuus filius, ſi emancipetur, eam, quæ patris adoptiui vxor fuit, ducere non poteſt, quia nouercæ locū habet.

§. 1. Item ſi quis filium adoptauerit, vxorem eiuſdem, quæ nurus loco eſt, ne quidem poſt emancipationem filij ducere poterit: quoniam aliquando nurus ei fuit.

§. 2. Seruiles quoque cognationes in hoc iure obſeruandæ ſunt. Igitur ſuam matrem manumiſſus non ducet vxorem. Tantundem iuris eſt & in ſorore, & ſororis filia. Idem e contrario dicendum eſt, vt pater filiam non poſſit ducere, ſi ex ſeruitute manumiſſi ſint: & ſi dubitetur patrem eum eſſe. Vnde nec vulgo quæſitam filiam pater naturalis poteſt vxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius, & pudor inſpiciendus eſt: contra pudorem eſt autem, filiam vxorem ſuam ducere.

§. 3. Idem tamen, quod in ſeruilibus cognationibus conſtitutum eſt, etiam in ſeruilibus adfinitatibus ſeruandum eſt, veluti, vt eam, quæ in contubernio patris fuerit, quaſi nouercam, non poſſim ducere. Et contra eam, quæ in contubernio filij fuerit, patrem quaſi nurum non ducere. Æque nec matrem eius, quam quis in ſeruitute vxorem habuit, quaſi ſocrum. Cum enim cognatio ſeruilis intelligitur, quare non & adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius & modeſtius eſt, huiuſmodi nuptiis abſtinere.

§. 4. Nunc videamus, quomodo nouerca, & priuigna & ſocrus, & nurus intelligantur, vt ſciamus quas non liceat ducere. Quidam nouercam per ſe patris vxorem, & nurum filij vxorem, & priuignam vxoris ex alio marito filiam intelligunt. Sed quod ad hanc cauſam, verius eſt, nec aui vxorem, nec proaui duci poſſe. Duas ergo vel plures nouercas ducere non poterit. Non nurum: Nam & is qui adoptiuus eſt, nec naturalis patris, nec adoptiui vxorem ducere poteſt. Sed & ſi plures vxores pater habuerit, nullam earum ducere poſſum. Itaque ſocrus appellatione non tantum vxoris meæ mater, ſed & auia & proauia intelligitur, vt nullam earum ducere poſſim. Nurus quoque appellatione non tantum filij vxor, ſed & nepotis & pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. Priuigna quoque non ſolum ea mihi intelligitur, quæ vxoris meæ filia eſt, ſed & nepotis & pronepotis, vt nullam earum ducere poſſim. Item eius matrem, quam ſponſam habui, non poſſe me vxorem ducere, Auguſtus interpretatus eſt: fuiſſe enim eam ſocrum.

L. 23. Qui in adoptionem datur, his quibus agnaſcitur & cognatus fit: quibus vero non adgnaſcitur, nec cognatus fit. Adoptio enim non ius ſanguinis ſed ius adgnationis adfert. Et ideo ſi filium adoptauerim, vxor mea illi matris loco non eſt: neque enim adgnaſcitur ei, propter quod nec cognata eius fit. Item nec mater auia loco illi eſt: quoniam his, qui extra familiam meam ſunt, non adgnaſcitur. Sed filia mea is, quem adoptaui, frater fit: quoniam in familia mea eſt filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.

INitium legis 14. ſtatim eſt coniungendum cum extremo legis 23. *de adopt.* Ideoque & ab illa l. 23. potius incipiemus. Et in primis ſciendum eſt, hoc diſtare cognationem ab agnatione: quod cognatio ſit nomen generale, quo continetur etiam agnatio & cognatio quædam ſpecialis ἀνώνυμος. agnatio autem ſit nomen ſpeciale. Nam cognati dicuntur tam qui per matrem, quam qui per patrem nobis coniuncti ſunt a Græca voce συγγενεῖς, vt ait lex *Iuriſconſultus §. 1. de grad. & affi.* non a Græca voce νόθοι, qua tamen etiam cognati ſignificantur: nam & Latinis noti accipiuntur pro cognatis.

— *Omnes noti me atque amici deſerunt.*

Terentius: qui alio loco, *Habeo heic neminem, neque amicū, neque cognatum.* Agnati autem dicuntur ij tantum, qui per patrem nobis coniuncti, eiuſdemque familiæ & nominis ſunt, eaſdemque imagines, eademque inſignia, ſiue δίγματα, vt Vegetius vocat, habent, eadem ſcuta. Quamobrem, qui nobis ſunt agnati, & cognati ſunt, quia cognatorum nomen, nomen eſt generis, vt dixi, non contra, omnes, cui cognati ſunt, vtique & agnati ſunt, non certe qui, quæue per fœminas coniunguntur. fœminæ quidem nobis agnatæ, ſimul & cognatæ eſſe poſſunt, veluti ſoror ex eodem patre, ſoror conſanguinea, & amita, id eſt, ſoror patris, ſed non etiam, qui quæue per matrem, ſiue per fœminas nobis coniunguntur, & diuerſæ familiæ, diuerſique nominis ſunt, qui nobis tantum ſunt cognati non agnati. Et mater quoque ipſa, per quam aliis coniungitur, cognata nobis eſt, non agnata. Ergo & alij, qui per matrem nobis coniunguntur, cognati tantum nobis ſunt, non agnati: vt frater, aut ſoror matris, id eſt, auunculus, aut matertera, aut ſoror noſtra vterina. At pater agnatus nobis eſt, *l. 4. §. pen. de grad. & affin.* cum ſit initium agnationis. Et ſi pater nobis agnatus eſt, & cognatus igitur. At retro nos quoque patri ſumus agnati, & per conſequentiam cognati, *l. filias, de ſuis & legit. hered. & d. l. IC. §. 1.* Omnis enim cognatio reciprocatur: cæteri quoque, qui per patrem nobis coniunguntur, agnati nobis ſunt, & cognati, vt fratres ex eodem patre nati, agnati ſibi ſunt, & cognati: fratres, inquam, ex eodem patre nati, qui & germani, & cōſanguinei vocantur, & ſemper in iure conſanguinei, id eſt, fratres ex eodem patri nati. Et quod ait *l. 1. §. pen. de ſuis, & legit. hered.* conſanguineos eſſe eos, qui ſanguine inter ſe coniuncti ſunt, connexi ſunt, ſic accipiendum eſt ſanguine, id eſt, ſemine eodem. Arnobius 2. *Germanitatis,* inquit, quod eſt fraternitatis, *iure, ſociati ſunt.* vt pote ex vno ſanguine, vnoque ſemine procreati. Denique conſanguinei nuſquam in iure dicuntur generaliter pro cognatis quibuſcunque, ſed pro fratribus germanis tantum, non pro fratribus vterinis: Ij fratres conſanguinei agnati nobis ſunt, & per hoc etiam cognati, itemque eorum fratrum filij nepoteſue ex eis. eodem numero ſunt fratres patrueles, qui ex duobus fratribus prognati ſunt. Eodem loco & numero eſt frater vel ſoror patris, id eſt, patruus vel amita, agnatus ſcilicet eſt filio fratris qui vt in Idiotiſmo, etiam latinis nonnunquam *nepos* dicitur: non eſt igitur nepos tantum ex filio, ſed etiam ex fratre vel ſorore, vt illo loco Ouidij:

Cæſar ab Ænea, qui tibi fratre nepos.

Et apud Eutropium, quo loco Octauianum Cæſaris nepotem vocat, Octauius Cæſaris nepos, & interpretatur etiam Pæanius, qui eſt metaphraſtes Eutropij, quia Suida tamen aliter nominatur, nempe *Capito Lycius*: ſed is μεταφραστὴς Eutropij, quem habeo, habet præſcriptum Pæanij nomen, non Capitonis, & ille illo loco, ne quis dubitet, nepotem interpretatur ἀδελφιδοῦν, id eſt, ſororis filium. Eſt & alia differentia inter agnationem & cognationem: agnatio minima capitis deminutione perimitur, id eſt, amiſſione famil. mutatione familię, mutatione nominis. ergo agnatio emancipatione & datione in adoptionem perimitur, ſed non etiam cognatio, *l. 4. §. pen. de grad. & affin. §. vlt. Inſtit. de leg. agnat. tut. §. minus, Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer.* Si igitur me pater naturalis emancipauerit, aut alij dederit in adoptionem, & patri, & patris agnatis agnatus eſſe deſino, ſed non deſino eſſe cognatus. cognatio, quæ ineſt agnationi, naturalis eſt, agnatio eſt ciuilis, & legitimæ agnationis nomen ciuile eſt, cognationis naturale, *d. l. Iuriſc. §. 1.* Et ciuili ratione veluti emancipatione aut datione in adoptionem ciuilis quidem cognatio, id eſt agnatio tolli & aboleri poteſt, non etiam naturalis, *l. 8. de reg. iuris.* At ſi pater adoptiuus me emancipauerit, hoc caſu & agnatio tollitur & cognatio ſimul, quæ in adoptiuis, non natura conſiſtit, ſed per conſequentiam tantum agnationis adſumitur, *l. 3. vnde cogn. l. 4. ſi tab. teſtam. nulla exſtab.* Et hic notandum ex *l. 23. de adopt.* quam dixi coniungendam initio legis 14. & vtramque ſimul explicandam. notandum, inquam,

nquam, est, eum, quem per adoptionem, vel per adrogationem sumimus filium vel nepotem, vel pronepotem, agnatum fieri agnatis nostris, non etiam cognatum cognatis nostris, vel vt Paulus ait in *l.* 23. adoptionem non adferre nobis ius sanguinis, id est, ius cognationis, quod naturale est: sed ius agnationis tantum, quod ciuile est, vel vt Vlpianus in *l.* 12. §. *vlt. de ritu nupt.* eam demum cognationem in adoptione contrahi, quæ est legitima, id est, quæ agnatorum ius habet, non igitur eam, quæ naturalis tantum est, quæ in l. 23. appellatur ius sanguinis, vt in *d.* l. 8. Nec igitur idem est ius sanguinis, & ius consanguinitatis: nam ius consanguinitatis versatur tantum inter fratres consanguineos, siue germanos, id est, inter fratres ex eodem patre natos: consanguinitas est species agnationis, §. *vulgo, Institut. de success. cogn.* Consanguinitas est agnatio, quæ versatur inter fratres germanos. Verum ad rem. Secundum ea, quę diximus, ciuilis ratio commento siue figmento adoptionis, sibi quærendi filij, ciuilem tantum cognationem adfert, id est, agnationem, & per hanc cognationem quoque, quatenus cognatio nomen est generis, non cognationem illam, quæ est ἀνώνυμος secundum Aristotel. quia generis nomine denotatur, non certo & proprio nomine, vt primo Rhet. τῶν σημείων aliud appellari τεκμήριον, aliud esse ἀνώνυμον, quia nonnisi σημεῖον appellatur nomine generis, vacat proprio. Ea vero cognatio ἀνώνυμος est, quæ ex fœminis ducitur & venit. hæc per adoptionem non contrahitur, vt puta per adoptionem nemo fit nobis auunculus, aut matertera, *l.* 12. §. *vlt. hoc tit. de ritu nupt.* fit tamen per adoptionem nobis patruus & amita siue *patertera*, vt veteres loquebantur. Item per adoptionem nemo fit nobis frater cognatus, fit tamen frater germanus siue consanguineus: Quibus autem is, qui adoptatur beneficio adoptionis agnatus fit, iis etiam, vt dixi, cognatus fit, & cognatus manet, quandiu manet agnatio, id est, quamdiu manet adoptio: soluta adoptione, & cognatus & agnatus esse desinit: soluitur per emancipationem. Et huc pertinet lex 1. §. *cognationem, vnde cogn. & l. patris, de in ius voc.* Iterum dico, quibus is, qui adoptatur agnatus fit, & iis etiam cognatus fit, & iis tantummodo. exempli gratia, patri adoptiuo filius fit, ergo agnatus & cognatus. Item filio ac filiæ naturali patris adoptiui, qui, quæue in eiusdem potestate & familia est, fit frater consanguineus, ergo agnatus & cognatus. Et similiter filio fratris adoptiui fit patruus: vel si fuerit mulier adoptata in locum filiæ, filiofam. patris adoptiui fit soror, & filio fratris adoptiui fit amita. Iis vero, quibus qui adoptatur, beneficio adoptionis agnatus non fit, non fit etiam cognatus, vt puta vxori adoptatoris, quæ in manum non conuenit. sic accipienda *l.* 23. secundum ius vetus: vxori, inquam, adoptatoris, quæ in manum eius non conuenit, is qui adoptatur, non fit filius, aut frater, quia vxor, quæ in manum non conuenit, non est in familia mariti, nec igitur ipsa mariti filio adoptiuo est soror, aut mater: proinde nec marito ipsa, nec filio eius adoptiuo agnata est. & si non agnata, ergo nec cognata, ergo nec mater: eadem etiam non est filio mariti adoptiuo adfinis siue nouerca, quia per adoptionem non contrahitur adfinitas. Hoc est certissimum, *l.* 4. §. *pen. de grad. & affin.* Item mater patris adoptiui, quæ cognata ei, non agnata est, vt supra diximus, adoptati auia, & inuicem adoptatus illius nepos non fit, quia cuius agnatus non fit, nec cognatus esse potest. Et tamen, vt Paulus ait in extremo legis 23. cui omnino coaptari debet initium legis 14. quamuis vxor adoptatoris adoptato non sit mater, non sit cognata vel adfinis, & quamuis mater adoptatoris adoptato etiam non sit auia, non sit cognata, quia est extra familiam adoptatoris, non sit etiam adfinis: denique, quamuis sit extranea: tamen etiam eorum, inquit, nuptiæ prohibitæ sunt, vt recte legitur Florentiæ, & recte legit Accursius, dum ait, hoc *tamen*, inquit Accurs. id est, hæc particula *tamen*, refertur ad matrem & vxorem adoptatoris, quæ sunt extraneæ adoptato: Nuptiis tamen eorum, id est, earum personarum etiam prohibitis, inquit, id est, non sororis tantum adoptiuæ, id est, naturalis adoptiuæ patris, quæ in eiusdem potestate est, nuptiæ sunt prohibitæ, quia est soror consanguinea: sed etiam vxoris patris adoptiui, vxoris, quæ puta ab eo diuerterit, vxoris repudiatæ ab eo, itemque matris patris adoptiui nuptiæ prohibitæ sunt, quamuis extraneæ sint filio adoptiuo & vxoris quidem, vel matris patris adoptiui nuptiæ perpetuo prohibitæ sunt, etiamsi adoptio per emancipationem dissoluta fuerit, vt recte Accursius sentit in *l.* 23. *in vltima glossa.* Sororis autem adoptiuæ nuptiæ prohibitæ sunt, tamdiu duntaxat, quandiu adoptio durat, & quandiu ipsa manet in familia & potestate patris, *l.* 17. *de ritu nupt. l.* 9. *in fine de lib. & postumis.* Videamus quæ sit ratio differentiæ: cum matre & vxore adoptatoris, quamuis sit extranea, est perpetua prohibitio: cum sorore tamen adoptiua, quæ est agnata, non est perpetua prohibitio. Ratio differentiæ hæc est, quia etsi vxor adoptiui patris, neque cognata sit adoptiuo filio, neque adfinis siue nouerca, tamen nouercæ locum habet, vt Paulus bis notat in *h. l.* 14. *in princip. & in* §. *nunc videamus.* nouercæ locum habet, id est, quasi nouerca est, & quasi mater igitur. Denique imaginem, & speciem quandam matris habet. Ideoque pudor, & honestas, quæ in nuptiis contrahendis potissimum inspicitur, *l.* 14. §. 1. non patitur, vt eam filius adoptiuus etiam si emancipatus sit, vxorem ducat, nimirum, quia pridem ei quasi nouerca, quasi mater fuit. Nec huic loco legis 14. obstat *l.* 12. *in princ. eod. tit.* quia vt breue faciam, ibi vxor, quam repudiaui non intelligitur, quasi nouerca fuisse secundi mariti sui, quem ego postea adoptaui. Melius tamen esset, ne eum mihi adoptare permitteretur, arg. *legis pen.* §. *sed videamus, eod. tit.* quia adoptio secundi mariti rem deducit in eum casum, a quo incipere non poterat, nempe efficit, vt quasi nouerca, quasi priuigno nupsisse videatur, quod pudor non fert, id est, vt vxor, quæ quondam fuit adoptiui patris, filio adoptiuo nupsisse videatur. Eadem autem ratio, quæ valet in vxore patris adoptiui, valet etiam in matre eiusdem, quia etsi filio adoptiuo neque adfinis, neque cognata, neque auia sit, *l.* 23. tamen quasi auia est. Et ideo nec dissoluta adoptione, si emancipatus filius adoptiuus fuerit, eam vxorem ducere potest. Itaque non video, vt defendi possit, quod legitur in *l.* 55. §. *vlt. hoc tit. patris adoptiui mei matrem* (notanda sunt verba) *aut materteram, aut neptem ex filio vxorem ducere non possum*, scilicet si in familia eius sim, si duret adoptio, *alioquin* (sequitur) *si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias.* Quid igitur, an potero ducere vxorem eam, quæ mater est patris adoptiui, si pater adoptiuus me emancipauerit? Hoc pudor non patitur. Et sane videtur illo loco aliis legentibus *matrem*, aliis legẽtibus *materteram*, vtraque lectio remansisse, sed retinenda tantum ea quæ habet *materteram*, vt sit, *patris adoptiui mei materteram*, hoc sensu, vt patris adoptiui materteram, aut eiusdem neptem ex filio fratre suo adoptiuo, quandiu in familia manet, ducere non liceat: post emancipationem liceat, sicut sororem adoptiuam, si vel ipse, vel ipsa emancipatus sit, ei ducere permittitur, vt dixi ante. Maiore, (& hic est finis) scilicet reuerentia, maiore religione, & castu nobis colenda est memoria earum mulierum, quæ quasi nouercæ, & quasi matres, aut quæ quasi auiæ nobis fuerunt, licet proprie tales non fuerint, vel etiam quæ quasi nurus, ac proinde quasi filiæ aliquando nobis fuerunt, licet proprie tales non fuerint, vt *l.* 12. §. 1. *sup. l.* 15. *inf.* Nam vt Paulus etiam docet initio legis 14. vxorem quoque filij adoptiui, quam duxerat prius quam adoptaretur, postea repudiatam pater adoptiuus vxorem ducere non potest: nec si per emancipationem soluta fuerit adoptio, quia etsi nurus ei proprie non fuerit, propterea quod per adoptionem non quæritur adfinitas, fuit tamen quasi nurus, & per hoc etiam quasi filia. Et sanctissima sunt nomina non patrum tantum, vel matrum, aut filiorum filiarumue, sed etiam quasi patrum, quasi matrum, quasi filiorum filiarumue. vsque adeo sanctum est nomen patris, vel matris, aut filia, aut quasi patris, aut quasi matris, vel quasi filiæ, vt sit nobis reuerendum, aut percolendum

nomen, quoniam, inquit, de nuru, aliquando nurus ei fuit, id est, quasi nurus. *Il faut interpreter ainsi.* Denique maiore reuerentia & religione colo memoriam eius, quæ quasi mater, aut quasi filia mihi fuit, quam memoriam eius, quæ mihi fuit soror adoptiua, quoniam vxorem eam ducere possum, si vel ego emancipatus, vel ipsa emancipata fuerit: maiori item religione, quam materteram patris adoptiui, quoniam si ab eo emancipatus fuerim, eam vxorem ducere possum, maiore religione, quam filiam fratris adoptiui, quam etiam emancipatus vxorem ducere possum, *d. l.* 23. Filiam autem sororis adoptiuæ, id est, adoptatoris neptem ex filia, omni tempore, etiam durante adoptione, vxorem ducere possum, quia auunculus ei non sum, nec imaginem vllam gero patris aut filij. Sororem quoque vterinam patris adoptiui mei vxorem ducere possum, quia matertera mihi non est. Quod proponitur in *l.* 12. *§. vlt. hoc tit.* Denique plus mihi pudoris adferre debet nomen materteræ patris adoptiui, quæ ei matris loco est, quam nomen sororis cognatæ eiusdem cognatæ, non consanguineæ, aut nomen filiæ sororis adoptiuę. Denique totum hac in re facit pudor ac honestas, quæ in nuptiis semper inspicienda, non ius ipsum, quæque efficit, vt & extraneas quasdam mulieres ducere non possimus.

Ad §. Seruiles quoque.

INitium legis quartæ decimę docet, non ducendam eam, quæ vxor fuerit patris adoptiui: neque patri adoptiuo eam ducendam, quæ filij adoptiui vxor fuerit. Sequitur *§. seruiles.* Iure ciuili nulla est cognatio inter seruiles personas *l.* 1. *§.* 1. *vnde cog. l. IC. de grad. & Instit. de seruili cogn.* vel potius *de gradib. cognat.* (quoniam ille titulus de seruili cognatione delendus est) nec matrimonium, quia & in omni iure ciuili, atque etiam prætorio tam ordinario, quam extraordinario seruili pro nullis habentur aut pro mortuis, *l. nullo, ad leg. Cornel. de falsis l.* 1. *sup. de iure delib.* Itaque ancilla partus sui non est mater ciuilis, nec postea efficitur, si forte manumittatur. Paulus 4. Sentent. tit. 10. *neque serui*, inquit, *neque liberti matrem ciuilem habere intelliguntur.* Imo & mater ciuilis si in seruitutem redigatur, mater ciuilis esse desinit, & ego si in seruitutem redigar mater mea mihi mater esse desinit, & cæteri cognati mihi cognati esse desinunt, nec rursus fiunt mihi cognati, si recuperem pristinam libertatem, *l.* 7. *vnde cogn. l.* 1. *§. filio, l.* 2. *§.* 1. *ad Senatusconsf. Tertull.* Denique serui matrem aut patrem ciuilem, aut filium, aut fratrem, vel alios cognatos non habent, *l. hos accusare §. pen. de accusat.* Vnde Plautus *in Captiuis*, cum quidam seruus suum patrem nominaret: *Quem patrem*, inquit ridens, *qui seruus es.* At vt Paulus ait in *hoc* §. in hoc iure, quod scilicet est de nuptiis contrahendis, in hoc iure, non in iure legitimarum successionum, non in iure testamentorum, non in aliis partibus iuris: sed in hoc iure, in hac parte iuris, quæ est de nuptiis, etiam seruiles cognationes, id est, in seruitute naturaliter contractæ obseruandæ & reuerendæ sunt. Et ideo filius ex seruitute manumissus suam matrem æque manumissam non ducet vxorem, si manumissi sint. Item frater non ducet sororem, si manumissi sint. Et hoc est quod ait l. 8. *hoc tit.* libertinus libertinam matrem aut sororem ducere non potest. Et addit rationem, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est, hoc scilicet ius, quo vetitæ sunt nuptiæ inter personas certas, moribus introductum est, quia inualuerunt, inueterauerunt, & irroborauerunt apud omnes gentes, atque ita moribus, id est, iure naturali, non legibus introductum est: si legibus introductum esset, non essent nobis curæ seruiles cognationes, quia legibus serui incogniti sunt, serui sunt extra Rempublicā, extra ius ciuile computantur. Sed quia hoc ius introductum est iure naturali, quo iure omnes homines æquales sunt vt ait *l.* 32. *de regul. iur.* commune est liberorum & seruorum, & quas liberi ducere non possunt, nec serui possunt, post manumissionem scilicet. Itaque neque matrem filius ducere potest, neque frater sororem, neque etiam auunculus sororis filiam, vt ait, postquam manumissi omnes erunt. Hoc semper subintelligendum est. Nam si adhuc sint in seruitute, alia ratione prohibentur, quia inter seruos, aut conseruos nuptiæ iustæ non sunt, sed est inter eos, quod dicitur contubernium sæpissime in iure nostro. Et ipsi etiam serui, qui inter se quasi matrimonio iuncti sunt, contubernales appellantur. Serua nubere, aut seruus vxorem ducere non potest, *l. si ancillæ, de cond. & demonst.* Quidam legauit ancillæ sub conditioue hac, *quum nupserit*, an valet legatum: Videtur non valere, quia ancilla nubere non potest: valet tamen, quia, inquit, quandoque manumissa nubere potest. Loquitur autem hoc loco Paulus de sororis filia, non de fratris filia, quia hoc iure cum fratris filia iustæ nuptiæ erant, vt docet obseruatio 13. cap. 16. hoc tamen iure nouissimo merito abrogatum est. Et illa differentia hoc iure inter fratris filiam, & sororis filiam originem etiam duxerat ex fœdiore & liberiore luxuria Claudij Imperatoris, vt Cornelius Tacitus scribit, quæ tame vsque adeo obseruatur in Digestis, vt nusquam legatur patruum incestas nuptias contrahere cum filia fratris. Et incestæ tantū nuptię esse dicūtur inter auunculum & filiam sororis semper, non inter patruum, & filiam fratris. Qua de re fusius in illa obseruat. Sequitur in hoc §. patrem etiam non posse filiam ducere, si ex seruitute ambo manumissi sint: quamuis, inquit, dubitetur, quod notandum, patrem eum esse: nec dubius pater potest filiam ducere, qui forte non est pater, sed putatur esse. Igitur nec filiam, nec quasi filiam, vt diximus, superius, veluti eam, quæ fuit vxor filij adoptiui, nec dubiam filiam ducere licet. Sacrum est patris, matrisque nomen, sacra sunt omnia parentum, liberorumque nomina in infinitum, *l.* 1. *Cod. Theodos. de maternis bonis. Placuit*, inquit, *salua reuerentia, & pietate sacris nominibus debita, &c.* Quod vsque adeo verum est, vt & veteres patres θεοὺς appellarint teste Simplicio in Epicteto. Vnde deductum θείων nomen, id est, patruorum, etiam hodie remansit. Denique adeo sanctum est patris nomen, vt nec quasi pater, vt initio eius legis diximus, nec dubius pater filiam ducere possit. dubius est pater, si filia sit vulgo quæsita, si *volgiuaga Venere concepta*, vt Lucretius loquitur. Dubius, inquā, vel putatitius νομιζόμενος γονεὺς apud Dionysium 1. vel οἰόμενος γονεύς. Et addit Paulus rationem elegantissimam, quæ in hoc iure, vel huius iuris certissima regula est: *Quia*, inquit, *in contrahendis nuptis ius naturale, & pudor inspiciendus est.* ius naturale, quo iure omnes scilicet homines æquales sunt, non alij serui, alij liberi, & pudor inspiciendus est. Græci vertunt hoc loco τὸ εὐπρεπὲς καὶ τὸ σεμνὸν, sic pudorem interpretantur, vt & Theophil. in §. *vxor, Instit. de nuptiis*, διὰ τὸ εὐπρεπὲς prohiberi nuptias inter me & filiam eius, quę vxor mea fuit, quam post diuortium suscepit ex alio marito, quamuis proprie nunquam mihi priuigna fuerit. Et ita in *leg. semper, inf. hoc tit.* quæ est sententia etiam huius rationis, semper in coniunctionibus, in nuptiis non tam quid liceat, quam quid honestum est, spectandnm esse. Obseruandum esse pudorem, obseruandam modestiam, vt ait infra, vt non sint reprehendendi vllo modo, qui inter cognatos, quam maxime fieri potest, vetant contrahi nuptias, vel tertij, vel quarti vel quinti gradus, vbi scilicet id vetat pudor & modestia morumque honestas in tanta copia aliarum mulierum suadere videtur: *In nuptiis*, inquit, *contrahendis ius naturale & pubor inspiciendus est.* Contra pudorem autem est patrem, qualiscunque sit, etiamsi non sit certus pater, sed putetur esse filiam suam, id est, quæ putatur esse sua, ducere vxorem, oportet abstinere etiam a filia putatitia. Subiicitur in hoc etiam iure, quod est de nuptiis, non tantum seruilem cognationem obseruari, vt dictum est, sed etiam seruilem adfinitatem, id est, eam necessitudinem, quæ intercedit inter virum & vxoris cognatam. Et retro, vt in illa lege quarta, quæ huc pertinet, *§. libertini, de grad. & adfin.* dicitur: *Libertinos, & libertinas, ex* seruitute manumissos scilicet, *inter se adfines esse posse.* Et ideo

ideo manumissum non posse eam, quæ in patris contubernio quondam fuit, æque manumissam vxorem ducere, quia nouercæ loco ei fuit, & matris igitur loco, §. *adfinitatis, Instit, de nupt.* Et inde Græcis cognata sunt nomina *μητρὸς & μητρυιᾶς*, & nostratribus *mere & merastre*. nouercę respondet priuigna. Item eam, quæ in contubernio filij fuit, manumissam pater vxorem ducere non potest, quia nurus loco ei fuit, & filiæ loco igitur. dico fuit: nam si sit adhuc ei nurus, aut nurus loco, alia ratione nuptię prohibentur, quia mulier duobus nupta esse non potest: nurui respondet socer, qui etiam patris dicitur locum obtinere. Item manumissus matrem eius, quam in contubernio habuit, vxorem ducere non potest, quia fuit socrus loco, & vicissim ipse ei fuit generi loco: nam & libertini, libertinæque, quod ad hoc ius attinet, adfines esse intelliguntur. Sed quid fiet, si dubitetur de his personis, quas ante commemoraui, si dubium sit, an quis sit pater, an mater eius, quam in contubernio habuit? Et ait rectissime, *in re dubia certius*, id est, *tutius & modestius esse huiusmodi nuptiis abstinere*. In re dubia, quod congruit omnino cum eo, quod dixit supra, *Patrem filiam in seruitute quæsitam non posse ducere, etiamsi dubitetur, an sit pater.* mox docet Paulus in hoc iure, vel vt ait, *quod ad hanc causam prohibitarum nuptiarum attinet, nouercæ, socrus, & nurus nomen accipi latissime*, puta, nouercam, non tantum significare eam, quæ patris vxor fuit, sed etiam eam, quæ fuit vxor aui, vel proaui, quia & has ducere non possumus. Denique si plures sint quæ mihi nouercæ fuerint, nullam earum ducere possum. Et repetit, quod initio dixerat, nec eam, quæ quasi nouerca, non proprie nouerca fuit, veluti eam, ea sue, quæ in matrimonio patris adoptiui fuerunt, vxores duci posse, sicut nec si pater naturalis plures habuerit vxores secundas diuersis temporibus. *Il le faut entendre ainsi*, nullam earum filius ex prima vxore natus ducere potest, quia omnes sunt nouercarum loco. Et sic eam, quæ mihi fuit socrus, id est, matrem vxoris quondam meę, imo nec auiam aut proauiam vxoris quondam meæ, id est, prosocrum vel absocrum vxorem ducere possum, sed neque eas, quę mihi nurus vel pronurus, vel abnurus fuerunt, puta, quæ filij aut nepotis, aut pronepotis quondam vxores fuerunt. *Priuigna* etiam, quam ducere prohibentur, nomen patet latissime, & complectitur vxoris meæ ex alio marito filiam, quæ proprie est priuigna, & neptem priuignæ filiam, *l.* 40. *inf.* & proneptem, id est, priuignæ neptem, vt & hanc ducere non possim, quia eæ omnes mihi sunt liberorum loco. Et in extremo huius legi; addit Paulus, quod maxime notandum est, vt ex eo præcipue obseruemus, quam voluerit pudorem seruari in contrahendis nuptiis, etiam matrem eius, quam sponsam habui, licet nuptiæ secutæ non fuerint, puta sponsæ nuntio remisso & sponsalibus dissolutis, me vxorem ducere non posse. fuit mea sponsa, nunquam fuit mea vxor, non possum tamen quin mihi pudorem inferam, matrem eius vxorem ducendo. Idque ait, ita interpretatum Diuum Augustum, in lege, vt opinor, cuius ipse auctor fuit, Iulia & Papia de maritandis ordinibus, hac ratione, quia socrus mea fuisse intelligitur, id est, pene fuit socrus mea. Itaque non tantum ex nuptiis, sed etiam ex sponsalibus, quod ad hanc partem iuris attinet, Diuus Augustus interpretatus est contrahi adfinitatem. Quod ostendit etiam *l.* 6. 7. *&* 8. *de grad. & adf. & l.* 12. §. 1. *hoc tit.* quum ait, sponsam me patris, quamuis repudiata sit, ducere non posse, quia pene nouerca mihi fuit, & vice versa sponsam meam, quamuis nuptiæ secutæ non sint, patri meo nubere non posse, quia pene nurus ei fuit. Ex sponsalibus igitur etiam adfinitates in hoc iure de nuptiis contrahi intelliguntur: contrahitur ergo & coniungitur adfinitas ex nuptiis primum, deinde ex sponsalibus, deinde ex contubernio etiam, vt diximus etiam supra. Addere licet, & ex concubinatu, qui matrimonium imitatur: nam & eam, quæ fuit concubina patris mei vxorem ducere non possum sine rubore, nec possum iure igitur, *l.* 1. §. *vlt. de concubinis l.* 4. *C. de nuptiis.* Quæso addamus id tantum, quod est in principio legis 41. *tit. seq. de iure dotium.*

Paul.

Ad l. 41. de iure dot.

Promittendo dotem omnes obligantur, cuiuscunque sexus conditionisque sint.

§. 1. *Sed si nuptiæ secutæ non fuerint, ex stipulatu agi non potest. Magis enim res, quam verba intuenda sunt.*

§. 2. *Accepti quoque latione dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa.*

§. 3. *Si a debitore mulieris, sub conditione dos promittatur, & postea, sed antequam maritus petere posset, debitor soluendo esse desierit: magis periculum ad mulierem pertinere, placet. Nec enim videri mariti nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quod si iam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, soluendo non fuerit, periculum viri esse: quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.*

§. 4. *Si debitor mulieris dotem promiserit, & mulierem heredem reliquerit: Labeo perinde habendum ait, ac si mulier ipsa dotem promisisset. Cuius sententiam Iulianus quoque probat. Nec enim æquum esse ait, vt ei damnetur eius pecuniæ nomine, quam ipsa debeat: & satis esse, acceptilatione eam liberari.*

PRomittendo, ait, dotem stipulanti viro omnes obligari, cuiuscunque sexus conditionisque sint, & ex stipulatu conueniri posse secutis nuptiis, non etiam nuptiis non secutis: eleganti ratione, quia res magis quam verba intuenda sunt: res, id est, id quod agitur inter contrahentes, aut sententia & mens contrahentium, denique etiamsi pure stipulanti viro pro muliere promittam dotem, huic stipulationi intelligitur inesse tacita conditio: hæc stipulatio semper intelligitur esse conditionalis, si nuptiæ sequātur, vt *l.* 4. §. 1. *de pact. l.* 21. *hoc tit. de iure dot.* Et ait, *promittendo omnes obligari cuiuscunque sexus conditionisque sint*, quod ait *προὶξ αὐτεπαγγελτῶ*, ad differentiam dictionis *dotis*. quæ fiebat non vt stipulatio vno interrogante, altero respondente, sed fiebat vltro, non interroganti viro his verbis. Dabimus formulam dictionis dotis ex hoc tit. quam pauci animaduerterunt: his verbis dicitur dos, *decem tibi doti erunt, fundus Sempronianus tibi doti erit*, *l.* 25. 44. §. 1. 46. §. *pen.* 57. *hoc tit.* Et inde comœdia, *Dos est Pamphilæ decem talenta.* Dictio est dotis, non vt Donatus notat, datio dotis. Hoc autem genere, id est, per dictionem nudam dotis omnes non obligantur, hoc genere obligatur tantum mulier, quæ nuptura est, si dicat, *mille doti tibi erunt*, & debitor mulieris si dotem dicat, iubente muliere, quia ipsamet dicere dotem videtur, quum dotem dicit eius debitor iussu eius. Et præterea parens mulieris, non parens cuiuscunque sexus, non parens cuiuscunque cognationis, sed parens masculus & agnatus, parens virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, veluti pater, aut auus paternus, auus maternus dotem dicendo non obligatur, quod aperte Vlpianus scribit *lib. singul. reg. tit.* 6. Regulariter enim dictio nuda obligationem non parit, sicut nec pactio nuda. Et si pactio nuda, quæ est duorum pluriumue, non parit obligationem, & dictio nuda multo minus, quæ est vnius tantum. Verum vt pactio legitima parit actionem, ita & dotis dictio legitima, quam scilicet illæ tres personæ dicunt.

Ad §. 1.

EXposui initium *l.* 41. *de iur. dot.* sequitur in §. 1. *accepti quoque latione dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa:* non tantum per stipulationem, quod initio dixi, sed etiam per acceptilationem dotem constitui, si mulier, quæ debitori suo nuptura est, ei, quod debet, acceptum ferat, ea mente, eoque consilio, vt id deinceps sibi habeat quasi datum in dotem, atque ideo quasi suum, quamdiu manserit matrimonium, siue pecuniæ siue rei certæ debitor fuerit, vel etiam si extraneus idem faciat dotis mulieri constituendæ causa, quæ

debitori extranei nuptura eſt: nam vt ſtipulatione, ita acceptilatione dos a quocunque conſtitui poteſt, non vt dictione dotis a certis perſonis tantum. Ac præterea ſicut ſtipulationi dotis ineſt tacita conditio, *ſi nuptiæ ſequantur*, quod etiam dixit initio huius legis, ita & acceptilationi factæ dotis conſtituendæ cauſa, eadem conditio ineſt, *l.* 43. *in princ. &* §. 1. *infra, hoc tit.* Itaque non ſecutis nuptiis, dicam, debitorem, cui accepto latum eſt, liberatum non eſſe. Acceptilationem imperfectam non liberare debitorem, & imperfectam eſſe eam, cuius conditio impleta non eſt. Obiicies & dices, imo debitor videtur acceptilatione liberatus, etiamſi nuptiæ non ſequantur, quia non ſecutis nuptiis neceſſaria creditori eſt condictio ſine cauſa, vel condictio ob rem dati, re non ſequuta, nec integrum ei eſt agere ex priſtina obligatione. Idque ita proditum eſt, in *l.* 10. *de condict. cauſa data.* quod pugnat omnino cum initio *d. legis* 43. quo cauetur, non ſecutis nuptiis ſuo loco manere priſtinam obligationem, & acceptilationem nullius momenti eſſe. Quod ſi verum eſt, non eſt igitur creditori neceſſaria condictio. Dicam obſeruandum eſſe, quod ait lex 10. de cond. cauſa data, quę obiicitur: Mulierem quę erat nuptura debitori ſuo, pecuniam debitam acceptam feciſſe, cum dotem dare vellet: cum dotem, inquam, dare vellet, id eſt, cum ei eſſet animus ſtatim dandæ dotis ſponſo, vt approperaret nuptias, & mox animaduerterit ſe rectius facturam, ſi ei pecuniam debitam acceptam fecerit, quia & acceptilatio pro datione eſt, & nihil intereſt, inquit, ex numeratione mulier pecuniam, an per acceptilationem dederit. In ea igitur ſpecie animus mulieri erat ſtatim dotem dare, qualem animum plerunque habere mulierem vt credamus, *feſtinatio votorum*, vt Macrobius loquitur, *facit*, argumento legis 8. *hoc tit.* Igitur pecuniam, quam acceptam tulit, cum in eo eſſet, vt dotem confeſtim daret ſponſo. protinus dediſſe ſponſo videtur, & feciſſe accipientis priſtina obligatione ſublata & conuerſa in cauſam dotis, vt iam ſi non ſequantur nuptiæ, non ſit ei integrum agere ex priſtina obligatione, quæ nouata & ſublata eſt, ſed competat tantum condictio pecuniæ, quaſi cauſa non ſecuta, vt *l.* 3. *eod. tit. de cond. cauſa data.* Cui actioni, id eſt, condictioni etiam *l.* 43. §. 1. *hoc tit.* locum eſſe ait, quod notandum, ſi extraneus eodem animo ſponſo mulieris debitori ſuo acceptum tulerit dotis mulieri conſtituendæ cauſa. Nam ſiue donare in totum mulieri noluit, ſeu aliquando repetendæ dotis animum habuit, quandoque ſoluto matrimonio, matrimonio non ſecuto, pecuniæ debitæ condictionem habet quaſi cauſa non ſecuta, ob quam data debitori intelligitur, id eſt, ob matrimonium futurum: ſiue donare in totum mulieri voluit, matrimonio non ſecuto, mulier eandem condictionem habet ſuo nomine, *d. l.* 43. §. 1. Sed ſi mulier vel extraneus alio animo accepto tulerit, puta, vt debitor ita demum liberetur, & in cauſam dotis pecuniam debitam habere incipiat ſi nuptiæ ſecutæ fuerint: non ſecutis nuptiis, mulieri vel extraneo integra eſt actio ex priſtina obligatione, quaſi acceptilatione facta ſub tacita conditione, quæ non exſtitit: nec neceſſaria eſt condictio ob rem dati, re non ſecuta. Et hæc quidem diſtinctio, quæ in hac re obſeruanda eſt, valde confirmatur argumento *l.* 7. §. *vlt. & l.* 9. *ſup. hoc tit.* Acceptilatio autem, etſi non recipiat expreſſam conditionem, recipit tamen tacitam, hoc eſt certiſſimum, *l. actus, de reg. iuris, l. ſub conditione, de ſolut. l. quod in diem, de acceptil. l. querebatur, ad leg. Falcid. l. mortis cauſa capitur* §. *Iulianus*, *de mort. cauſ. donat.* Et hæc quidem dicimus de acceptilatione, quæ fit ante nuptias dotis & nuptiarum cauſa, vt tacitam conditionem recipiat, ſi nuptiæ ſequantur. nam quæ fit poſt nuptias, nullam in ſe conditionem habet, ſicut nec ſtipulatio dotis facta poſt nuptias. Dos acceptilatione & quocunque alio modo conſtitui poteſt, vel ante nuptias vel poſt nuptias. Et in hoc §. 1. ſi verba vrgeas nimis, & Græcis interpretibus credas, proponitur etiam dotis cauſa facta ſtipulatio poſt nuptias, quia dicit debitori marito, & vt iidem interpretes notant, maritus κυείως ὁ γήμας ὀνομάζεται, *maritus proprie dicitur is, qui vxorem duxit*, quod perperam Heruetus interpretatur, dum corrupte legit κυειος cum ο. hoc modo, *maritus is, qui vxorem duxit vocatur dominus*. Et nihil eſt præterea quod pertineat ad §. 1. Sequitur §. *ſi a debitore.*

Ad §. ſi a debitore.

Fingede: bitor mulieris iuſſu eius dotem marito dixit vel promiſit ſub conditione eo tempore, quo is debitor erat locuples & ſoluendo: verum antequam conditio exiſteret, vel ante nuptias contractus deſiit eſſe ſoluendo, quæritur periculum huius nominis, huius obligationis, vtrum ad mulierem, an ad virum pertineat inopia debitoris, quę ante conditionem contingit, vtrum mulierem oneret an virum: Et reſpondet, huius nominis periculum ad mulierem pertinere, non ad virum, quia viro non poteſt imputari, quod nomen non exegerit, quia nec id potuit exigere ante conditionem impletam vel ante nuptias, quæ ratio eſt frequens in iure, vt *l.* 39. *in princip. &* §. *tutores*, *de adminiſt. tut. l.* 6. §. *vlt. de neg. geſt.* Denique non videtur etiam ante conditionem vel ante nuptias vir id nomen ſecutus vel amplexus, non videtur id nomen probaſſe, antequam id exigere poſſet. Itaque ſi pereat nomen, ſi euertatur debitor facultatibus, periculum virum non reſpicit, ſed mulierem. At ſi iam eo tempore, quo debitor mulieris dotem dixit vel promiſit, ſoluendo non fuerit, idque maritus ſciuerit, vel ſcire potuerit: (hæc ſunt paria in iure:) nec eum debitorem mulier ſuo periculo viro delegauerit, vel dixerit idoneum eſſe debitorem, proculdubio periculum ad maritum pertinet, quia vltro ſecutus eſt nomen minus idoneum. Id merito debet ſuæ facilitati expenſum ferre, & de ſe queri, non de muliere. Et ita intelligitur quod ait *l. ſi extraneus* 33. *in fine hoc tit.* illo loco, *quod debitor mulieris promiſerit, id viri periculo eſſe.* Et adde ex *l. inter* §. *abeſſe*, *mand. & l.* 3. *de fideiuſſ. & l.* 3. *in fine*, *vt in poſſeſſ. legator.* bonum & idoneum nomen facere maritum, qui admittit debitorem delegatum, non ignorans facultates debitoris, quas aut ſcite, aut exquirere debuerit. Nam in contrahentibus iura curioſitatem, ſic vocant ſæpiſſime, deſiderant. Baldus atque etiam Græci hoc loco notant recte, maritum, qui debitorem minus idoneum admiſit, non id feciſſe animo donandi vxori, ſed quod meliora ſperaret de facultatibus debitoris. Nam ſi ideo inopem debitorem a muliere delegatum admiſerit, quod mulieri donare vellet, periculum totius pecuniæ debitæ non pertinet ad maritum, ſed eius tantum pecuniæ, quæ a debitore ſeruari poteſt aut potuit: vt ſi a debitore mille, ſeruari centum duntaxat potuerunt, periculum centum duntaxat pertinet ad maritum, quia reſidui donatio ipſo iure nulla eſt. donatio, quę fit inter virum & vxorem, vel conſtante matrimonio, vel ante matrimonium, quando donatio excurrit in tempus matrimonij, vt quum dos conſtituitur, cui ſemper ineſt conditio matrimonij. Et hoc ita proponitur in *l.* 53. *hoc tit.* quæ ſic eſt concilianda cum hoc §. Sequitur in §. *vlt.* huius legis.

Ad §. vlt.

Debitor mulieris dotem dixit vel promiſit, eique antequam dos dicta vel promiſſa exigeretur, mulier heres exſtitit: heres propius accedit ad vicem defuncti, imo & idem homo eſſe fingitur. Mulier ergo iure hereditario ſuſtinet vicem debitoris, & perinde eſt, atque ſi ipſa dotem marito promiſiſſet. Dos igitur ab ea peti & exigi poteſt, vel ſi ante dotem exactam finitum ſit matrimonium diuortio, & ipſa dotem repetat a marito, quam debitor ei promiſerat, repelletur exceptione doli mali, vel in factum, vt in *l.* 7. *infi. huius tit.* nimirum repelletur hac exceptione, *ſi non dolo facis, qua repetis, quod ipſamet mihi debes*, neque enim æquum eſt, vt ait, vt ſoluto matrimonio damnetur mulieri, eius pecuniæ nomine, quam ipſamet debet. Nihil

Nihil est absurdius, quam vt creditor damnetur debitori, sed in hoc tantum damnabitur, quia solutum est matrimonium, vt acceptilatione mulierem liberet, vt per acceptilationem mulierem absoluat. Et est similis omnino ratio, in *l. nupta, in fi. sol. matrim. & in l. si socius pro filia, pro soc.*

Ad l. 12. De pact. dot.

Si pater dotem dederit, & pactus sit, vt mortua in matrimonio filia, dos apud virum remaneret: puto pactum seruandum, etiamsi liberi non interueniant.

§. 1. Ex pactis conuentis, quæ ante nuptias vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, vt mulier dote promissa se alat, & donec nupta sit, dos ab ea non petatur, aut certam summam viro præstet, & ab eo alatur, & his similia: alia ad ius pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium seruatur. Cæterum si conuenerit, ne omnino dos petatur: indotata erit mulier.

§. 2. Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur, & pœnam stipulata sit: Mela ait, alterutro contentam eam esse oportere, vel exceptione pacti, & acceptam facere pœnæ obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.

§. 3. Si fundo æstimato in dotem dato, pacta sit mulier, vt quanto pluris venierit, id in dote sit: Mela ait, id seruandum: cum & ex contrario conuenire possit, vt si minoris venierit, ipsa debeat.

§. 4. Si pacta sit mulier, vt siue pluris, siue minoris fundus æstimatus venierit, pretium quanti res venierit, in dote sit, stari eo pacto oportet. Sed si culpa mariti minoris venierit: & id ipsum mulierem consequi.

SEquitur vt exponamus *l. 12. de pact. dotal.* Quod proponitur initio legis 12. apertissimum est. nemo est, qui nesciat, mortua in matrimonio filia, dotem profectitiam, redire ad patrem, *l. 6. inf. de iure dot. l. 4. C. sol. matr.* Additur exceptio vna initio huius legis, nisi in dote danda conuenerit inter patrem & generum, vt mortua in matrimonio filia dos apud generum remaneret nec rediret ad patrem: quod pactum valet, siue interueniant, siue non interueniant liberi ex eo matrimonio nati, in quod dos data est. nihil est apertius.

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. diuisio pactorum dotalium, quæ fiunt ante nuptias, vel post nuptias: vtroque tempore fieri possunt, *l. 1. & 28. hoc tit.* quæ diuisio cadit etiam in omnia alia pacta. ex pactis dotalibus, vt ait, alia pertinent ad voluntatem contrahentium, quia sola voluntate reguntur contrahentium, non iure publico: nec vt est in Basilicis, necessaria sunt pacta ad dotis constituendę vel fungendæ causam. Denique prorsus voluntaria sunt, exempli gratia, si conuenerit, vt mulier ex dote promissa vel dicta, se alat, tueatur, exhibeat, nec dotem, quandiu in matrimonio fuerit marito dare cogatur, sed vt dixi, vt ipsa ex dote exsarciat onera matrimonij, quam retinet, vel etiam conuenerit, vt certam summam marito præstet quotannis, vt ab eo alatur, & quamdiu eam summam præstiterit, dos promissa ab ea non petatur: in hisce pactis totum facit voluntas contrahentium: atque adeo sola voluntas contrahentium spectatur, & obseruatur semper: alia sunt pacta, quæ ad ius pertinent, vt ait, quæ iure reguntur, non arbitrio contrahentium semper, quæ ius publicum de dotibus attingunt, & in iis non semper voluntas contrahentium seruatur, sed potius potētiusque est id, quod iure publico cautum est, quam quod de ea re inter se contrahentes paciscuntur: vt quum iure sit cautum, dotem, quæ pondere, numero, vel mensura constat, annua, bima, trima die, post solutum matrimonium esse reddendam, si conuenerit in dote danda vel ante nuptias, vel post nuptias contractas, nec dum dissolutas, vt longiore die dos reddatur, puta quinque, aut sex pensionibus annuis: hęc conuentio seruanda non est, quia deteriorem facit causam dotis, nec proficit marito ad exceptionem, sicut nec si conuenerit, ne omnino dos reddatur, vt *l. 16.* Ceterum, inquit hoc loco: *ceterum*, id est, alioquin, hac scilicet conuentione seruata, ne omnino dos reddatur, mulier fieret indotata, quod publica vtilitas non patitur, *l. 1. sol. matrim. l. 2. de iure dot.* Et plus potest hic in re ius, quam mulieris voluntas id paciscentis. Contra si conuenerit in ipso diuortio, quod pro contractu habetur, *l. si vxor 42. de iudic.* in ipso, inquam, diuortio contrahendo, si conuenerit ex continenti, vt exigit *l. iurisgent. §. vt puta, de pact.* vel si in ipso matrimonio contrahendo conuenerit, vt soluto matrimonio dos citeriore die, id est, propiore die reddatur, quam sit iure cautum, puta vt reddatur intra sex menses a die diremti matrimonij, vel vt præsens reddatur, sane hæc pactio seruanda est, & actionem parit. *l. 14.* Ad summam, tempus legitimum reddendæ dotis pacto contrahi potest, non etiam proferri: melior conditio mulieris & dotis fieri, non etiam deterior potest, nec si id velint contrahentes, quoniam iuris publici hæc res est, non voluntatis priuatorum, *l. 17. hoc tit.* Idem Paulus 1. Sentent. *Sponsio*, inquit, *dotis pacto mutari non potest, quia priuata conuentio iuri publico nihil derogat.* Quod est iuxta regulam *leg. ius publicum, de pact.* Qua de causa & omnia alia pacta possis eodem modo diuidere, & dicere, alia regi nuda voluntate paciscentium: alia regi iure & legibus, non nuda voluntate paciscentium vel contrahentium. Diuisio est elegans, quæ vsui esse potest in multis partibus iuris. Item, vt aliud exemplum apponamus, cum iure sit cautum, vt soluto matrimonio, quum dos repetitur, retentiones ex dote fiant ob res donatas vxori: quæ donatio non valet, vel ob res amotas, vel ob impensas factas in res dotales, vel ob mores, quod Basilica addunt, *ob mores*, initio legis 20. & absque dubio id etiam Paulus addiderat. Cum ergo iure sit cautum, vt ob has causas minuatur dos, siue retentiones fiant ex dote, nec tota reddatur, si conuenerit, constante matrimonio, vel ante matrimonium, ne eæ retentiones ex dote fiant, hæc pactio non valet, *l. 5. hoc tit.* sed præualet ius publicum, quo introductum est, vt ex his causis retentiones fierent; valet tamen hæc pactio, si fiat post diuortium. Quidni? & mulieri dotem solidam repetenti hæc pactio prodest ad replicationem, *d. l. 20. in princ.* sicut etsi post diuortium conuenerit, iusta ex causa forte, quod per inopiam maritus tempore legitimo dotem reddere non possit: si, inquam, post diuortium conuenerit ex iusta causa vt dos longiore die reddatur, puta intra decennium, hæc pactio, quæ facta est post diuortium, non, quæ facta est constante matrimonio, vel ante matrimonium, viro proficit ad exceptionem, *l. 18. hoc tit.* Et in hoc quidem §. 1. hæc verba, *quando dos petatur*, respiciunt ad pacta de die reddendæ dotis, quæ exposui supra. Illa autem verba, *quemadmodum reddatur*, respiciunt ad pacta, quæ interponuntur de retentionibus ex dote faciendis, nec tota dote reddenda, aut non faciendis, *quemadmodum reddatur*, id est, tota ne reddatur, an detractis rebus amotis, aut detracta ratione rerum amotarum, vel ratione, quæ venit in iudicium de dote ob mores mulieris, vel ob res amotas, vel ob impensas factas: hæc, inquam, pacta, *quando dos petatur*, id est, quo tempore, vel quemadmodum reddatur, & pacta quæ ad ius pertinent, non tam voluntate contrahentium, quam iure reguntur, aliquando probantur, aliquando improbantur. Possis etiam dicere, quemadmodum dos reddatur, ad id etiam pertinere pactum de fructibus dotis, soluto matrimonio reddendis, de qua in *l. 4. hoc tit.* Sequitur in *§. si mulier.*

Ad §. si mulier.

SI ante nuptias mulier pacta sit, ne dotis dictæ vel promissæ partem dimidiam a se maritus petat, subdita stipulatione pœnali, si faciat contra placitum, non posse marito petente dotem totam, mulierem, & tueri se exceptione pacti, & ex stipulatu pœnam petere, sed alterutro debere esse contentam, id est, vel vti exceptione pacti quod congruit cum legibus adductis ab Accursio *l. rescriptum §. si pacto, de pact. leg. apud* 4. §. *Labeo, de doli except.* Sed addenda est exceptio, nisi in pœnali stipulatione addita sit hæc clausula, *rato manente pacto*: nam hoc casu si aduersarius contra pactionem fecerit, is, qui cum eo pactus est, & vti pacto potest & stipulatione pœnali, *l. pen. sup. de transf. l. cum proponas, C. eod. tit.* Hoc autem genus pacti pertinet ad voluntatem, respicit non ius, sed voluntatem contrahentium, quibus horum pactorum libertas permissa est, sicut & quæ sequuntur pacta in hac lege, pertinent ad voluntatem omnia. Finge: fundus æstimatus 100. in dotem datus est, quo genere id agitur, vt maritus fundum emptum habeat dotis causa, & soluto matrimonio, vt æstimationem præstet: dando autem fundum æstimatum 100. pacta est mulier, vt non tantum æstimatio illa sit in dotem, sed etiam id, quanto pluris eum fundum maritus vendet: valet pactum & augetur dos, si pluris eum fundum maritus vendiderit, vt si eum vendiderit 120. in dote erunt 120. Quod seruatur etiam in venditione qualibet ita facta: *fundus ille tibi emptus esto centum, & quanto pluris eum vendideris*: augetur enim pretium fundi, si emptor eum pluris vendiderit *l. 7. §. vlt. de cont. empt.* E contrario, si fundo æstimato, 100. in dotem dato conuenerit, vt quanto minoris vænierit, id debeat mulier, & suppleat, veluti si vænierit 80. tantum, vt suppleat 20. hæc quoque conuentio valet. Rursus si conuenerit, vt siue pluris, siue minoris fundum maritus vendiderit, non æstimatio, quæ initio dicta est, sed pretium quanti vænierit, etiamsi minimo vænierit, sit in dotem, pactio valet, & seruanda est, nisi dolo aut culpa mariti fundus minoris vænierit, quo casu id, quo minoris vænijt, maritus soluto matrimonio vxori supplere & præstare debet. Quod si fundus ille omnino non vænierit, ea æstimatio præstabitur mulieri, soluto matrimonio, quæ dicta est ab initio, *l. seq.* Hæc sunt exempla pactorum, quæ proponuntur in hac lege 12.

Ad leg. 20. eod. tit.

Ob res quoque donatas vel amotas, vel impensas factas, tunc facta pactio valebit, id est, post diuortium.

§. 1. Si extraneus de suo daturus sit dotem: quicquid vult, pacisci & ignorante muliere, sicut & stipulari potest. Legem enim suæ rei dicit: Postquam vero dederit, paciscí consentiente mulieri debet.

§. 2. Si conuenerit ne a muliere, neue a patre dos petatur: heres non habebit exceptionem. Sed si conuenerit, ne manente matrimonio, viuo patre petatur, mortuo patre statim exigitur. Et si non petierit maritus, tenebitur huius culpæ nomine, si dos exigi potuerit. Nisi forte ante diremptum sit matrimonium, quam facultatem petendi haberet.

QVibus addamus alia exempla ex l. 20. eod. Finge: extraneum pro muliere de suo dotem dare, non patrem: sicut pater tamen, vt *l. 7. hoc tit.* ita & extraneus initio dandæ dotis stipulari vel pacisci quidquid vult, potest, etiam inuita, aut ignorante muliere, puta vt quoquomodo finito matrimonio dos sibi reddatur, quod est pacto sibi dotem recipere, quæ ob eam rem *dos receptitia* dicitur, *l. 31. §. sed & dos, de mort. causa donat.* Suæ rei vnusquisque legem, quam vult, dicere potest, quamdiu sua est, etiamsi inibi sit vt mox sua esse desitura sit: sic fit, vt dominus, qui rem suam

A vendit, vel donat, eam addicat suis legib. vt est in Comœdia: *Quasi fundum habens meis me legibus addicam.* Hoc tantum distat pater ab extraneo, quod extraneus pacto sibi dotem recipere potest, quam dat: sibi dotem, quam dat, excipere potest pater, non nisi stipulatione. Pater idem efficere potest stipulatione, sed non etiam pacto: non quodcunque fieri potest stipulatione, & pacto fieri potest. Et hoc ipsum ostenditur in *l. auia, C. de iur. dot.* & varietatis ratio est elegans, quia enim patri dotis filiæ conseruandæ onus vel officium incumbit, non temere qualibet conuentione eam filiæ præripere, & sibi recipere potest, non pacto nudo, sed solemni stipulatione tantum. At post dotem datam neuter sibi, nec pater, nec extraneus sibi pacisci, aut B stipulari de dote quicquam potest sine voluntate mulieris, cuius dos facta est propria, quod ostenditur in §. 1. *l. 20. & l. quotiens, sol. matr. & l. cum a socero 7. C. de iur. dot.* In §. *vlt. leg.* 20. ostenditur, valere pactum, si conuenerit, ne dos promissa a patre, vel a muliere petatur, & petenti marito obstare exceptionem pacti, videlicet, si petat a patre, vel a muliere: nam ab herede eius petere potest, quia pactum illud in personam, non in rem esse censetur, quia pactum personale, non generale esse censetur, propterea quod id singularis adfectio soceri vel vxoris extorsit. At vt subiicit, *si conuenerit, ne manente matrimonio, viuo patre, dos promissa petatur,* quę conuentio perquam euidenter est personalis tantum, mortuo patre, quia ab herede eius dos peti & exigi potest, si maritus eam non exegerit, cum scil. haberet spatium exigendi, aliquamdiu manente matrimonio C post mortem patris, itemque si heres patris locuples fuerit, si luculenta patris hereditas fuerit: nam & hoc exigitur in *l. Mæuia, sol. matr.* deinde heres patris lapsus sit facultatibus, & desierit esse soluendo: hanc negligentiam mulier marito imputabit, quod in tempore dotem ab herede non exegerit, quum soluendo erat, & repetet mulier dotem a marito, vel ab herede eius soluto matrimonio. Soluit autem matrimonium, idem Paulus hoc lib. scribit, in *l. 1. de diuort.* iam enim explicata est, *l. 12. 14. 16. & 21. de pact. dotal.*

D Ad leg. 1. de diuortiis.

Dirimitur matrimonium diuortio, morte, captiuitate, vel alia contingente seruitute vtrius eorum.

SOlui, inquam, matrimonium diuortio, solui item captiuitate, vel seruitute alia contingente vtrius eorum. Vbi eleganter separat captiuitatem a seruitute, vt & edictum, *ex quib. causis maiores in integ. restit.* propter spem postliminij, quæ facit, vt captiui non omnino existimentur esse serui, id est, non sint deplorati serui. Reliquæ leges huius libr. sunt de diuortiis. Ac primum lex 191. *de verb. signif.*

Ad l. 191. de verb. sign.

E *Inter diuortium & repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa diuortisse dicitur. Quod diuortium ex eo dictum est, quod in diuersas partes eunt, qui discedunt.*

DOcet quid distet diuortium a repudio, hoc nempe distare repudium a diuortio, quo genus a specie, repudij nomen esse generale: repudiari tam sponsam quam vxorem: repudiari tam sponsalia quam nuptias: diuortij autem nomen esse speciale, quia fieri dicitur tantum inter maritum & vxorem, & ex eo appellatur, inquit, quod in diuersas partes eant, qui discedunt, vt *l. 2. de diuort.* Denique vxor quidem diuortisse dicitur, sed non etiam sponsa. Sequitur in *l. 3. de diuort.* quod & repetitur in *l. 48. de reg. iuris.*

Ad

Ad l. 3. De diuort.

Diuortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quicquid calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseuerantia apparuit, iudicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si breui reuersa vxor est, nec diuortisse videtur.

DIuortium esse, quod fit animo perpetuæ dissensionis, nimirum vt contra quoque matrimonium est, quod fit animo & voto perpetuæ, & indiuiduæ consuetudinis. eadem est contrariorum ratio, eademque finitio. Itaque vt ait: *quidquid fit, vel dicitur inter coniuges calore iracundiæ, non prius ratum est*, non prius habetur pro diuortio, vt si iratus vir dixerit vxori, res tuas tibi habeto, reddito claues, facessas domo, si vxorem abegerit a ianua, *non id prius pro diuortio habetur, quam perseuerantia apparuerit, iudicium animi fuisse*, sed dicitur friuusculum, vel iurgium, friuolarium dissidium, & nonnunquam noxia ab auctoribus vnde *noise*, & ἰζυμαχία. Itaquè etiam calore iracundiæ misso repudio, si breui reuertatur mulier, quæ misit repudium, non videtur diuertisse, si breui reuertatur, sicut dici solet, *iram esse furorem breuem*. Themistius in oratione de amicitia ait, τὴν ὀργὴν μανίαν ὀλιγοχρόνιον εἶναι. Et fertur etiam hæc sententia Catonis Censorij, *Iratus a furente tempore solum differt.* Hic est finis libri 35.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXVI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 1. & 3. de fundo dot.

Fundus dotalis seruo legatus, ad legem Iuliam pertinet quasi dotalis. §. 1. Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est.

LIber 36. Pauli ad edictum, ad quem nunc accedam, & ex quo dabimus *l. 1. & 3. de fundo dotali, & l. 36. de donat. inter vir. & vxor.* est etiam de dotibus, vt superior, vel de donat. inter vir. & vx. Et initio quidem proponitur statim *l. 1. & 3. de fund. dot.* caput legis Iuliæ de adulteriis, quo prohibetur maritus fundum dotalem obligare vel alienare, mulieri data potestate irritæ faciendæ alienationis, si quam is fecerit, vel pignerationis, *l. cum pater § qui dot. de leg. 2.* Fundum, inæstimatum scilicet qui & proprie dotalis dicitur, *l. vn. § in fundo, C. de rei vxor. act.* fundum enim, quem maritus æstimatum accepit in dotem, alienare vel obligare suo iure potest, *l. 12. § pen. & vlt. tit. prox. sup. l. 6. C. de vsufr.* quia pleno & perpetuo iure quasi ex venditionis causa (æstimatio venditio est) fundi æstimati dominium marito acquiritur, adeo, vt nec soluto matrimonio eum vxori restituere cogatur, sed æstimationem tantum, quæ facta ab initio conuentaque est inter eum & vxorem. Lex igitur Iulia pertinet tantum ad fundum inæstimatum, vel etiam ad ædes inæstimatas. Nam vt lex 12. tabul. quæ iubet auctoritatem fundi esse biennium, valet etiam in ædib. ita & lex Iulia de fundo dotali, licet in ea ædes non appellentur. Proinde rectius diceretur lex Iulia de prædio dotali. Nam prædij appellatio, & fundum complectitur & ædes. Et in hoc quoque tit. frequentius prædium appellatur, quam fundus. Denique in omni prædio, rustico vel vrbano, in omni re immobili, quæ in dotem data est, lex Iulia obseruatur, non etiam in re mobili, quæ in dotem data est: hanc maritus alienare & pignerare potest: non item in seruo dotali, nam & hunc maritus alienare, imo & manumittere potest, si soluendo sit, sit par quandoque reddendæ dotis, *l. seruum, de manumiss.* Hæc sunt certissima. Sed si seruo dotali fundus obuenerit iure legati, vel iure hereditario, relictusque ei sit fundus, contemplatione (hoc enim exigitur) & respectu mulieris, prouidentia mulieris, non contemplatione mariti, hic quoque fundus ad legem Iuliam pertinet, quasi dotalis, nec a marito alienari potest. Et ita Paulus scribit in *l. 3. de fundo dot.* hac ratione, (sic enim illa lex interpretanda est,) quia & fundus ille, quem acquisiuit seruus, dotalis est, qui ei relictus est respectu mulieris, soluto matrimonio reddendus est mulieri, repetique a muliere potest, repetereque eum mulier a marito potest actione de dote, quasi dotalem, *l. 65. de iure dot.* Et vt præcidit, definitque lex 3. cuius fundi repetitio mulieri competit actione de dote, aut omnimodo competitura est, diuortio soluto matrimonio, vel morte, aut captiuitate, aut seruitute mariti, is vtique fundus ad leg. Iul. pertinet, nec alienari potest: alioquin, si dotem mulier soluto matrimonio non sit repetitura actione de dote, proculdubio alienari potest, quia nihil mulieris interest, cuius causa lex illa lata est: vt puta si mulier in matrimonio decesserit, & dos lucro mariti cesserit, *l. pen. hoc tit.* vel etiam si fundus dotalis sit *receptitius*, id est, si extraneus, qui eum pro muliere dedit in dotem, eum sibi receperit caueritque, eum sibi reddi quandoque soluto matrimonio: hic est vnus casus, quo lex Iulia de fundo dotali cessat: addamus alios duos ex lege prima, quæ est etiam ex eod. libr. Vnus hic est, si alienatio fundi dotalis fuerit necessaria, fuerit coacta: nam lex Iulia interdixit tantum alienationem voluntariam: & necessariæ quidem alienationis exemplum tale proponitur in l. prima, si cum ex pretio dotali vicinus periculum aliquod damnumve timeret, & ob id desideraret maritum sibi satisdare damni infecti, maritus satisdare non potuerit: neque enim est facile omnibus inuenire fideiussores, & ideo si vicinus in possessionem prædij missus fuerit ex primo decreto prætoris, vel præsidis: ac deinde, qui est ordo iuris, secundo decreto possidere iussus sit, quo decreto vicinus possessionis fundi dotalis dominus efficitur, & in hac l. 1. hoc loco, *hic enim dominus vicinus fit*: Dominus, *id est*, possessor, vt in *l. si finita 15. §. Iulianus, de dam. infect.* quod & ibi recte, hoc loco perperam Accursius interpretatur, missus in possessionem ex primo decreto non fit possessor, iussus possidere ex secundo fit possessor, proprietarius non fit, sed per possessionem, quam nanciscitur & per vsucapionem proprietatis acquirendæ occasio ei præbetur, vt *l. 18. § non solum, de damno inf.* hoc vero genere possessio fundi dotalis alienatur, atque etiam proprietas secuta vsucapione, & valet alienatio, nec irrita fieri potest, quia voluntaria non est, id est, sponte mariti facta non est, sed necessaria est, vt pote cum habeat originem iuris necessariam, vt loquitur lex *alienationes, famil. ercisc.* originem iuris necessariam, nempe decretum prætoris vel præsidis, cui obtemperare necesse est. Alter vero casus, quo alienatio prædij dotalis non impeditur, hic est, si per vniuersitatem ἐν ἑνάδι & quasi auersione, vt loquimur, prædium dotale transeat ad alterum, veluti ad heredem mortuo marito, eo herede instituto testamento mariti: vel ad dominum, marito sua sponte redacto in seruitutem, vel ad fiscum, vt in *l. 2. hoc tit.* marito defuncto illo herede relicto, ad quem lege vel testamento bona eius redierint, quo exemplo Græci vtuntur recte in *l. 2.* denique bonis vacantibus, & ideo ex l. Iulia caducaria redactis in fiscum, per se quidem prædium dotale alienari non potest, cum ceteris omnibus bonis mariti, cum vniuersitate bonorum alienari potest, vt *l. quædam, de acquir. rer. dom.* Per vniuersitatem, inquam,

alienare poteſt, cum ſua cauſa tamen, vt oſtenditur in hac l. 1. videl. vt eodem iure ſit prædium dotale apud heredem, vel dominum mariti, vel fiſcum ſucceſſorem in mariti bonis, quo apud maritum fuerit, puta vt alienari non poſſit ab herede, vel domino, vel fiſco, & a marito quidem ad heredem ceteroſque ſucceſſores mariti prædium dotale tranſit, ſecundum quod poſſibile eſt. Hæc ſunt verba Pauli in hac l. 1. *Secundum quod poſſibile eſt:* nec enim tranſit pleno iure, aut perpetuo iure, ſed tranſit, vt tranſire poteſt. Denique non tranſit ad heredem, vt apud eum permaneat, ſed vt mox mulieri reſtituatur, retentionibus ſiue deductionibus factis ex dote ob res donatas forte, & amotas, & impenſas: Nam & iis retentionibus vti heres mariti poteſt, *l. rei iudicatæ §. 1. ſol. mat.* Male autem hoc loco Accurſius ait, etiam ad legatarium prædium dotale transferri poſſe teſtamento mariti: nam lex de herede loquitur tantum, & de prædio dotali in alium transferendo per vniuerſitatem: at legatarius non eſt ſucceſſor vniuerſitatis, non eſt ſucceſſor vniuerſi iuris, vt heres, vel dominus. Et vero etiam conſtat ex *l. 13. §. vlt. hoc tit.* legatum prædij dotalis non valere, niſi vxore herede inſtituta, & bonis mariti æquantibus dotem. Nec quidquam ab Accurſio facit lex 8. §. 3. *ff. de alie. iud. mut.* quam in teſtimonium vocat: quoniam non eſt de lege Iulia, de qua agimus, ſed de edicto de alienatione iudicij mutandati cauſa facta. In l. Iulia *alienationis* verbum latius patet, quam in illo edicto: nam in lege Iulia complectitur etiam legatum aut fideicommiſſum, non etiam in illo edicto. Sequitur *l. 36. de donat. inter vir. & vxor.*

Ad l. 36. De donat inter vir. & vxor.

L. 36. Si donatæ res exſtant, etiã vindicari poterunt. Sed quia cauſam poſſidendi donatio præſtitit: niſi reddatur res, æſtimatio facienda eſt iuſto pretio: cauerique poſſidenti debebit de euictione ſimpli, quanti ea res ſit, idque etiam Pædio videtur.

1. §. Sponſus alienum annulum ſponſæ muneri miſit, & poſt nuptias pro eo ſuum dedit. Quidam, & Nerua putant, fieri eum mulieris, quia tunc factam donationem confirmare videtur, non nouam inchoare: Quam ſententiam veram eſſe accepi.

Certum eſt poſt nuptias contractas donationem inter virum & vxorem moribus populi Rom. qui mos & a nobis receptus eſt, improbatam eſſe, vſque adeo, vt res donatæ ab eo, eaue, cui donatæ ſunt, reuocari poſſint, ſi donatorem pœniteat: & reuocantur condictione ſine cauſa, vel ex iniuſta cauſa, ſi conſumptæ ſint, ſi extinctæ ſint, vel ſi exſtent, directa vindicatione, quia in dominio donatoris permanſerunt, nec donatario acquiſitæ fuerunt, *l. 5. §. vlt. & l. 6. & l. 55. hoc tit.* Ex hac igitur cauſa dominium rerum donatarum non mutatur, & conſequenter nec poſſeſſio ciuilis, quæ poſſidetur ſemper animo domini, cogitatione domini, *l. ſi eum qui, h. tit.* Poſſeſſio tamen naturalis mutatur & a donatore ſiue marito ſiue vxore transfertur in donatarium, *l. 1. § . deiicitur, vnde vi: & l. 1. §. ſi vir, de acquir. poſſeſſ.* nec vero ius ciuile, quo prohibetur donatio inter virum & vxorem efficere poteſt, vt poſſeſſio vtilis ſiue naturalis, quæ facti eſt potius, quam iuris, volente donatore non transferatur in donatarium. Itemque non poteſt efficere, vt donatarius non cenſeatur eſſe bonæ fidei poſſeſſor, qui volente domino poſſidet, volente domino & deferente poſſeſſionem. Et huius rei, id eſt, tranſlatæ naturalis poſſeſſionis effectus ij ſunt, primum, vt donatarius, cui coniunx prædium donauit, fructus manu ſatos ſuos faciat, vel cui coniunx ſeruum donauit, vt quidquid is ſeruus acquirit, ei acquirat, *l. fruct. 45. de vſur. l. 17. h. t.* Denique quod initio huius legis oſtenditur, ſi donator pœnitentia actus res donatas, quæ exſtant, vindicet, vt donatario inuito eas ipſas res extorquere non poſſit, ſed liberetur donatarius præſtando earum rerum iuſtum pretium, retinendo res, *quia*, inquit, (eſt ratio elegantiſſima,) *cauſam poſſidendi vxori donatio præſtitit.* ergo voluntas mariti, qui donauit vxori: nec ea igitur res vxori temere auelli poteſt; ſed ſi rem donatam reddere nolit, æſtimatio, vt ait, facienda eſt iuſto pretio, non quanti actor, id eſt, maritus in litem iurauerit, id eſt, non quanti iuratus eam rem æſtimauerit. Denique æſtimatio eius rei facienda eſt ſuo pretio, non pretio quod iuratus actor indicauerit. Et hæc quidem æſtimatio, ſi præſtita ſit actori, emptioni venditioni ſimilis eſt, *l. litis æſtimatio, pro empt. l. ſi propter, rerum amot.* Et ideo cauere actor poſſidenti debet, cauere maritus vxori debet de euictione, non dupli quidem, vt ait, ſed ſimpli tantum, quantum reuera ea res eſt. Quæ omnia in hac ſpecie ſingularia ſunt: Namque alias regulariter poſſeſſor qui rem non reſtituit actori, tanti damnatur, quanti actor in litem iurauerit, nec ſatis eſt, ſi offerat iuſtum pretium, *l. qui reſtituere, de rei vindic.* Ac præterea actor nihil ei cauere debet de euictione, *l. 35. §. pen. eod. tit.* Et in hac ſpecie eius iuris ſingularis ſiue ſpecialis, nimirum, vt res vxori a marito donata æſtimetur iuſto pretio, non quanti maritus iurauerit in litem, & vt maritus accepto iuſto pretio caueat vxori, quaſi emptrici de euictione, hæc eſt, quam tetuli ante, quia cauſam poſſidendi donatio & propenſa voluntas mariti præſtitit vxori. Ideoque ſatis abundeque eſſe debet marito, ſi ei ſoluatur iuſtum pretium, ſi modo & ipſe vxori caueat de euictione in ſimplum, non in duplum, vt fieri in aliis emptionibus ſolet: ne ſcilicet tam aſpere, tam acerbe hæc res tranſigatur inter maritos, inter virum & vxorem. Altera pars huius legis eſt facillima, *ſi ſponſus alienum anulum, &c.* Inter ſponſos donatio valet omnimodo: hoc eſt certiſſimum, *l. 27. hoc tit.* inter maritos non valet. Nunc finge: ſponſus ſponſæ anulum, qui alienus erat, non ſuus, muneri miſit, eoque illam forte ſubarrauit, vt loquuntur. Adhelmus de laudibus virginitatis: *Anulo*, inquit, *ſubarratam ſortitur virginem.* Et Iulius quoque Solinus de Thracum vxoribus, *quæ*, inquit, *præ cæteris ſpecie valent, ſubarrari volunt.* Et ita in emptione venditione arræ nomine anulus dari ſolebat, *l. ex empto §. ego illud, de act. emp. l. 5. ſi ei quem, de inſtit. act.* In ſponſalibus quoque ex vtraque parte deponi anuli ſolent, *l. 17. §. vlt. de præſc. verb.* Plinius 33. cap. 1. illo loco, *ad ſponſiones anulo exſiliente.* Et Iuuenalis. 6.

Et digito pignus fortaſſe dediſti.

Demoſthenes quoque περὶ Παντάινετον proponit ſponſionem ita factam, φέρε, τ̀ δάκτυλον ἰδέε. Planudes in Æſopo. ϰ̀ καταφαιρεῖ τοὺς δακτύλους τοὺς συνθήκας ἐξ·δίδωσι. Et ita vt dixi in hoc §. proponitur, ſponſum ſponſæ anulum muneri miſiſſe, ſed alienum, non ſuum, & poſt nuptias contractas vt factum corrigeret, pro anulo alieno, ſuum dediſſe, pro anulo alieno, quem donauerat ante nuptias, ſuum dediſſe, an donatio valet, quaſi facta inter maritos, nimirum poſt nuptias contractas? imo valet, vt eleganter ait Paulus: quia eo modo facta donatio ante nuptias confirmari videtur, non noua inchoari, id eſt, non nunc videtur anulum donare vxori, ſed donaſſe olim ante nuptias: & ideo maluit dicere eum pro alieno anulo quem in ſponſalibus donauerat, ſuum dediſſe, dediſſe, non donaſſe. Et hoc quoque belle confirmari poteſt ex *l. 5. in prin. h. t.* Reſtat vt exponamus *l. 23. & 25. ſolut. matr. quemadm. dos pet.*

Ad l. 20. ſol. matrim.

Et ſi quid in eam dotem impenſum eſt, nec a muliere reddetur, per doli mali exceptionem ſeruabitur.

Lex 23. pendet ex proxime ſuperioris §. vltimo, in quo quod ſcriptum eſt, idem hoc quoque libro Paulum ſcripſiſſe reor. Si mulier libera per errorem nupſerit ſeruo homini, & dotis nomine ei dederit aliquid, certum eſt, neque nuptias, aut matrimonium, neque dotem eſſe: cognito tamen errore & peracta forte de ſtatu illius hominis liberali cauſa, priuilegium exactionis, quod iuſta vxor habet in actione de dote, quam repetit ſoluto matrimonio, nempe vt præferatur omnibus aliis creditoribus mariti, etiam anterioribus, idem priuilegium, aut quaſi priuilegium, vt loquitur *d. §. vlt.* & hæc mulier habebit in actione de peculio quaſi de dote, quam contra dominum eius ſerui habet,

habet, vt ille §. *vlt.* indicat satis aperte: *& l.3.C.eod.tit.*id est, præferetur cæteris omnibus creditoribus peculiariis in exigendo eo, quod vice dotis seruo dedit, quem existimabat sibi esse iustum maritum: præferetur, inquam, ceteris omnibus creditoribus peculiariis, non tamen domino, si quid is seruus domino debeat, quandoquidem dominus ante omnes alios quoscunque creditores etiam priuilegiarios deducit ex peculio semper, quod sibi debetur: priuilegium deductionis, quod dominus habet, quo cum agitur de peculio, superat & supereminet omnia alia priuilegia, *l. ex facto* 52. *de pecul.* quia & id iam ante de peculio dominus detraxisse intelligitur. Et hoc tamen ita procedit, vt si exstent res, quas veluti in dotem dedit, vel si exstent res, quæ ex ea pecunia, quæ dotalis videbatur, comparatæ sunt, quæ etiam quasi dotales esse videntur, *l.* 54. *de iur. dot.* mulieri B reddantur, vt eæ res, quæ exstant omnimodo atque confestim, nulla domini vel aliorum habita ratione, quæ est sententia §. *vlt.* Optima ratione, quia & eæ res, quas dedit, vel res, quæ ex pecunia quasi dotali comparatæ sunt, in dominio mulieris permansisse videntur, nec vnquam fuisse in peculio, *l.3. de pecul.* Sunt ergo extra rationem peculij: Et iis consequenter, atque similiter, nunc additur in *l.* 23. retentiones, quæ fiunt ex dote, contractis iustis nuptiis, ac postea dissolutis, quæ fiunt scilicet in iudicio rei vxoriæ, siue de dote ob impensas, quas maritus fecit in res dotales, easdem retentiones & in specie proposita posse dominum inducere, & seruare impensas, quas fecit seruus in res, quæ dotales videbantur. Dominus, inquam, si quasi de dote conueniatur actione de peculio, conuentus quasi de dote, C de peculio, peculio tenus, quas impensas in res quasi dotales seruus fecit, putatitius maritus eas seruabit, vt ait, per exceptionem doli mali, indistincte, siue necessariæ fuerint impensæ, siue vtiles, vt *l.42.§.1.h.t.* per exceptionem doli mali, inquit, quæ scilicet opponitur, vel quæ inest bonę fidei iudiciis etiam non opposita, & suppletur officio iudicis. Ergo & quæ inest iudicio dotis, *l.* 21. *sup.* & non tantum iudicicio dotis, sed & iudio quasi dotis, vt in hac specie de peculio: nam vtrumque iudiciume iusdem iuris, & potestatis est, sicut actio directa, & vtilis dicitur eiusdem iuris esse, & potestatis, & eundem effectum habere, *l. actio* 47. *de negot. gest.* sicut iudicium tutelę & protutelæ eiusdem potestatis est: vtrumque bonæ fidei, quod indicat satis apert e *l.* 1. *§. in protutela. & l. pen. de eo qui pro tut.* D *vel cur. neg. pup. &c.* Sicut item priuilegium etiam in hac specie, & quasi priuilegium, vtrumque idem potest, idemque efficit. Denique eadem est ratio dotis, & quasi dotis, & vtriusque iudicium idem, nempe vtrumque bonę fidei, adeo vt insit vtrique exceptio doli mali, nec eam opponi, vel in iudicium deduci, aut allegari necesse sit. Et sic etiam proculdubio in *l. hered.* 50. *de petit. heredit.* doli exceptione, id est, doli exceptione, quę tacite inest petitioni hereditatis, in qua nominatim dicitur in *l. plane* 38. *eod. tit.* non desiderari exceptionem doli mali, quod semper suppleatur officio iudicis, & iudicij ipsius, quod est bonę fidei potestate, quia nihil est bonæ fidei contrarium magis, quam dolus malus: ergo vbi quid dicitur fieri per exceptionem doli mali, ne existimes semper id fieri per exceptionem, quam opponat aduersarius, sed id fieri per exceptionem tacitam, E quæ iudicio inest: nec igitur opponenda est exceptio, nisi nominatim dicatur opposita vel posita exceptione doli mali. Et hæc sufficiunt ad *l.* 20. Transeamus ad l. 25. cuius initium est satis difficile.

Ad l. 25. eod. sol. matr.

Si filiofamilias dos data sit iniussu patris: de peculio quidem agetur. Sed siue propter impensas a filiofamilias factas, siue propter res donatas a filio, vel amotas ab vxore res peculiares: hoc ipso quod habet actionem pater ex persona filij, maius peculium fit. Et sic totum est præstandum mulieri, quod est in peculio. Quia adhuc fit, quod vxori debeat. 1. §. *Maritum, in reddenda dote de dolo malo, & culpa cauere oportet.* A *Quod si dolo malo fecerit, quo minus restituere possit: damnandum eum, quanti mulier in litem iurauerit: quia inuitis nobis, res nostras alius retinere non debeat.* 2. §. *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint & vir in reddenda dote moram fecerit: Omnimodo detrimentum ipse præstabit.* §. 3. *Si qui dotalium seruorum in fuga erunt: cauere debebit maritus, se eos viri boni arbitratu persecuturum & restituturum.* 4. §. *Si vir in quinquennium locauerit fundum, & post primum forte annum, diuortium interuenerit, Sabinus ait, non fundum alias mulieri reddi oportere, quam si cauerit, si quid præter vnius anni locationem maritus damnatus sit, id se præstatum iri: sed & mulieri cauendum, quicquid præter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum.*

Si filiusfam. qui, vt oportet, iussu patris vxorem duxit, dotem acceperit iniussu patris, recte acceperit, quia non vt in contrahendo matrimonio, ita & in dote accipienda, sicut & in contrahendo quolibet alio negotio, præterquam in adeunda hereditate, non inquam, requiritur iussum patris. Non poterit autem in hoc casu, quum filiofamil. dos data est iniussu patris, soluto matrimonio cum patre mulier in solidum agere actione de dote, perinde atque si iussu eius filiusfam. dotem accepisset. si iussu eius, ageret in solidum: sed quia iniussu eius filiusfam. dotem accepit, actione de dote pater tenetur de peculio duntaxat, quia videtur ad eum dos peruenisse, penes quem peculium fuit, *l.22. §. pen. & l.53. hoc tit. l. si filio nupta* §. 1. *fam. ercis.* Pater tenetur de peculio duntaxat: addendum, teneri etiam eum, si quid dolo eius capta fraudataque sit mulier, *l. 5. in princip. l.36. de pecul. l.* 1. §. *filiumfamil. depos.* Et ideo, si res dotales pater penes se habeat, ita vt restituere eas mulieri possit, nec velit restituere, quia dolo malo fecit, hoc casu tenetur in solidum, quanti ea res est, quantique mulier in litem iurauerit: alioquin tenetur de peculio duntaxat. Et qui præcipuus est locus eius legis, in peculio computabitur etiam id, quod mulier debet patri, quondam socero suo ob impensas, quas filiusfam. in dotem fecit, vel ob res mulieri donatas a filiofamil. vel ob res amotas ex peculio filiifamil. nam in peculio sunt non tantum corpora, sed etiam nomina debitorum, *l.* 7. §. *in peculio, de pecul.* ergo & nomen mulieris, quæ agit de peculio. Denique agendo de peculio, & de nomine suo agit, quod scilicet ipsa debet patri ex persona filij, qui patri quæsiuit obligationem ob impensas, vel ob res donatas, & amotas. Vnde (exemplo enim opus est) si in dote sint mille, & in peculio computatis iis, quæ mulier debet ob supradictas causas, sint sexcenta, integra sexcenta pater mulieri præstabit, *quia*, inquit, *vt scil.* sic est interpretandum illud *quia*, *vt scil.* posita est species, vtque verbis legis conuenienter ponenda est, adhuc præstitis sexcentis mulieri satisfactum non est, cum ex dote supersint 400. quæ ei debentur. Ac plane tunc totum, quod est in peculio præstandum est ei, qui agit de peculio, quum plus ei debetur, quam sit in peculio, vel quod addere licet, quum tantum ei debetur, quantum est in peculio. Sic vero fit, vt plus consequatur mulier actione de peculio, quam consequeretur, si id, quod ipsa debet patri ex persona filij, non computaretur in peculio. Fac eam debere 300. ac præterea in peculio esse 300. non computato suo nomine, non consequeretur nisi 300. Imo nihil omnino consequeretur, quatenus licet patri cum illis 300. quæ sunt in peculio conpensare alia 300. quæ mulier ei debet ex persona filij. Sed nec huius, nec cuiusquam alterius compensationis quam obiiciat, vel pater, vel mulier, quod tamen miror somniasse DDres, vlla hoc loco mentio fit. Et pessime glossa, *præstandum*, interpretatur *compensandum*, quam & alij sequuntur. Sic nostri auctores abuti verba non solent. Præstatur enim reuera totum id, quod est in peculio, quum mulieri plus debetur dotis nomine, quam sit in peculio: vel quod, vt dixi, addere licet: quum tantum ei debetur, quantum est in peculio, ergo & id, quod mulier debuit, prestatur perinde atque si id pater ab ea exegisset. Quod & hic Cyrillus notat Græcus interpres. exstat liber

editus 28. Basil. nimirum notat, id quod mulier debuit, si pater prior exegerit, rursus conuentum actione de peculio, ei reddere debere, quod & id ipsum sit in peculio. Aut igitur vt concludamus, totum, quod est in peculio pater mulieri præstat, in hac specie, aut quod in æquo est, id mulier patri acceptum fert.

Ad §. maritum.

SEquitur in hoc §. *maritum*, in rebus dotalibus, non tantum dolum, sed etiam culpam, leuem scil. præstare: non tantum dolum, sed etiam negligentiam, aut incuriam, *l.* 18. §. 1. *sup. & l. pen. in princ. inf.* vbi adfert elegans exemplum ex veteri memoria, de Licinia vxore Gracchi, cuius res dotales perierant in seditione, qua Gracchus occisus est, quas res Publius Mutius censuit heredes Gracchi Liciniæ præstare oportere, quod culpa Gracchi ea seditio commota fuisset. Et hac quidem ratione, vt Paulus ait hoc loco, in dote reddenda, in rebus dotalibus reddendis maritus cauere mulieri debet de dolo malo & culpa, videlicet se nihil in ea re dolo malo vel culpa fecisse, quo minor, aut deterior ea res esset. Hoc est apertissimum. Quod si maritus, cum haberet facultatem restituendarum rerum dotalium, eas restituere noluit, conuentus actione de dote quæ cōtumatia plane dolus est, & malitia mala, *l.* 36. *in fine, de pec.* vel quod in æquo est, si dolo malo fecit maritus, quo minus eas res restituere possit, si dolo malo eas res desierit possidere, quoniam pro possessore habetur, æstimatio earum rerum facienda est, & præstanda non iusto pretio, vt in *l.* 36. *de donat. inter virum & vxor.* quam exposuimus supra, sed quanti mulier sine vlla taxatione in immensum iurauerit, vt fit in rei vindicatione, *l. qui restituere, de rei vindicat.* & in plerisque aliis iudiciis. Et addit Paulus elegantissimam rationem, *quia*, inquit, *inuitis nobis res nostras alius retinere non debeat.* Impune scilicet. quæ ratio sic aliter effertur in *l.* 9. *rer. amot.* quia non est æquum, inuitum res suas vendere alio pretio, etiam si id verum iustumque sit pretium, quam quod ipse fecerit & indicauerit pro animi sui affectione, saltem iuratus. Et in *l. nec quasi, de rei vindic.* non esse æquum, vt sit in potestate cuiusquam possessoris rei alienæ, veluti per rapinam inuito domino, rem iniusto pretio comparare, non pretio, quod dominus ipse fecerit & posuerit. Et ita æquissimum est plecti dolum eius, qui rem alienam non restituit, quum restituendi facultatem habet, vel dolo malo desiit habere: æquum inquam, est, vt dolus eius plectatur iureiurando in litem, id est, re æstimata iureiurando domini, iureiurando actoris, etiamsi æstimetur in immensum. culpa non ita plectitur, quoties culpa desiit rem possidere: iudex enim rem æstimat iusto pretio, *l. in act. de in lit. iur.* Sed, quum dolo malo desiit rem possidere, dominus ipse rem æstimat suo arbitratu, iuratus tamen.

Ad §. si diuortium.

AD hæc subiicit Paulus, etiam maritum, qui nihil dolo malo, aut culpa fecit vel admisit in rebus dotalibus, quo res dotales deteriores fierent, si soluto matrimonio interpellatus congruo loco & tempore moram fecerit in rebus dotalibus mulieri restituendis, præstare eum omne periculum, si post moram res dotales perierint, aut deteriores factæ fuerint, §. *si post diuortium.* Quod seruatur similiter in iudiciis omnibus vt rei peremptæ post moram periculum respiciat reum, *l. si ex legati caus. de verb. obl. l. cum res §. vlt. de leg.* 1. *l. venditor, de hered. vend. l.* 16. §. *vlt. &* 20. *&* 23. *de constit. pec.* & in multis aliis locis.

Ad §. si qui.

SVbiicit, etiam si serui dotales sine culpa, viri scilicet fugerint soluto matrimonio, cauere maritum vxori debere de eis persequendis, perquirendis: suis, vt opinor, sumptibus, quoniam ibi dotem reddere debet, vbi accepit: de eis, inquam, persequendis viri boni arbitratu, perquisitione adhibita rationabili, deque iis, vbi reperti fuerint, mulieri restituendis, aut æstimatione eorum, vt in *l. cum seruus, & l. seruo §. vlt. de leg.* 1. *l.* 14. §. *quatenus, de eo quod met. caus. l. redhibere §. vlt. de ædil. ed.* Frequens est hæc cautio. Hac vero cautione tantum oneratur maritus, quia non præstat casum fortuitum, & fuga seruorum, qui scilicet custodiri non solent, casibus fortuitis adnumeratur, *l. in reb. commod. l. contractus, de reg. iuris.* Restat adhuc explicandus §. vlt.

Ad §. vlt.

IN quo proponitur vir, fundum dotalem locasse in quinquennium: locare potest, non alienare: locatio non est alienatio, *l. non solet, loc.* locare, inquam, potest vel eo maxime, quod fructus dotis ad eum pertinent pro oneribus matrimonij, & fructus est locare licere. Proponitur ergo vir fundum dotalem locasse in quinquennium, sicut olim plerumque locationes omnes fiebant in quinquennium, per singula lustra, vt constat ex *l.* 4. §. *pen. de reb. cred. & l. qui per collusionem, de act. emp.* & multis aliis locis in *tit. loc.* Proponitur item post primū annum locationis diuortio solutum esse matrimonium, & ostenditur mulieri reddito fundo dotali, posse eam colonum siue conductorem expellere, nec locationi a marito factæ stare compelli, cum ipsa nihil cum colono contraxerit, gesseritue. Verum mulieri agenti de repetitione dotis, non aliter fundum a marito, si rerum suarum sit attentus & diligens, reddi oportere, quam si mulier ei cauerit, se passuram colonum frui conductione, vt in *l.* 1. §. *vlt. de dote præleg.* se passuram colonum frui, perfrui conductione annis quatuor sequentibus: aut si secus fecerit, si colonum eiecerit, quanti præter primi anni locationem ob eam rem maritus colono damnatus fuerit, tantum marito a se præstitum iri, vel vt loquitur lex 55. *hoc tit.* periculum omne marito amotum iri, indemnem damno omni maritum seruatum iri: quoniam si forte colonum mulier expulerit, & prohibuerit frui conductione fundi, colonus aduersus maritum actione ex conducto experiri potest, eumque damnare, quanti sua interest conductione perfrui. Et vice versa, si mulier patiatur colonum conductione perfrui, maritus reuocare ei debet pensiones sequentium annorum, quas ipse perceperit, quoniam ipsi competit actio ex locato pensionum nomine, non mulieri, quæ nihil cum colono contraxit, eas, inquam, pensiones se mulieri restituturum, quoniam æquum est, vt pensiones ferat mulier, quæ patitur colonum conductione perfrui. Et hoc genere locatorem seruat indemnem. Et hæc est sententia huius §. Puto autem idem eodem modo esse seruandum in emptore, qui fundum emerit ab eo, qui eundem fundum ante alij ad certum tempus locauerat: nam emptori etiam colonum expellere licet, nisi ea lege, & pactione emerit, vt seruaret locationem a venditore factam, *l. si merces §.* 1. *loc. l.* 9. *C. eod. tit. l. arbores §.* 1. *sup. de vsuf.* quæ pactio semper interuenisse fingitur fauore fisci, videlicet fisco vendente fundum alij locatum, *l. vlt. de iure fisc.* Itemque nisi conductori fundus, vel ædes locationis nomine specialiter, aut generaliter obligatæ sint, quia tunc conductor habet ius in re, id est, hypothecam, nec expelli ab emptore potest ante conductionis tempus vt recte Bartolus sentit in *d. l.* 9. Et hoc iure vtimur, alioquin emptor colonum, aut inquilinum expellere potest, nec præstare tenetur, vt fruatur colonia, vel habitatione, sed quia expulsus conductor regressum habet aduersus locatorem, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, id est, quia in eum habet actionem ex conducto in id, quod interest, merito audietur venditor si intendat, non alias, se prædium venditum agenti ex empto emptori tradere oportere, quam si emptor sibi cauerit de indemnitate, puta quod ab emptore expulso conductore & prohibito frui, locator, idemque venditor conductori præstiterit, id emptorem venditori præstaturum: eandemque rationem

tionem seruari æquum est, si fundus alij iam ante locatus, vel eiusdem fundi vsusfr. postea a locatore alij testamento legetur, testamento relinquatur, per legatum aut fideicommissum: Nam etsi colonum expellere legatarius possit suo iure, cum id specialiter exceptum non est, ne colonum expelleret, *d.l.arbores* §.1.*qui fundum*, *loc. cond.* tamen quia expulsus a legatario colonus cum herede locatoris habet ex conducto actionem, quod ei frui non liceat, non aliter cogitur heres legatario fundum præstare, quam ei cautum sit de indemnitate præstanda, aut de locatione seruanda, quoad exierit locationis tempus, quo genere extorquet pactionem a legatario, vt vel paciscatur se locationem seruaturum, vel indemnem damno heredem præstiturum. Eadem quoque ratio & æquitas exemplo emptionis seruabitur, si dominus qui fundum locauit, postea eundem fundum, vel eiusdem fundi vsumfr. alij stipulanti promiserit, quia & hoc casu stipulator colonum repellere potest, si id non fuerit specialiter exceptum, *d. l. arbores* §. 1. Verum non aliter promissor compellitur fundum, vel fundi vsumfr. stipulatori tradere, vel cedere, quam si ei, vt supra, cautum fuerit, de indemnitate. In his omnibus casibus, eadem ratio, & æquitas valet. Aliud tamen dicendum est, si qui habet vsumfr. fundi, vsumfr. alij locauerit, & moriatur intra tempora locationis: nam proprietarius, ad quem vsusfr. redit, colonum expellere potest, nec necesse habet heredi fructuarij cauere de indemnitate, quia finito vsufr. morte fructuarij, heres eius, in quem vsusfr. non transiit, non tenetur conductori, vt frui præstet, *l.9.*§.1.*loc. cond.* quia defunctus ius tantum quod habuit, locauit, quod sui natura cum anima eius interiit: proprietatem fundi non locauit, sed vsumfr. Locationem proprietatis heres locatoris seruare debet omnimodo, *l. qui fundum*, *loc. cond.* non locationem vsusfr. non item locationem fundi dotalis morte mariti soluto matrimonio. Hanc quoque locationem heres mariti seruare non debet. Et recte Dorotheus, siue qui scripsit τὸ πλάτος βασιλικῶν, in *l. 65. de iur. dot.* maritum ait, in rebus dotalibus esse instar vsufructuarij, quod & hoc loco obiter Fulgosius scripsit, eaque ratione seruum dotalem marito acquirere ex duabus tantum causis, ex re mariti, & ex suis operis. At si seruus dotalis heres instituatur, vel quid ei legetur aut donetur, non aliter id marito acquirit, quam si contemplatione mariti relictum vel donatum sit, non etiam si contemplatione mulieris, vel ipsius serui exemplo fructuarij. Quod ostenditur in *l. 21. & 22. de vsufr. l. aditio, de acq. hered. & d. l. 65.* Eodem exemplo dicimus: morte mariti soluto matrimonio, heredem eius non teneri ei, qui a marito fundum dotalem conduxit, non teneri vt præstet frui licere, quia maritus locauit quasi maritus, non quasi dominus. Qua de causa & de matrimonio soluto diuortio agitur in hoc §. vlt. non de matrimonio soluto morte mariti: Nam etsi diuorsio facto ęque fundus desinat esse dotalis, atque morte mariti: tamen diuortio facto maritus viuit, qui cum conductore miscuit contractum locationis, quique non debuit sine cautione fundum mulieri restituere. Sic igitur concludamus: locatio transit in heredem locatoris, sicut conductio in heredem conductoris, §. *vlt. Inst. de loc.* videlicet si dominus quis aut tanquam dominus fundum vel ædes locauerit: non si locauerit quasi vsufructuarius, vel quasi maritus qui vsufructuario comparatur: Nam qui ita locauerit, locationem non transfert in heredem suum, id est, heres, eius non succedit in obligationem locati conducti: quod valde notandum est. Ad hæc quod quærunt DDres hoc loco, an locationem a tutore factam finita tutela intra tempus locationis pupillus seruare teneatur? facile expediri potest. quia ipse pupillus locasse videtur, cuius locum tenuit tutor, *l.27. de admin. tut. l. ad ea de reg. iuris.* Et pupilli maxime interest seruari tutoris administrationem, *l.12.*§.1. *de administ. tut.* alioquin nemo cum tutoribus pupillorum contrahere vellet. At emptor & mulier, & legatarius, & proprietarius, de quibus ante dictum est, qui conductorem expellere possunt, neque locationem fecerunt, neque fecisse videntur aut videri possunt. Et eorum plerumque interest non seruari locationem a venditore, vel marito, vel testatore, vel vsufructuario factam. Itaque harum personarum causa maxime distat a tutoris & pupilli causa. Et hæc sufficiunt ad hunc §. Restat ex hoc libro *l. 4. & 10. tit. seq. de impens. in res dot. fact.*

Ad l. 4. de impens. in rem dot.

L. 4. Et in totum id videtur necessariis impensis contineri: quod si a marito omissum sit: iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit, eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est: non factarum ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit: impensas consequitur. Si non fecerit: deusta ea, nihil præstabit.

QVia impensæ necessario in dotem factæ a marito ipso iure dotem minuunt, vt vulgo iactari passim dicunt auctores nostri, & soluto matrimonio mulieri, quæ de dotis repetitione agit, reputantur: ideo Paulus in *l.4. huius tit.* generaliter definit, necessarias impensas esse, quas si non fecerit, si omiserit maritus, culpæ nomine mulieri damnatur, quanti mulieris interfuit, eas impensas fieri, vt si ruinosas ędes dotales non refecerit, vel non fulserit, quę ob id factę sint deteriores: nam & culpam maritus præstat in rebus dotalibus, *l.25.*§.1.*tit. prox. sup.* & culpæ nomine damnatur a iudice vel arbitro rei vxoriæ. Verum exigimus, vt ob non factas impensas necessarias, res vxoria siue dos minor, aut deterior, aut nulla facta fuerit, vt eo nomine vxori maritus condemnetur, alioquin non condemnatur: exempli gratia, si ruentem domum non fulserit, & ob id domus collapsa sit, tanti damnatur, quanti interfuit mulieris domum fulciri: sed si domus casu maiore deusta fuerit, non damnatur, quia non negligentia mariti, non culpa mariti id contigit, sed vi maiore, ira diuina, vi diuina, vt vocant. Denique, vt eleganter Paulus ait in hac l. 4. *Non factarum impensarum necessariarum ratio habetur, reposciturque a marito, sed ita demum si ob id res male gesta sit.* Et alia est causa factarum impensarum necessariarum a marito in res dotales, vt si ruentem domum dotalem fulserit, si seruum dotalem ægrum curauerit: has enim impensas maritus reputat vxori, etiamsi res male gesta sit, id est, etiamsi euentus harum impensarum male successerit, vt si postea domus deusta fuerit, vel si seruus post longam curationem nihilominus obierit: sicut fit, & obseruatur etiam in iudicio negotiorum gestorum, *l. sed an vltro* §. 1. *& l. siue hereditaria, de neg. gest.* & in iudicio de in rem verso, *l.4.*§.*vnde recte, de in rem verso.* Et hæc de impensis necessariis. Vtiles autem impensæ sunt, quibus omissis deterior dos non fit; factis autem fructuosior fit & melior. Et hæ quidem impensæ non minuunt dotem ipso iure, sicut necessariæ, exactionem tamen & deductionem pariunt, *l.7. & l. 8. hoc tit.* Et in hisce impensis vtilibus Paulus l. 10. ostendit.

Ad l. 10. eod.

L. 10. Quod si hæ res, in quibus impensæ factæ sunt, promercales fuerint, tales impensæ non voluptariæ, sed vtiles sunt.

ALiquando connumerari impensas, quæ alias voluptariis impensis adscribi solent, quæ nulla re vrgente, id est, nulla necessitate, nullo lucro vrgente, sed voluptatis tantum aut amœnitatis causa fiunt: vt si quædam sint vasa dotalia, quæ maritus stagnauerit, incrustauerit, quod dicimus, *vernir ou estamer*, vel quæ picturis, aut cælaturis ornauerit, videntur esse voluptariæ impensæ, & plerunque tales esse existimantur: sed si ea vasa in promercio fuerint, si promercalia, id est, ὤνιμα fuerint, hæc erogatio vtilibus impensis non voluptariis adscribitur, quia sic ornata vasa facilius & carius veneunt: exigi igitur & deduci possunt apud arbitrum rei vxoriæ: voluptariæ impensæ non pare-

rent exactionem. Et hinc valde notandum est, res mobiles in dotem datas siue æstimatas siue inæstimatas, nihil refert, vendi posse, & quanti vænierint id in dote esse, & soluto matrimonio reddendum esse mulieri.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXVII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 26. solu. matr. & l. 22. de vsur.

Semel mora facta, si seruum dotalem postea, offerente marito, mulier accipere noluerit: & ita is decesserit: non debebit pretium eius maritus, vel heres eius, ne damnum sentiat, quod postea, offerente eo, mulier accipere noluit.

LIBER 37. Pauli ad edictum pertinet etiam totus ad causam dotium, & est præcipue atque insigniter de mora, quæ fit in dote reddenda vel recipienda, & de rebus amotis ab vxore diuortij causa, & de retentione, quæ fit ex dote ob res amotas, vel ob mores mulieris grauiores, aut ob leuiores. Ac primum dicendum est de mora, quam vel maritus facit in dote reddenda, vel vxor in dote recipienda, de qua re est lex 26. *solut. matr.* a qua incipiam. Cui coaptabuntur lex 22. & 24. *de vsuris* & lex 49. *de verb. oblig.* quæ omnes sunt ex hoc libro. In quo occasione huius quæstionis de mora, quæ fit in dote danda vel recipienda, latius Paulus tractauit de mora. Et quæ habentur omnia in supra dictis legibus, ad hanc quoque moram, quæ fit in dote reddenda, vel recipienda aptari possunt. Primum vero proponitur in *l. 26. solut. matr.* maritum semel fecisse moram in reddendo seruo dotali sufficere, vt *l. Titia Seio §. vsuras, de leg. 2.* moram, inquit, semel interuenisse satis est, puta semel interpellatum debitorem non paruisse, non cauisse, non soluisse: nec plures interpellationes desiderantur, vt debitor moram fecisse videatur. Sufficit vna interpellatio, quæ fiat congruo loco & tempore, & quæ fiat testato, id est, adhibitis testibus, & quæ postea non remittatur. Quod adeo verum est, vt etsi mortuus sit is, qui semel fecit moram, in personam heredis eius, interpellationem repeti necesse non sit, *l. 27. de vsur.* & sicubi in iure proponitur sæpius, interpellatum debitorem, vt in *l. qui Romæ §. coheredes, de verb. obligat.* non ideo sequitur semel factam interpellationem moramve non sufficere. Ponitur enim sæpius interpellatum debitorem, non quod interpellari eum sæpius necesse sit, sed quod ita id euenerit in ea specie, instantia quidem post interpellationem vt perseueret necesse est, *l. mora, de vsuris.* Non etiam, vt iterum cogantur testes, & repetatur interpellatio, fiatque solemniter: instantia, non est instantia, nisi sit frequens & assidua, *l. 1. de libel. dimiss.* At vnica & simplex interpellatio, idonea interpellatio est, & parit moram, si qui interpellatus est, interpellationi non satisfecerit. purgari quidem ea mora ab ipso debitore, qui fecit, postea potest: purgatur mora, quam debitor fecit semel, emendatur, extinguitur postea oblatione rei, pecuniæve debitæ facta congruo loco & tempore, *l. interdum §. vlt. l. si seruum §. sequitur, de verb. oblig. l. 17. de constit. pecun. l. qui decem, in pr. & §. 1. de solut. l. 20. §. pen. de pignerat. act.* Et ita purgata & extincta mora debitor periculo liberatur, in quod se per moram coniecerat. Et ita in specie huius *l. 26.* si vel semel maritus fecerit moram in reddendo seruo dotali, & postea seruus dotalis moriatur suo fato, periculum pertinet ad maritum, *l. prox. §. si post sup.* Et ideo pretium serui mortui mulieri præstare debet ipse vel ipsius heres. Sed si post moram, quam fecit in reddendo seruo dotali, pœnitentia actus seruum obtulerit mulieri re integra, id est, ante litem contestatam iudicio dotis, eumque seruum sine iusta causa mulier accipere recusauerit, ac deinde seruus moriatur sine dolo malo mariti, non addo *vel sine culpa mariti:* quod addidit glossa contra manifestam sententiam *l. 9. huius tit.* quæ dicit, post moram factam a muliere in dote recipienda, dolum malum duntaxat maritum præstare, non etiam culpam. Ergo si post moram posteriorem mulieris seruus dotalis moriatur sine dolo malo mariti, periculum pertinet ad mulierem, maritus omnimodo liberatur, quia eo tempore mortuus est seruus, quo iam erat extincta prior mariti mora, & posterior mulieris mora mulieri soli nocet, vt *l. illud, de per. & comm. rei vend.* Et consequenter, maritus vel heres eius, pretium serui præstare mulieri non debet. Nam quæ seruum dotalem accepit in æquo est, quæque quo minus acciperet, moram fecit, *l. 30. de vsufr. leg.* Mora contrahitur non tantum ex parte debitoris, sed etiam ex parte creditoris. Et breuiter, mora est culpa non respondentis ad interpellationem oportunam creditoris vel debitoris. vel sic, mora est contemptio oportunæ interpellationis: vel sic, mora est iniusta dilatio soluendi vel accipiendi crediti: tractum nomen a Græco μόνα, ν mutato in ρ, vt χῶμα agrimensoribus tractum a γνῶμα, dico *iniusta dilatio,* exclusam enim volo iustam dilationem, iustam cessationem, & vt ita dixerim, iustam moram, vt interpellatus debitor modicum interuallum sibi dari poscat, quo amicos roget, & adhibeat, qui nomen expediant, vel qui pro se præsenti die fideiubeant, *l. 21. de vsuris,* si modo, vt ex hoc libro Pauli statim additur in *l. 22.* id ipsum debitor non simulet fraudandi causa siue frustrandi causa, vt Græci, ὑπερθέσεως μόνης χάριν. Iusta est etiam differendæ solutionis ratio, si interpellatus debitor optima ratione, si iuste ad iudicium prouocet, nimirum habens iustam causam litigandi cum creditore, & refugiendæ solutionis, veluti dicens, se tutum esse exceptione peremptoria, vel se habere retentionem dotis, quæ repetitur, vel rentention em Falcidiæ petito legato, vt *l. 3. hoc tit. de vsur.* Hoc enim casu, vt ex hoc ipso libro Pauli refertur in *l. 24. eod. tit. de vsur.*

Ad l. 24. de vsur.

Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit: non videtur fecisse moram. Vtique si iuste ad iudicium prouocauit. §. 1. Cum reus moram facit, & fideiussor tenetur. 2. §. Mora videtur creditori fieri: siue ipsi, siue eis cui mandauerit: siue ei, qui negotia eius gerebat mora facta sit. Nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri. Sicuti cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens: manifesti furti actionem mihi parat. Item cum procurator interpellauerit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem.

QVi moram solutioni facit, moram fecisse non videtur si iudicium accipere paratus sit: & hæc mora non est mora, inquit, quæ debitorem subiiciat periculo, quæve obligationem perpetuet, perpetuam faciat. Et eodem fere modo, eademve figura loquendi in *l. pupillus, de verb. oblig.* moram fecisse dicitur pupillus, qui tamen, vt eadem lex ait, moram nullam fecit. Et hinc vero confecta est illa regula iuris, qui sine dolo malo ad iudicium prouocat, non videtur moram facere. Sequitur in *d. l. 24.* quum reus moram facit, & fideiussor tenetur. Quod ad causam dotis accommodari potest. Fac soluto matrimonio maritum promisisse mulieri, se dotem certa die redditurum, eoque nomine fideiussorem dedisse, fideiussor obligatur, *l. 7. de except. l. si constante §. quotiens, sol. mat.* & vbi moram semel fecerit maritus, fideiussor statim conueniri potest ex stipulatu. Mora rei principalis fideiussori quoque nocet, & ideo si fideiussor conueniatur, venient vsuræ in bonæ f. iudicio ex mora rei, id est, ex eo tempore, quo reus fecit moram,

ram, *l.* 10. *rem pup. salu. fore. l.* 5. *C. de pact. inter empt. & vend.* videlicet, si fideiussor in omnem causam interuenerit intercesserit, *l. quæro, locat. cond.* Ac præterea perpetuatur obligatio fideiussoris, id est, non extinguitur, etiamsi res, quæ debetur, pereat post moram rei. Mora rei & suam & fideiussoris obligationem perpetuam facit, vt nec interitu rei interire possit, *l. si a colono* §. *vlt. de fideiuss.* Et huic loco Pauli coniungendum est, quod ex eod. libro Pauli relatum est in *l.* 49. *de verb. oblig.* in cuius legis initio ostenditur.

Ad l. 49. de verbor. oblig.

Cuius filiusfamilias Stichum dari spoponderit: & cum per eum staret, quo minus daret, decessit Stichus: datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed vtilis actio in patrem danda est. Quæ omnia & in fideiussoris persona dicuntur. §. 1. *Si stipulatus sim, per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, & fideiussorem accepero, si per fideiussorem steterit, neuter tenetur: si per promissorem, vterque.* §. 2. *In hac stipulatione,* neque per te, neque per heredem tuum fieri, *per heredem videtur fieri, quamuis absit & ignoret. Et ideo non facit, quod fieri ex stipulatu oportet. Non videtur autem per pupillum stetisse ex huiusmodi stipulatione, si pupillus heres erit.* §. 3. *Si promissor hominis, ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, & seruus decesserit: non videtur per eum stetisse.*

SEmel mora facta a filiofam. in præstando Sticho: verbi gratia, in præstando seruo, quem stipulanti promiserat, si postea seruus mortem obierit, ex mora filij patrem teneri actione de peculio: perpetuari patris non minus, quam filij obligationem: mora autem facta a patre solo, non a filio, ex mora patris filium non teneri, imo homine mortuo post moram patris filium liberari; & per consequentiam etiam patrem liberari, qui accessio est principalis obligationis, liberari filio liberato, qui est reus principalis. Ideoque non directa, sed vtili de peculio actione patrem teneri, liberari ipso iure: sed non iure prætorio. Ex sua enim mora patrem conueniri posse vtili actione de peculio. Quod etiam est proditum in *l. mora* §. *in bonaf. de vsur.* Et hoc cum ostendisset Paulus initio legis 49. subiicit, eadem omnia & in fideiussoris persona obseruari, nempe, vt etsi mora rei fideiussori quoque noceat, vt iam dictum est, non tamen retro etiam solius fideiussoris mora æque noceat reo principali, sed neque ipsi fideiussori per consequentiam summo iure. Denique fideiussori etiam non nocet, quamuis moram fecerit ipse solus, nisi scilicet quatenus vtilis actio ex stipulatu in eum danda est, *d. l. mora, in fine. l. mora, de verb. oblig. l. cum quis* §. *si quis, de solut.* Excipitur vnus casus in §. 1. *d. l.* 49. quo mora siue factum solius fideiussoris neque reo, neque fideiussori omnimodo nocet, vllomodo nocet, vt puta, si stipuler per te non fieri, quo minus mihi per tuum fundum ire agere liceat: Nam hoc genere stipulationis *per te, &c.* personam tuam duntaxat complector, non personam fideiussoris, quem forte dedisti. Et ideo, si fideiussor solus me prohibeat ire agere, tu me nō prohibeas, neuter tenetur ex stipulatu. sed si tu me prohibeas, fideiussor quoque tuus tenetur, *l. inter artifices, in fine, de solut.* Non complector etiam hac stipulatione heredem meum nisi id agi, id est, nisi id me egisse, aut id egisse inter se contrahentes approbetur. Quem tamen heredem meum, si complexus fuero, id est, si dixero, *per te, heredemve tuum non fieri, &c.* vt in §. *vlt. eiusd. leg.* 49. heres moram facere videtur, etiam absens & ignorans: moram, inquam, facere reipsa sine interpellatione. Nam debitor, qui sui copiam non facit, qui non potest interpellari, qui nusquam apparet, reipsa moram facit semper, *l.* 27. *in fine, de vsur.* heres, inquam, moram facit, nisi sit pupillus: pupillus non intelligitur facere moram, *l.* 24. *de verb. oblig.* Et in extremo *d. l.* 49. additur, quod est certissimum, interpellationem factam incongruo tempore, veluti ante diem, quo seruus dari debuit, quod & ad seruum dotalem transferri potest non facere, non constituere debitorem in mora, nec peremptum post eam interpellationem hominem debitori perire, sed debitorem omnimodo liberari, quia interpellatio non fuit idonea, & pro nulla igitur habenda est. Et nihil est præterea in illa l. 49. At redeamus nunc ad §. *vlt. l.* 24. *de vsur.*

Ad §. vlt. leg. 24. de vsur.

AIt, moram fieri creditori, moram fieri mulieri repetenti dotem, si malis, siue ipsi facta sit, id est, ipsa appellante debitorem, siue appellante, interpellante procuratore eius, aut negotiorum gestore. Mora fit mihi, quæ fit procuratori meo, mandatario scilicet vel procuratori voluntario, id est, negotiorum meorum gestori: Quod etiam lex *mora inf.* ostendit, illo loco, *si denuntiatum est a creditore, procuratoreve eius.* Neque huic sententiæ impedimento est, quod vulgo dicitur, *per liberam personam nobis non adquiri actionem, vel obligationem, l. solutum* §. *pen. de pign. act.* Actio nobis adquiritur per eum, qui est in nostra potestate, non per liberam personam, id est, per eum, qui est sui iuris: Nam, vt eleganter respondet Paulus, procurator, aut gestor, qui interpellat debitorem meum, facitque, vt sit in mora, non adquirit etiam mihi actionem, sed implet officium procuratoris, quod ei iniunctum est, vel implet officium amici voluntarij, eoque genere mihi parat, siue præparat, σκευάζει, format, non adquirit actionem, vt lege 15. *de constit. pec. l.* 3. *quod vi, aut clam. l.* 72. *de procur.* Sicut etiam, qua comparatione vtitur Paulus, amicus, qui me absente, furtum mihi facientem arripit, apprehendit animo gerendi mei negotij, non aliter mihi parat actionem furti manifesti, aut verius, per liberam personam, id est, sui iuris, etsi non adquiratur mihi actio, conseruatur mihi tamen, vt dicam explicatius, actio quam habui, quæ alioquin mihi periret, vel præscriptione legitimi temporis, vel interitu rei debitæ, si nemo interpellaret debitorem vice mea. Ex iis sequitur, & moram factam procuratori meo perpetuare obligationem debitoris mei, efficereque, vt non liberetur debitor postea re perempta. Item efficere, vt in iudiciis bonæf. vsuræ veniant ab eo die, quo procurator vel voluntarius interpellauit debitorem meum, & in fure deprehenso, quem deprehendit procurator meus vel amicus meus negotium meum gerens, vt pro actione furti, quam habeo in furem, sed in duplum quam haberem in furem, & habeo furto admisso, sed in duplum tantum si nemo eum apprehendisset, meo nomine nunc habeam in quadruplum. Conseruatur mihi igitur mea actio, sed auctior, meliorque redditur pinguiorve. Et nihil est præterea in *l.* 24.

Ad l. 9. Rer. amotar. & l. 38. de iureiur.

L. 9. *Non enim æquum est, inuitum suo pretio res suas vendere.*

L. 38. *Manifestæ turpitudinis & confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.*

EXplicata est pars ea libri 37. quæ est de mora, quæ fit in dote danda vel recipienda. Reliqua est pars altera, quæ est de actione rerum amotarum, & de actione de moribus, & de retentionibus ex dote, quæ fiunt ob easdem causas, veluti ob res amotas diuortij causa, vel ob mores coniugis grauiores, aut leuiores. Ac primum quidem sciendum est, res amotas diuortij causa a marito vel vxore, cum diuortij consilium iniissent, posse condici a marito, vel ab vxore, qui quæve eas amouit diuortij causa, vel, vt latine loquar, subripuit, furatus, furatave est. Honestiore verbo vtimur inter coniuges, id est, inter eos, qui matrimonio olim iuncti fuerunt propter honorem matrimonij. Hoc est temperamentum Iurisconsultorum, vt inter eos, qui hoc fœdere iuncti fuerunt, non dicant alterum alteri furtum fecisse, sed alterius res amouisse: non abstulisse, vt ille Dionysius, sed accepisse. Et præterea, vt grauiores etiam eorum mores, grauiora etiam eorum crimina, etiam adulteria, inter eas personas instituto iudicio

priuato, vt non ea crimina ſuo nomine nuncupemus, ſed vocemus mores. Huius autem actionis rerum amotarum, qua res condicuntur quondam vxori vel marito, quas diuortij conſilio ſubripuit, idem eſt ius, eademque poteſtas, quæ condictionis furtiuæ, qua experimur contra alios fures. Denique etſi non eadem actio figura verborum, iure tamen & effectu eadem ratio eſt. Et plane, ſi latine loqui licet, hac in re condictio rerum amotarum eſt condictio furtiua, ſiue condictio rerum furtiuarum, qua agitur poſt diuortium. Conſtat etiam olim ante Iuſtinianum habuiſſe maritum ob res amotas ab vxore, retentionem dotis, *l.7.§.ob donationes, ſolut. matr. l. 1. C. rer. amot.* Item eum, qui agit actione rerum amotarum, poſſe in iudicio iuſiurandum petere ab aduerſario, quo cum agit, id eſt, ab vxore quondam, vel marito ſuo, hoc eſt, iuſiurandum ei deferre poteſt, vt iuret nihil ſe diuortij cauſa amouiſſe, & eum, eamve, cui delatum eſt tale iuſiurandum, omnimodo iurare compelli, quoniam iuſiurandum actori, qui id detulit, referre non poteſt, *l. 11. §. vlt. & l. 12. rer. amot.* ſicut nec fur, quo cum furti agitur, ſi delatum ei ſit iuſiurandum, vt iuret, ſe furtum non feciſſe, id actori referre non poteſt, id eſt, delatam conditionem iuriſiurandi in eum qui detulit reiicere non poteſt, *l. 12. eod. tit. & 13.* vbi in *l. 12.* ſcilicet quidam legunt, *non magis quam ſi quis ei, qui furti agat, iuſiurandum referat*, legunt, *referat.* Et ita legendum omnimodo, aut *deferat*, accipiendum pro *referat*, vt in *l.24. de iureiur.* vulgo legitur, *deferentes*, pro *referentes*. Nam ei, qui furti agit, quin poſſit iuſiurandum deferri, non eſt dubium, *l.28.§ pen. de iureiur.* ratio autem, cur delatum furi, vel ei, qui diuortij cauſa res amouit marito vel vxori, cur delatum, inquam, iuſiurandum referri non poſſit, ſumitur ex edicto prætoris, quia, inquit, *l. 13. Ita edicto ordinatum videtur*, ne in his cauſis eſſet locus relationi iuriſiurandi. Sunt igitur eæ cauſæ excipiendæ ab eo, quod generaliter definit *l.38. de iureiur.* quæ eſt ex hoc libro, & quæ ita ſuperiori tractatui coaptanda eſt. Definit autem delata in iudicio iuriſiurandi conditione, aut iurandum eſſe, aut referendum iuſiurandum ei, qui detulit, neutrum velle facere, manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſſe. De iureiurando loquitur, quod pars parti defert in iudicio, hoc regulariter referri poteſt: nam quod extra iudicium ex conuentione defertur, referri nõ poteſt, *l.17. in princip. de iureiur.* Quod item a iudice vltro exigitur, & imponitur vni ex litigatoribus, ſane relationem nõ admittit. Id igitur iuſiurandum tantũ relationem admittit, quod in iudicio, ad ſellã iudicis pars parti defert. Verum hoc, quod definit *d.l.38.* precipue locum habet, ſi ex contractu agatur, vel quaſi ex contractu, nimirum, vt poſſit reus delatum ſibi in iudicio iuſiurandum referre: & vero referre debet, aut iurare, aut ſoluere, niſi velit haberi pro confeſſo, non etiam, ſi cum eo agatur ex delicto, veluti furti, aut condictione furtiua, aut rerum amotarum, cuius facti reus ſolus eſt, qui liquido iurare poſſit. Ideoque nec referre iuſiurandum, quod ei proprius incumbit, poteſt. Ad hæc de iudicio rerum amotarum notandum eſt, ſi res amotas is, cum quo, vel cum qua agitur rerum amotarum, veluti peruicacia quadam ductus, ſiue contumacia reddere nolit, æſtimationem earum rerum non fieri iuſto pretio, ſed quanti iureiurando deuinctus actor eas res æſtimauerit, hac ratione, quæ proponitur ex hoc libro in *l.9. rer. amot.* quia non eſt æquum, inuitum ſuo pretio res ſuas vendere, cui ſimilem habuimus libro ſup. in *l.25.§.1. ſolut. matr.* *Quia*, inquit, *non eſt æquum inuitum res ſuas vendere.* Suo pretio, id eſt, iuſto & vero, Baſilica: ὧν ἐστιν ἄξιον. Quod etiam oſtendit lex *nec, quaſi, de rei vindic.* Et latius interpres Baſilicω̃n: Οὐ γὰρ δίκαιον ἐστιν τῆς δικαίας τιμῆς μόνης ἄκοντα τὸν ἄνδρα τι πιπράσκειν τὰ ἴδια πράγματα: *Quia non eſt æquum iuſto tantum pretio inuitum virum res ſuas vendere.* Inuitus vendit propter contumaciam rei, propter contumaciam aduerſarij, qui rem, quæ petitur, reddere non vult. Æquum igitur eſt, non quanti digna res eſt, ſed quanti ipſe eam æſtimauerit, vt eam vendat, etiamſi immenſo æſtimauerit, modo iuratus id fecerit. Et hoc eſt, quod dicimus *iurare in litem*, id eſt iuratos æſtimare litem, ſiue rem, qua de agitur, & diſceptatur apud iudicem, quo genere mulctatur contumacia rei, qui rei reſtituendæ facultatem habet, & reſtituere detrectat. Tranſeamus ad *l. 21. eiuſdem tituli.*

Ad l. 21. rer. amot.

Si mulier, cum de viri vita deſperaſſet, ſubreptis quibuſdam rebus, diuortiſſet, ſi cõualuerit vir, vtilis rerum amotarum actio ei danda eſt. §.1 Si ſeruus mulieris iuſſu dominæ, diuortij cauſa res amouerit: Pædius putat, nec furtum eum facere, quoniam nihil lucri ſui cauſa contrectet: nec videri furtum facienti opem ferre: cum mulier furtum non faciat quamuis ſeruus in facinoribus domino dicto audiendus eſſe non debeat, ſed rerum amotarum actio erit. §. 2. At ſi in dotem ſeruus datus, furtum viro fecerit: ſi quidem mulier talem eſſe eum ſcierit, totum damnum viro ſarcietur: quod ſi ignorauerit, tunc non vltra condemnationem noxæ mulctanda erit. §.3. Rerum amotarum actio damnum repræſentat, etiamſi poſtea dotis exactio competat. §. 4. Commodi quoque, ſi quod amotis rebus amiſerit vir, ratio habenda eſt. §. 5. Hæc actio, licet ex delicto naſcatur, tamen rei perſecutionem continet. Et ideo non anno finitur, ſicut & condictio furtiua. Præterea & heredibus competit. §. 6. Nec viro, nec mulieri prodeſt in hoc iudicio, ſi facere non poſſunt. Pendet enim id ex furto.

MVlier, cum de mariti periculoſe ægrotantis vita deſperaret, temere immemor illius prouerbij: *Ab ægroto dum anima eſt, ſpes eſt*: ſubreptis & conuaſatis quibuſdam rebus diuertit, non exſpectata morte mariti. Quæritur, an ſi poſtea conualuerit maritus, ei teneatur iudicio rerum amotarum? Et videtur ei non teneri, quia magis mortis, quam diuortij cauſa res mariti interuertit, vel amouit. Et vbi mortis cauſa res amotæ ſunt, ceſſat actio rerum amotarum. Quod tamen ita verum eſt, ſi & mors ſecuta fuerit, *l. ſeq. 22. §. vlt. & l. 6. §. vlt. hoc tit.* ſi mors conſecuta fuerit. At hoc caſu, quia maritus conualuit, quaſi rebus amotis, diuortij potius, quod & mulier fecit, quam mortis cauſa, ſaltem vtilis rerum amotarum actio marito danda eſt. Et hoc proponitur initio huius legis, moxque in §. 1. videtur ſubiici aliud exemplum vtilis actionis rerum amotarum. Quæritur enim in §. 1.

Ad §. 1.

AN ſi ſeruus mulieris iuſſu eius, cum diuortij conſilium iniiſſet, res mariti amouerit, marito in mulierem danda ſit actio rerum amotarum, ſi non ipſa amouerit, ſed ſeruus eius proprius iuſſu eius. Cauſa dubitandi hæc eſt, quia nec ſeruus furtum fecit, qui nihil ſui lucri cauſa contrectauit, ſed quidquid fecit, id fecit animo exſequendi iuſſus dominæ, non lucri faciendi cauſa. Ergo furtum non fecit. Furtum etiam facienti opem non tulit, cum ipſa mulier furtum non fecerit, hoc eſt, cum nihil contrectauerit. furtum non fit verbo, non fit ſcriptura, non nudo animo, ſed contrectatione, & animo lucri faciendi; quum factum non eſt, nec videri poteſt quiſquam opem tuliſſe, *l. ſi is, qui rem §. pen. de furt.* Ergo in hac ſpecie ſeruus mulieris, neque furtum fecit, neque furtum facienti, quod in æquo eſſet, opem tulit. Ergo ceſſat actio rerum amotarum, quia furtum non eſt, furtum non interceſſit. Et hæc actio eſt de furto plane. In legibus autem, quas obiicit gloſſa, ſeruus furtum fecit, id eſt, contrectauit lucrifaciendi animo, & ideo domina eius ſerui tenetur noxali actione, & ipſe quoque ſeruus, ſi manumittatur, tenetur furti, quia noxa caput ſequitur. Non obſtat etiam regula iuris, quæ vetat in facinoribus ſeruum domino dominæve dicto audientem eſſe, quoniam in hac ſpecie ſeruus nullum facinus admittit. In facinoribus quidem obtemperare domino ſeruus non debet, & optare potius mortem debet, quam imperanti facinus domino morem gerere. Sed in hac ſpecie iubenti dominæ, vt res quaſdam mariti diuortij cauſa amoueat, obtemperare debuit. Obtemperare debuit?

debuit? Sic est, quia facinus non est, quod domina iubet. Si quod enim hic facinus est, furtum est: atquin furtum non est, vt sup. demonstratum est, ergo facinus non est. Ac præterea etiam in leuioribus facinoribus excusat etiam seruum patendi necessitas: in leuioribus, non in atrocioribus, vt in *l.* 15. §. *si tutores, quod vi aut clam, l. Diuus* §. *& quatenus, ad leg. Corn. de fal. l. si tacitum, ad leg. Falcid. l.* 2. §. 1. *de nox. act. & l.* 20. *de oblig. & act.* Verum quamuis hæc omnia ita se habeant, vt dixi, tamen ex hac causa in proposita specie verius est, vtilem actionem rerum amotarum dandam in mulierem esse, quia res amotæ sunt diuortij causa iussu eius. Dico dandam esse vtilem in hac specie, non minus, quam in prima, quamuis hoc in hac specie Paulus non exprimat, dandam esse vtilem, propter illam rationem dubitandi, quæ non parui momenti est, non esse dandam directam, quia amotæ sunt res diuortij causa iussu mulieris. ita est, sed sine vitio furti, & directa actio rerum amotarum est de furto: in veritate furtum fit, vt ait, *l. pen. hoc tit.* Directa igitur plane de furto est, & idem omnino, quod condictio furtiua, verbis temperata. Sequitur in hac *l.* 21. *de seruo dotali.* Dixit de seruo proprio mulieris, qui iussu mulieris res amouit diuortij causa: nunc dicit de seruo dotali, qui non quidem res amouit diuortij causa, sed qui furtum marito fecit. Et distinguit Paulus, vtrum sciuerit mulier, quæ talem seruum dedit in dotem, talem eum esse, furacem eum esse, an ignorauerit, ignorantem mulierem teneri serui nomine furti noxali duntaxat, vltra noxæ deditionem non teneri, non mulctari, scientem autem suo nomine teneri in solidum. Et huius rei rationem scilicet haberi in iudicio rei vxoriæ, siue de dote soluto matrimonio: nam constante matrimonio ipse maritus in furem statuere & animaduertere potest, *l. serui, de furtis.* Et hæc quidem distinctio inter scientem & ignorantem seruatur etiam in seruo commodato, & deposito, & pignori dato, & locato & empto mandato alieno, *l. pen. commod. l. seruus, de pign. act. l.* 14. §. *his consequenter, de seruo corr.* Qua de re disputat fusius Africanus in *l.* 61. *de furt.* Post hæc Paulus in §. *rerum.*

Ad §. rerum.

DOcet in actione rerum amotarum rationem haberi damni dati in rebus amotis, si deteriores factæ fuerint, & lucri etiam siue commodi marito intercepti ob id, quod res illæ subreptæ ei sunt. Denique in hanc actionem venire id omne, quod mariti interest, venire damnum datum, & lucrum interceptum. Et hoc seruatur etiam in condictione furtiua, *l.* 3. *de cond. furt.* Ac præterea actione rerum amotarum (quod notandum) agi statim posse soluto matrimonio, etiam antequam competat exactio dotis, id est, ante diem repetendæ dotis, ante annuam diem, quæ solemnis erat dies repetendæ dotis, quæ consistebat in rebus mobilibus, vel se mouentibus. Denique, vt sequitur, repræsentari res amotas, & omnem vtilitatem actoris ante dotem. Sic enim illa verba accipienda sunt, *etiamsi postea dotis exactio competat.*

Ad §. penult.

IN §. pen. docet, hanc actionem esse ex delicto: quod etiam proditum est in *l. si rerum, de re iudic.* vbi hanc actionem ait esse ex male contracto & ex furto, sicut etiam condictio furtiua dicitur esse ex delicto, *l.* 10. §. *quotiens, de compensat.* & tamen rei pecuniariæ, non pœnæ persecutionem habere. Non est hoc nouum, vt actio oriatur ex delicto, & persequatur tantum rem, id est, id quod interest, non pœnam: nam eiusmodi est actio ex edicto de alien. iud. mut. causa, & actio de dolo. Sic igitur hanc actionem oriri ex delicto, & tamen non pœnam, sed id duntaxat, quod interest actoris, pecuniariter, vt loquimur, persequi. Et ideo esse perpetuam actionem. si esset pœnalis, esset annua tantum. Quod idem iuris etiam est in condictione furt. nam & condicto furtiua est perpetua, nec finitur anno. Et præterea, inquit, actio rerum amotarum heredibus competit, *heredibus*, inquit, nec addit, *& in heredes*, heredib. quidem competit, sed non competit in heredes, nisi quatenus ad eos peruenerit ex furto defuncti. Quod & per omnia ita seruatur in condictione furt. Et hoc euidenter demonstratur in *l.* 3. *C. eod. tit.* & in *l.* 6. §. *vlt. & pen. huius tit.* Vbi comparatur hac in re etiam condictio furtiua cum condictione rerum amot. Confirmatur hoc etiam *l.* 9. §. *vlt.* adhibita *l.* 10. *de tut. & rat. distrah.* Nec quicquam huic sententiæ obstat lex 9. *de cond. furt.* quæ dicit, heredes furis condictione furti teneri in solidum, si vnus sit heres plane in solidum: si plures, vnumquemque pro portione hereditaria. Quoniam id ita procedit demum, vt intelligere licet ex *l.* 9. *de cond. furt.* coniuncta *l.* 2. *in fine, de pret. stip. & l. si hominem* §. 1. *depos.* si lis contestata fuerit cum defuncto, cum fure, vel etiam si nondum fuerit lis contestata cum defuncto, sed conuentus tantum fuerit extra iudicium, & interpellatus eo nomine, dum viueret, *l. constitutionibus, de oblig. & act.* Nihil etiam obstat *l.* 5. *& l.* 7. §. *vlt. de cond. furt.* quæ dicunt, heredem furis teneri condictione furtiua, non furem tantum, sed etiam heredem furis: Quoniam id ita intelligendum est, si & heres furis rem contrectare perseueret, non aliter: alioquin non tenetur heres furis, qui rem non contrectat, nisi in id quod ad eum peruenerit. Quia autem hæc actio nascitur ex delicto, ideo, vt addit Paulus in fine legis, non habetur in ea ratio facultatum eius, qui conuenitur, licet vxor, aut maritus actoris fuerit quondam, id est, is, cum quo agitur, non damnatur pro modo facultatum suarum, quatenus facere potest, sed damnatur in solidum, & vel carcere coercetur, quoad solidum impleuerit, quia beneficium illud, quod datur coniugibus, vt inuicem condemnentur in id duntaxat, quod facere possunt, valet tantum in actionibus, quæ nascuntur ex contractu, vel quasi ex contractu inito, & hoc necesse est, constante matrimonio, *l.* 20. *de re iudic.* His actionibus & post diuortium non agunt inuicem, nisi in id, quod facere possunt, quando contractus cœperunt ex tempore matrimonij. At in actionibus, quæ ex delicto nascuntur, cuiusmodi sunt eæ actiones, beneficium illud nunquam locum habet, *l. si rerum, eod. tit.*

Ad l. 4. De publ. iudic.

Interdum euenit, vt præiudicium iudicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliæ, & furti & vi bonorum raptorum, & interdicto vnde vi, & de tabulis testamenti exhibendis: nam in his de re familiari agitur.

EX hoc libro restant duæ tantum leges, lex 4. *de publ. iud. & l.* 2. *si ventris nomine.* Incipiam a *l.* 4. *de publ. iud.* Quæ in ea relata sunt, Paulus scripsit, quum tractauit de actione de moribus, qua post diuortium vir accusat mores vxoris, quæ diuertit, aut diuortio causam præbuit, vel contra vxor mores viri. Quæ quidem actio, quæ ciuilis erat & priuata, non criminalis, tametsi hodie sit a Iustiniano sublata, *l. vlt. in fine C. de repud. & iud. de mor. subl.* tamen fit eius actionis mentio in *l.* 5. *de pact. dotal.* & in *l. rei iudicatæ* §. *pen. & l. viro, & l. cum mulier, sol. matr. & l.* 1. *C. Theod. victum ciuiliter criminaliter agere posse, & l.* 1. *C. Theodos. de dotibus*, quæ alias est *l. vlt. de incest. nupt.* Et cum tractaret etiam Paulus de retentione ex dote, quæ omissa illa actione de moribus, etiam fieri potuit, morum grauiorum, leuiorumve nomine, & retinebantur quidem sextæ propter grauiores mores, id est, propter adulteria: & octauæ propter cæteros mores, qui omnes præter adulteriū quales quales sint, leuiores esse censentur, vt Vlpianus scribit *lib.* 5. *regul. tit. de dotib.* Et de hac retentionis causa; quamuis & hæc quoque a Iustiniano sublata sit, constitutione *de rei vxor. actione*, agitur tamen in dicta *l. cum mulier*, in secundo commate, *sol. matr.* In hoc autem tractatu de actione de moribus, & de retentione dotis, aut partis dotis propter mores, incidebat hæc

quæstio, an actioni de moribus, quæ actio ciuilis, & priuata erat, vt dixi, præiudicium fieret, aut fieri posset iudicio publico, & criminali ex l. *Iulia, de adult.* atque adeo, an prius agi, & iudicari posset iudicium priuatum de moribus, quam publicum ex *leg. Iulia, de adult.* Quod neque hoc casu, neque vllo alio quidam prudentes admittebant, vt scilicet prius ageretur ciuili, quam criminali iudicio: atque ita, vt per iudicium ciuile, præiudicium adferretur criminali ex eodem facto. Et ita quosdam sensisse est scriptum in *l. 2. §.1. vi bon. rapt.* Sed plurium sententia obtinuit, vt scilicet agi possit prius ciuili, quam criminali, & per ciuile præiudicium adferri criminali. Quod etiam refertur in *d. l.2.§.1.* & in *l. 1. C. quando ciuilis actio criminali praiudic.* Refertur & a Paulo hoc loco in *l. 4.* dum ait, *interdum euenire, vt per iudicium priuatum, præiudicium fiat publico iudicio.* prius scilicet instituto iudicio priuato & ciuili, quam publico. Verum Paulus ait, *hoc interdum euenire.* At illa *l. 1. C. quando ciuil. actio crimin. præiud.* ait, *generaliter id ita se habere*, non ait *interdum*, sed *generaliter.* Nulla est repugnantia. *Interdum* Paulus ait, quia non in omnibus priuatis actionibus hoc euenit, sed in his tantum, vt ait in fine legis, in quibus de re familiari agitur, siue, quæ rei pecuniariæ, quæ actori abest, persecutionem habent. Et in his tamen hoc obtinet, & euenit generaliter. Ergo vtrumque verum est: & illud *interdum:* & illud *generaliter.* Enumerat vero Paulus hoc loco quasdam actiones ciuiles & priuatas, per quas præiudicium fit iudicio publico, antelato nimirum peractoque iudicio priuato, vt si seruo alieno occiso agatur ciuili actione legis Aquiliæ, qua de re prius agi iudicium legis Aquiliæ & peragi potest, quamuis præiudicium fiat iudicio publico ex *l. Cornelia de sicariis*, quo etiam ex eodem facto agi postea potest. vtroque iudicio ciuili & criminali de homine occiso experiri licet, *l. 3. C. de lege Aq.* nec alio iudicio aliud perimitur: siue prius ciuili, siue prius criminali iudicio actum sit finito vno, superest aliud. Et vt intelligatur differentia; iudicium ciuile persequitur rem, id est, id quod patrimonio actoris abest, & vltra rem etiam pœnam pecuniariam. Iudicium autem criminale persequitur vindictam solam & vltionem publicam: Ciuile iudicium est de re familiari, vt ait hæc lex in fine, *& l. 6. de sep. viol. & d. l. 1. C. quand. ciuil. act. crim. præiud.* Iudicium autem criminale est de vltione publica, ciuile iudicium desiderat vtilitas priuatorum: criminale, vigor, siue rigor. Vtrumque dicitur recte ab auctoribus, publicæ disciplinæ, *l. locatio §. quod illicite, de publican.* Ac præterea, alius potest agere iudicio ciuili, alius criminali. ciuili agit is, cuius interest, vt sibi damnum sarciatur: criminali agit quilibet de populo, *l. 3. de lib. hom. exhib.* Eo autem iudicio, quo prius actum fuerit, siue id ciuile sit, siue criminale, non potest non sequenti iudicio præiudicium fieri. Itaque si prius actum sit ciuiliter lege Aquilia, præiudicium fit legi Corneliæ de sicariis. Nec obstat vllo modo quod ait *l. inde Neratius §. si dolo, ad l. Aquil.* præiudicium non debere fieri legi Corneliæ, si dominus de homine occiso prius egerit l. Aquil. quoniam vtrumque verum est, præiudicium fieri & præiudicium non fieri. Neque enim vtroque loco præiudicij nomen eodem modo accipitur. Hoc loco, atque etiam in *l. 2. §. 1. vi bon. rapt.* præiudicium fieri, est ex iudicio ciuili, quod prius finitum sit, sumi exemplum, & argumentum, quod iudices sequantur in criminali. Illo autem loco, id est, in *d. l. inde Neratius §. si dolo*, sicut & in *l. 3. §. si quis dolo, de tab. exhib.* præiudicium non fieri, est non esse prius iudicium impedimento, non esse iudicium, quod prius factum est, impedimento, quo minus eadem res, quæ iudicio ante disceptata & finita est, postea iudicio quoque criminali iterum disceptetur, & retractetur, vt aperte declarat lex 1. *C. quando ciuil. act. crimin. præiud.* Idemque euenit, vt Paulus ait hoc loco, *si prius agatur furti manifesti, vel nec manifesti*, quod ciuile iudicium est, *quam scilicet iudicio criminali* ex *l. Fabia de plagiariis*, subrepto alieno seruo, alieno homine lucrifaciendi causa. Vtroque iudicio agi potest: ciuili de rei persecutione: criminali de sola vindicta, *l. 12. C. ad leg. Fab.* Ac peractum quidem prius iudicium ciuile proculdubio grande aut non minimum præiudicium adfert iudicio criminali quod sequitur *d. l. 1. C. quando ciuil. &c.* Idem euenit, si prius agatur iudicio ciuili vi bonorum raptorum, quod locum habet in rebus mobilibus, vel interdicto vnde vi, quod locum habet in rebus immobilibus: si, inquam, prius agatur, hoc vel illo iudicio, quam criminali iudicio ex lege Iulia de vi priuata vel publ. Namque potest de vi agi prius ciuiliter quam criminaliter, *l. 15. tit. seq. de accusat.* Et prius iudicium, posterioris veluti quoddam præiudicium est. Idem euenit, vt persequar omnia exempla, quæ proponit Paulus, si prius agatur ciuiliter interdicto de tab. testamenti exhibendis, quas quis dolo malo supprimere dicitur, quam criminaliter iudicio publico ex l. Cornelia testamentaria; vtroque iudicio agi potest, & hoc vel illo prius, pro arbitrio actoris. Ciuili igitur etiam prius, si hoc malit actor, vt rem suam recipiat, deinde criminali de vindicta publica, quia hoc ordine licet præiudicium fiat quale quale iudicio criminali, iudicium criminale non consumitur, non perimitur, quasi eadem re iam ante præiudicata, imo iudicio criminali rursus eadem res tractari potest. Et generaliter in omnibus his iudiciis ciuilibus & priuatis, quibus de re familiari agitur, de qua non agitur in iudicio criminali, sed de vindicta sola, vt iam sæpius dixi, nihil vetat ea iudicia priuata prius agi, & ita præiudicare sequentibus iudiciis criminalibus, & quodammodo viam præmunire accusatoribus. Itaque finita quæstione de eo, quod priuatim interest, superest quæstio de eo, quod publice interest. Idemque dici potest de interdicto de libero homine exhibendo, quod ciuile iudicium est, & de publico iudicio, vel de executione publica legis Fabiæ de plagiariis, *l. 3. de lib. hom. exhib.* Vtroque iudicio agi potest, ciuili pirus, deinde criminali, vel contra criminali prius, deinde ciuili. Nec si prius agatur ciuili, criminali præiudicium fit: non fit præiud. criminali, quo minus criminali iudicio rursus eadem res agatur. Et fit tantum præiudicium, quatenus exhibito homine vi & potestate interdicti iudicij ciuilis, plagium fit manifestius. Et ita hæc lex intelligenda est, non vt Accursius tradit, quasi hoc dicat, quandiu agitur iudicium ciuile, criminale inchoari non posse. Nec quicquam præterea est in hac l. 4. Verum iis quæ sunt in *h. l.* ex diuerso, vice mutata proculdubio Paulus adiecerat aliud *interdum*: interdum scilicet euenire e contrario vt priuata actione præiudicium non fiat publico iudicio, id est, vt vel prius agatur iudicio publico quam priuato ex eodem facto, vel, si prius actum sit iudicio priuato, & ciuili, postea iudicio publico & criminali agi non possit. Et hoc docuerat euenire in his iudiciis ciuilibus, in quibus non de re familiari, sed de vindicta sola agitur, sicut & in publicis iudiciis: Nam & quædam sunt iudicia ciuilia, quæ non minus quam criminalia, quædam iudicia priuata, quæ non minus quam publica vindictam solam persequuntur, non rem familiarem, non damnum pecuniarium, vt iudicium de moribus: nam hoc iudicio non agitur de re familiari, non agitur de rebus amotis, de re, quæ absit viro vel vxori facto coniugis: iudicio de moribus non agitur de damno pecuniario, sed de iniuria lecti genialis & thori. Ideoque si iudicio de moribus prius actum sit, postea agi non potest iudicio publico ex l. Iulia de adult. Et ita nominatim proditum est de actione de moribus in *l. 1. Cod. Theodos. victum ciuil. crim. agi posse.* Et confirmatur *l. miles §. socer, ad leg. Iul. de adulter.* quia vtrumque iudicium, & publicum & priuatum pertinet ad vindictam, & vnius criminis duæ vindictæ, duo supplicia esse non possunt. Eademque ratione, si prius actum sit ciuiliter actione iniuriarum de cæde aut veneno, postea non potest agi l. Cornelia de sicariis & veneficis, quia quod in iudicium publicum legis Corneliæ venit, nempe vltio admissi sceleris, idem omnino venit in priuatũ iudicium iniuriarum. Paulus *l. 2. §. emancipatis, de collat. bonor. Actio iniuriarum,*

riarum, inquit, *magis vindictæ, quam pœnæ persecutionem habet*. Vbi illud *magis* comparationem non inducit, sed accipitur ἀντικῶς. Valentinianus Imperator *in Nouella de libertis, & success. eor. eum, qui agit iniuriarum, agere causam doloris, non causam amissæ rei suæ*. Et eodem modo M. Tullius pro Cæcinna: *actionem iniuriarum non ius possessionis adsequi*, id est, persequi, *sed dolorem imminutæ libertatis iudicio pœnaque mitigare*. Et luculentius Vlpianus in *l. prætor* §. 1. *de iniur.* in actione iniuriarum, de ipsa cæde, & veneno agi, vt vindicetur, inquit, non vt damnum sarciatur. Ac rursus ibidem, *in actione iniuriarum de ea ipsa re principaliter agi, quæ executionem etiam, & animaduersionem publicam habet*. Et ideo idem ait, *rectius facturum Prætorem, si non dederit ciuilem actionem iniuriarum*: vel vt est in 2. *de Inuent. si petita actione iniuriarum priuata de cæde, aut veneno, dederit exceptionem, extra quam si in reum capitis præiudicium fiat*, nimirum, quia actio iniuriarum si prior instituatur, l. Corneliæ iudicium publicum consumit. Quia in vtroque iudicio idem omnino principaliter venit, nempe vindicta sola. Et hoc quidem dici potest de actione de moribus, posse quidem ea agi prius, sed rectius facturum prætorem, si eam non dederit prius, ne hoc genere consumatur iudicium publicum, quod maioris momenti esse videtur, vel eo quod pateat omnibus. Idem etiam dici potest de qualibet alia actione ciuili, qua de vindicta, non de re familiari agatur, veluti de actione sepulchri violati, *l. 7. & pen. de sep. viol.* & de actione ingrati, qua reuocantur donationes, *l. 7. de reuoc. donat.* Et de interdicto de tabulis, non testamenti, de quo dictum est supra, sed de tabulis publicis exhibendis, *l. vlt. de tab. exhib.* Nunc transeamus ad *l. 2. si ventris nomine*, quæ restat sola.

Ad l. 2. si ventr. nom. mulier.

Dolo facit mulier, non quæ in possessionem venientem non prohibet, sed quæ circumscribendi alicuius causa clam & per quandam machinationem in possessionem introducat. §. 1. Si & patris & filiæ factum arguetur, in alterum, quem actor velit, reddenda est actio: quia in id, quod agentis interest, datur. Ideo si id, quod ei abest, ab eo, qui in potestate est seruari possit præter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei hæc actio.

TRactauit etiam hoc lib. Pau. de retentione, quæ fit ex dote propter liberos, vel de actione, quæ eo nomine instituitur, vt habeant liberi, quo vitam tolerare possint, de qua in *l. 25. in prin. sol. matr.* & aliis locis plerisque. Cuius rei occasione etiam Paul. hoc lib. egit de muliere, quæ post diuortium, vel post mortem mariti dicit, se esse prægnantem, & partus nomine postulat se mitti in possessionem bon. mariti, quæ si missa in possessionem mox dolo malo possessionem in alium transtulerit, vel si pater, in cuius potestate est, mox dolo malo possess. in alium transtulerit, forte in emptorem bona fide ementem ex hac causa, vel ipsa, vel pater heredi, eive cuius interest, tenetur actione in factum ex edicto prætoris in *h. tit.* proposito in id, quod interest. vbi dolo malo, Paul. in hac lege interpretatur, facere mulierem, quæ circumscribendi alicuius causa clam, & per quandam machinationem alium in possessionem introducat: non etiam facere dolo malo eam, quæ venientem in possessionem non prohibet, non arcet. Quod male omnino Acc. accipit ἀποφατικῶς, vt hoc loco, dolo malo mulier facit, non quæ in possess. venientem non prohibet: illud, *non quæ*, sit, *non tantum quæ*, perperam: nam prætor vtitur verbo *transferendi*, quo verbo factum arguitur, non negligentia, vt mox subiicit Paul. in secunda parte huius *l. si vtriusque factum arguatur*, inquit, *filiæ & patris*, id est, si vterque dicatur in alium dolo malo transtulisse possess. in arbitrio actoris esse, quo cum experiatur: cum alterutro experiri debere, cum filia, vel cum patre, non posse experiri cum vtroque, quia hæc actio datur in id, *quod actori abest*, vt ait, id est, in id quod interest, quia rei persecutionem habet, & bis eandem rem consequi non potest. præda est, bis eandem rem consequi, *l. si minoris, de adm. tut.* Vnde Paul. si actor quod sua interest ab eo consecutus fuerit qui in possessione est, id est, in quem translata possessio est. Legendum omnino in hac secunda parte huius l. quomodo & ex veterib. Doctorib. quidam legunt, *Ab eo, qui in possess. est*. Florentini male, *ab eo qui in potestate est*, quia debuissent potius dicere ab ea, id est, a filiafam. cuius dolo poss. in alium translata est: Nam sciendum est, & cum possessore, id est, cum eo, in quem possessio translata est, heredem interdicto. experiri posse, vt possessione discedat, vel quanti interest præstet, *l. 1. §. necessario, h. t.* Igitur si ab eo, *qui in poss. est*, heres quanti interest consecutus fuerit, inutilis est actio huius edicti aduersus filiam vel patrem, quia non datur vltra quam interfuit: nisi scilicet aliquid amplius intersit, quam consecutus sit a possessore, veluti propter sumptus litis actæ cum possessore, quorum forte iudex rationem non habuit, quod bonæ fidei possessor esset, & iustam haberet causam litigandi: nam qui bona fide litigant, etiamsi vincantur, non reddunt victori sumptus litis, *l. qui solidum §. etiam, de leg. 2. l. petitor, de liberat. leg.* Quos igitur sumptus heres non seruauerit ab eo, in quem translata erat possessio, quod bona fide possideret, repetet hac actione a patre, vel filia, qui, quæve dolo malo in eum transtulit possessionem. Nec obstat *l. 1. C. de euict.* quam adducit Accurs. quia loquitur de emptore hereditatis, qui est emptor iuris, non corporis certi, non corporum certorum, sed iuris tantum. Emptor hereditatis si ab alio superatus sit in iudicio centumuirali de hereditatis petitione, iudicio euictionis sumptus litis causa factos non repetit a venditore indistincte: hoc verum est, siue superatus sit, siue superauerit aduersarium, siue causam tenuerit, siue non tenuerit. Sed hoc est speciale in emtore hereditatis: nam alterius rei emptor, euicta re iure iudicioque a venditore, repetit etiam sumptus litis, & viatica, *l. 17. C. de euict. l. fideiussor, de doli except.* Emptor hereditatis eos sumptus non repetit, quia venditor in hoc tantum tenetur, vt hereditatem esse præstet, vel modicam, non etiam præstare debet euictionem singularum rerum. Et per consequentias nec sumptus, quos emptor hereditatis fecit in litem institutam de singulis rebus.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXVIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 1. de tutelis.

Tutela est, (vt Seruius definit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa.

§. 1. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomem ceperunt. Itaque apellantur tutores quasi tuitores, atque defensores: sicuti æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

§. 2. Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem præbere non potest.

§. 3. Surdum non posse dari tutorem plerique, & Pomponius lib. sexagesimo nono ad Edictum, probant, quia non tantum loqui, sed & audire tutor debet.

HIc liber est de tutelis, & cœpit congruenter a definitione tutelæ, quæ ponitur in *l. 1. de tut.* ex Seruio Sulpicio actore peritissimo conficiendarum definitionum, & eius artis, quam, qui tenent, eruditi appellatur. Definitio hæc est: *Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendū eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, iure ciuili data, ac permissa*. Capus liberum, (nam prima verba notissima sunt) vocat impuberē, qui

paterfa. aut materfa. est, id est, sui iuris, suæ spontis, qui tamen, vt ait, *sponte se defendere nequit*, suæ potestatis, qui tamen in potestate quadam tutoris est, quia non vt sui iuris, suæ spontis, suæ potestatis est, ita etiam suæ tutelæ est ante finitam tutelam pubertate, quo demum tempore in suam tutelam venire, & suæ tutelæ, suæ ætatis fieri dicetur. Et eodem sensu *liberum* dicit Titus Liuius 26. *Dum liber*, inquit, *dum mei potens sum*. Is vero est, qui vno & proprio verbo dicitur pupillus vel pupilla: neque enim pupillus is est, quamuis sit impubes, qui alieni iuris est, sed qui sui iuris est, & sub tutore, vel sub tutoribus agit. Denique tutor & pupillus duo sunt quasi cognata, coniunctaque nomina, nec alterum sine altero esse potest *l.* 8. §. *synueteranus, de excusat. tutor. l. pupillus* 239. *de verbor. signif.* Seneca ad Heluiam matrem, sic ille liber est inscribendus: *Nouatillam*, inquit, *sic in me transtuleram, sic mihi adscripseram, vt possct videri, quod me amisit, quamuis saluo patre, pupilla.* Nam pupilla proprie est, quæ patrem amisit, vel morte, vel emancipatione, id est, quæ desiit esse in familia patris. qui quæve alieni iuris est, vt puta in potestate patris, vel in mancipio domini, vel in manu mariti, tutorem habere non potest, *l. pen.* §. 1. *quod falso tut. auct. l. cum filiusfam. l. miles ita* §. *nec tutorem, de milit. test. l. si putas, C. de petit. hered. l.* 1. *C. de pat. pot.* Quod vsque adeo verum est, vt & impuberi, cuius pater, in cuius potestate erat, captus est ab hostibus, non possit tutor dari propter spem postliminij, quia post regressum patris confestim recidit in eius potestatem: spes postliminij facit, vt & adhuc videatur esse in patris potestate, & consequenter, vt tutor ei dari non possit, detur tamen curator bonis, ne in medio pereant, *l. muto* §. *vlt. h. t.* Qua de causa & tutelam impuberis patrisfam. aut matrisf. adrogatione, & conuentione in manum, & seruitute, atque etiam hoc casu captiuitate finiri constat, *l. si adrogati, h. t.* Nondum est satis: nam & ciuem Rom. esse oportet eum, cui datur tutor, & ciuem æque Rom. tutorem dari, *l.* 11. *in fine tit. seq.* Iura propria ciuium Rom. tutelæ sunt, & hereditates, & connubia, & agnationes, & gentilitates, patria potestas, non peregrinorum. non ergo deportatorum in insulam pœnæ causa, quia deportatio facit peregrinum, & mulctat ciuitate Romana. Ideoque & deportatione tutela finitur, *d. l. si adrogati*. Sunt autem hoc loco in Acc. glossis multa menda. Primum, *vis & potestas*, inquit, id est, violenta potestas, qua interpretatione nihil insulsius, & dedignor hic addere plura. Ac præterea his verbis in *capite libero*, excludi seruum inquit, imo & liberum hominem, si alieni iuris sit. Infert duobus tantum casibus seruum habere tutorē, quorum vnus sit in *l. ei qui de statu suo litigat, de tut. & cur. dat.* quæ certe seruo non dicit tutorem dari, sed ei, qui de statu suo litigat, id est, qui ex libertate petitur in seruitutem: & ita demum etiam palam & aperte ait, tenere dationem, si liber sit. euentus causæ liberalis declarabit iure datus fuerit tutor nec ne, interim vindiciæ dantur secundum libertatem, & pro libero habetur in causis omnib. vt *l.* 33. *seruum* §. 1. *de procurat.* quæ cum sit ex eodem lib. commodissime applicabitur *d. l. ei qui*. & libero igitur non seruo datus tutor intelligitur. Alter autem casus in *l. si impuberi, de tutoribus & cur. dat.* quæ lex neque dicit, neque adsignificat seruo tutorem dari, quinimo heres rogatus seruum hereditarium impuberem manumittere, eique hereditatem restituere, vt ibi ponitur species, heres quolibet de populo postulante, quia libertatis causa publica est, cogitur seruum impuberem manumittere, & manumisso demum ac perducto ad ciuitatem Rom. tutor datur specialis, vt *l. apud* §. *vlt. ad SC. Treb.* quo scilicet auctore etiam heres ei restituat fideicommissariam hereditatem, quo facto heres ipse quasi manumissor succedit in tutelam. Ille specialis temporarius est tutor. Debuit potius Accursius adnotare casum, quo filiusfamil. tutorem habet ex *l. vlt.* §. *quibus, C. de sentent. passis.* vbi patre deportato in insulam, atque ita filio eius impubere, qui in ciuitate mansit, sui iuris effecto, eique tutore dato, ac postea patre ciuitati restituto beneficio Principis, ac proinde reciperata patria potestate in filium adhuc impuberem, si eiusmodi sit pater, vt ad omne vitium omnemque luxuriam mores suos instruxerit & composuerit, melius esse ait Imperator, vt qui impuberi filio ab initio iure tutor datus est, tutor maneat, vt eius consilio regatur, non prodigi, aut luxuriosi, aut dissoluti patris. Facilius retinetur tutor, qui ab initio iure datus est, quā datur: nec sane post restitutionem patris iure ei daretur tutor. Idem Accursius his verbis, *ad tuendum eum, qui propter ætatem suam, &c.* ait, excludi patrē, quasi & patris munus non sit tueri liberos, cuius etiam locum ea ratione tutorem obtinere Theop. noster scribit in §. 1. *de satisd. tut.* Idem his verbis *propter ætatem suam*, excludi curatorem, quasi, si diis placet, & curator non detur ætate minoribus, mollibus & ætate fluxis animis, vt Sallust. loquitur. Idem etiam Acc. non percipit hæc verba definitionis, *iure ciuili data ac permissa*. non animaduertit ius ciuile id dici, vt sæpissime in iure specialiter, quod 12. tab. continetur. Et ex 12. tab. tutelam dari atque deferri agnatis proximis virilis sexus, si nulli testamento parentis tutores instituti sint, & patronis quoque, *l.* 1. *inf. de leg. tut.* Permitti autem tutelam, id est tutoris dationem permitti parentibus in testamento qui liberos impuberes in potestate habent, *l.* 1. & 20. *tit. seq.* nempe his verbis: *paterfa. vti legassit super pecunia tutelaue sua, ita ius esto.* & alio capite: *si intestatus moritur, familia tutelaque eius agnatorum gentiliumque esto.* Denique iure ciuili, id est, 12. tab. tutela datur proximis agnatis: permittitur parentibus, qui impuberes in potestate habent. Testamentaria igitur & legitima tantum tutela in hac definitione demonstratur. Nam datiua tutela, quæ datur a magistratibus, postea introducta est lege Attilia. Multo maiora Bartolus hac in re minuta peccauit, & insigniter quidem, quum hęc verba in *capite libero*, adserit esse accipienda de tutore, non de impubere, non animaduertens ἀρχαϊσμὸν, *in capite libero*, pro *in caput liberum*, vt illo Poëtæ loco,

Nil animis in corpore iuris.

Et in 12. tab. *in eo pecuniaque eius potestas esto*, apud Cicer. vt inde liceat coniecturam facere, qui naufragium faciunt in paruo flumine, quales gubernatores sint in mari Ægæo. Mitto veriloquium tutoris, quod hic Stoicos imitatus exposuit Paulus, & transeo ad §. *vlt.* in quo ait.

Ad §. vltim.

Ait: *mutum aut surdum tutorem dari non posse.* & mutum, quia auctoritatem pupillo negotium aliquod contrahenti præbere non potest. Vnde collige & serua perpetuo, auctoritatem tutoris verbo interponi, cum se probare palam tutor dicit id, quod agitur, *l.* 3. *de auct. tut.* scripto, aut per epistolam non interponi, *l.* 9. §. *pen. de auctor. tut.* Quanquam in *d. l.* 3. tentet Accur. etiam taciturnitatem tutoris sufficere. Quod si esset verum, & mutus tutor esse posset. Surdum autem tutorem dari non posse, quia non potest exaudire verba eorum, qui cum pupillo contrahunt. Quod confirmatur etiam *l. pen.* §. *vlt. de leg. tut.* Addamus ex *l.* 20. *t. seq. de testam. tut.* quæ est ex eod. lib.

Ad l. 20. de testam. tut.

Tutor incertus dari non potest.

§. 1. *Testamento quemlibet possumus tutorem dare, siue is prætor, siue consul sit: quia lex duodecim tabul. id confirmat.*

Tutorem etiam incertum dari non posse, puta hoc modo, quicunque sequenti anno Consul factus fuerit, filio meo tutor esto: Nam & consul, & prætor tutor dari potest, quia vt ait lex 12. tab. generaliter loquitur, *paterf. vti legassit, &c.* Et eleganter §. *tutor, Instit. de legat.* certo iudicio debere patremf. pro tutela suæ posteritati cauere. Et eo respiciens, vt opinor, Vlpian. *lib. sing. reg. Testamēto nominatim tutores datos confirmari lege* 12. *tab.* vbi vtitur eodem verbo, quo hæc lex 20. quia, inquit, si Consul, vel prætor tutor datus sit, lex 12. tab. id confirmat. Vnde etsi ita pater dixerit in testamento: *quisquis primus ad funus meum venerit, filio, meo tutor*

tutor esto, inutilis datio est, & tutela ad agnatos aut gentiles reuertitur. His adiecit Paulus in *l. 6. de legit. tut.*

Ad l. vi. de leg. tut.

Intestato parente mortuo, adgnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit: sed & is, qui testamento liberis suis tutores non dedit. Quantū enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicemus, si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad agnatum reuertitur.

DEficiente testamētaria tutela, cui datur primus locus, Paulus ait, succedere legitimam, puta intestato parente mortuo, agnatis proximis tutelam impuberum liberorum deferri: & intestatum videri parentem, si tutorem non dederit liberis, licet testamentum fecerit, id est, si quod ad tutelam attinet, intestatus decesserit, etiamsi non quod ad cætera, vel etiamsi testamento tutorem dederit & is viuo testatore decesserit, vt est rectissime expressum in §. *pen. Instit. de leg. agnat. tut.* secundum quem & hæc lex sic accipienda est, & lex 11. *de test. tut.* nimirum, vt si tutor testamentarius viuo testatore vita decesserit, tunc tutela reuertatur ad proximum agnatum, tutorem legitimum: Nam si mortuo testatore, postea qui iam cœperat esse tutor testamentarius, tutor vita decesserit, proculdubio tutela ad agnatos non reuertitur; sed alius a magistratu tutor dandus est: neque enim legitimo tutori est locus, nisi cum mortis tempore deficit tutor testamentarius: atqui non deficit. Et sic si tutor testamento datus viuo testatore mutus aut surdus factus fuerit, fateor, tutelam ad agnatos reuerti. sed si mortuo testatore in hoc vitium inciderit, alius in eius locum dandus est a magistratu. Et hoc vult lex *pen. de tut.* Ad hæc etiam notandum ex *l. 8. eod. tit. de leg. tut.* quæ est ex hoc lib. 38.

Ad l. 8. eod. tit.

Si reliquero filium impuberem, & fratrem, & nepotem ex alio filio: constat vtrosque esse tutores, si perfectæ ætatis sunt, quia eodem gradu sunt.

SI plures sint agnati eiusdem gradus, simul omnes, vt ad hereditatem legitimam, & ad tutelam quoque legitimam vocari. Fac filio impuberi, quem quis moriens reliquit, superesse patruum & fratris filiū, superesse patruum, qui defuncto patri est frater, superesse fratris filium qui defuncto patri est nepos ex alio filio: ambo filio impuberi sunt eodem gradu, nempe 3. gradu, & ambo igitur venient ad tutelam impuberis legitimam. Verum addit hunc modum *l. 8.* si perfectæ ætatis sint, id est, si sint maiores 25. annis. Quod absque dubio Tribonianus adiecit ex constitut. Iustinian. id est, ex *l. vlt. C. de leg. tut.* quæ vetat, ne ad vllum genus tutelę minores 25. annis admittantur. Ante eam constit. etiam minores 25. annis, etiam pupilli, erant legitimi tutores, iure scilicet & nomine, non administratione: quod si vis tibi amplius approbari, adi, si placet obsertionem 17. *cap.* 28. Restant ex hoc lib. 38. leges tres duntaxat. vid. *l. 12. de admin. tut. & l. 5. de fideiuss. tut. l. 28. de solut.*

Ad l. 12. de adm. tut.

Cum plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem actio, pupilli nomine datur.

§. 1. Quæ bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani & Adriani. Et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest: Nam & inutile est pupillis, si administratio eorum non seruatur: nemine scilicet emente. Nec interest tutor soluēdo fuerit nec ne, cum, si bona fide res gesta sit, seruanda sit, si mala fide alienatio non valet.

§. 2. Nimium est, licere tutori, respectu existimationis pupilli, erogare ex bonis, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.

§. 3. Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur; in primis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonij, pro dignitate natalium constituet. Alimenta seruis liberisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit. Solemnia munera parentibus cognatisque mittet. Sed non dabit dotem sorori alio patre natæ, etiamsi aliter ea nubere non potuit: Nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quæ seruanda arbitrio pupilli est.

§. 4. Si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit: quod non erat, cui crederet: pupillo vacabit.

IN l. 12. *de admin. tut.* primum quæro, si plures sint tutores, qui tutelam gesserint, & vnus aliquid male, aut perfide administrarit. Quæritur, an alij statim aduersus eum agere possunt pupilli nomine, actione tutelæ scilicet? Et ex initio huius legis, intelligimus non posse: quia nec pupillus ipse manente tutela, durante tutela, tutelæ agere potest, *l. 1. in fine, l. 4. de tutel. & rat. distrab.* Est enim hoc iudicium generale de restituenda vniuersa tutela; & reddendis rationibus tutelæ administratæ, quo importune, & intempestiue agitur ante finitam tutelam, ante expletum & finitum officium tutelæ. Cæterum non prohibetur contutor etiam manente tutela contutorem suspectum postulare, id est, agere cum eo suspecti ex 12. tabul. vt tutela abeat, *l. 3. in princip. de susp. tut.* Et ita accipiendum est initium huius l. Vbi igitur tutelæ agi non potest, suspecti agi potest: vt vice flexa, vbi suspecti agi non potest, tutelæ agi potest, quod omnium optime probat *l. 3. §. quæri, de susp. tut.* Cuius sententia hæc est. Qui tutores pupilli fuerunt, finita tutela pubertate, inuiti curatores non fiunt. Satis enim abundeque est, quod tutelam gesserint, nec coguntur etiam inuiti curam administrare, *l. 13. §. vlt. de tut. & ration. dist. l. curator, C. de excusat. tut.* Medium tempus inter patrem senem & filium ætate paruum, occupant duo diuersa diuersorum officia, tutoris & curatoris, vt eleganter Orosius ait l. 2. c. 1. *Inter Babylonium & Romanum regnum quasi interpatrem senem & filium paruum, Africanum & Macedonicum breuia & media regna, quasi tutorem curatoremque venisse, potestate temporis, non iure hereditatis admissa.* At si qui tutelam gesserunt adolescenti etiam aut volenti, aut decreto prætoris vel præsidis, quod ei testamento patris, quamuis non iure curatores constituti essent, curatores confirmati fuerint, *vt l. Caius, de excus. tut.* vnus ex eis ob delicta ante gestæ tutelæ a concuratore suspecti postulari non potest, vt remoueatur a curatione: conueniri tamen potest actione tutelæ, quia finitum iam est officium tutelæ, & sumptum aliud officium, nempe curationis officium. Vnde apparet, quando agi potest tutelæ, ob eandem causam suspecti agi non posse. Sequitur in §. 1. huius leg.

Ad §. 1.

BOna fide & legitime a tutore gesta & alienata ex rebus pupilli, rata habenda esse indistincte: siue finita tutela tutor soluendo sit, siue non, siue impar sit, siue par faciendæ pupillo pariationis, id est, paris rationis, nec a pupillo posse reuocari, aut vindicari res a tutore bona fide & legitime distractas pupilli nomine. Imo rebus euictis pupillum emptoribus teneri euictionis nomine, quia cum tutoribus male non contrahitur, vt docet lex 4. *de euict.* nimirum quia alienatio valet omnimodo. Et vt eleganter ait in *hoc §. 1.* inutile est, *Il est dommageable*, damnosum est pupillis, si administratio tutorum non seruatur, quam comitata est bona fides & legum auctoritas. Alioquin nemo volet a tutore vllam pupilli rem emere, quam tamen forte distrahi pupillo maxime expedit. Qua ratione etiam dicitur in *l. quod si minor §. non semper, de minoribus*, non temere cum minoribus gesta esse rescindenda: alioquin nemo vellet vllum cum minoribus negotium contrahere, & quodammo-

minoribus commercio interdiceretur. At mala fide a tu- A
re factam rerum pupillarium venditionem & traditionem, veluti per sordes, aut gratiam, Paulus ait, nullius momenti esse: transferre igitur dominium in emptorem non posse: & pupillo integram atque incolumem rei venditæ & traditæ vindicationem esse. Additur in §. *nimium est*, ea tamen, quæ modum excedunt, licet a tutore gesta sint bona fide, veluti respectu existimationis pupilli dignitatisque natalium, respectu famæ & nominis pupilli, rata habenda non esse, vt si ex bonis pupilli impendat in epulas lautiores res, vel in nitidiorem supellectilem, quod ex suis bonis ipse non honestissime erogaturus fuisset, si pædagogia pupilli, *les pages*, nimis pretiosa veste succingat: nimiæ enim & immodicę erogationes tutori reputantur in iudicio tutelæ, non pupillo. Culpatur nimietas in impendiis, in B actione omni. Et notanda est illa locutio *respectu existimationis pupilli, ayant esgard a son estat*, vt in *l. 1. hoc tit.* prospectu officij, *ayant esgard a la charge.* Mox in §. pen. hoc posito quod est certissimum, tutorem non tantum rebus, sed etiam moribus pupilli præfici, præponi, subinfert, tutoris officio, hoc notandum in primis, incumbere, vt præceptoribus liberalium artium pupilli mercedes præstet pro modo facultatum pupilli, & pro dignitate natalium. Itemque vt præstet alimenta seruis libertisque pupilli domesticis, atque etiam exteris, si hoc pupillo expediat, si forte dant operam pupillo. Itemque, vt solemnia munera parentibus cognatisque pupilli mittat. ergo si ea miserit, ea in iudicio tutelæ pupillo reputabit: sic est: dummodo seruauerit, quod prædictum est, *ne quid nimis*: nuptialia tamen mune- C ra, nuptiales sportulas matri, aut sorori pupilli tutor non mittet, aut non reputabit, quia perquam necessaria ea muneratio non est, quod ostendit lex quæ seq. 13. §. *vlt. & l. 1. §. præterea, de tutelæ, & rat. distr.* Igitur hoc loco *solemnia munera* ea tantum dicit, quæ non necessaria, sed perquam necessaria sunt, τὰ δῶρα, τὰ νομιζόμενα, & quasi debita parentibus & cognatis, & quæ præbentur tantum parentibus & cognatis: ergo non *strenas* dicit, non *natalia*, non *nuptialitia*: nam & hæc amicis debentur, non parentibus, aut cognatis solis, & perquam necessaria etiam non sunt. Plane enim voluntaria sunt, & arbitraria: solemnia munera dicit ea quæ χαρίσια dicebantur, vt Valerius docet *lib. 2.* Et chara cognatio. Tertullian. lib. de Idololat. *Charæ cognationis honoraria exigit.* Martialis 9.

Chara daret solemne tibi cognatio munus:

Ouid. 2. Fast.

Proxima cognati dixere χαρίσια Chari:

Et rectissime in glossis veterum, chara cognatia, ἐφίσια. rectissime: nam conuiuia solemnia erant, quibus præter parentes & cognatos nemo interponebatur, & quasi parentalia quædam, quia & in eis omnium charorũ cognatorum iam vita defunctorum nomina ciere solebant, id est, τὰ ὀφειλόμενα. Quod & Ouidius illo loco ostendit. Et præter conuiuium, quod cognatorum quisque sua vice necessario obibat, etiam vt moris erat singulis conuiuiis ἀποφόρητα dabantur, aut mittebantur: hæc erogatio, hæc muneratio est necessaria, & pernecessaria. Hanc solam tutor reputat pupillo, non munerationes non necessarias. Sequitur in eod. §. Si tutor dederit dotem ex bonis pupilli sorori eius vterinæ, quę cognata ei est, non agnata, etiamsi non habuerit illa vnde nuberet, etiamsi aliunde nubere non potuerit, id tuto- E rem non reputare pupillo: nam etsi honeste sorori quoque vterinæ pupillus in dotem det, non cogitur tamen dare, ne inopi quidem. Et hoc pendet tantum ex eius liberalitate, quæ arbitrio eius relinquenda, & seruanda est, non tutoris, vt quum erit grandior, tum si velit etiam vterinæ sorori dotem constituat. Liberalitatis modus ex adolescentis bonis in adolescentis, non tutoris voluntate est, quæ sententia ex contrario præstat nobis certissimum argumentum existimandi fratrem sorori consanguineæ, siue germanæ, quæ agnata & cognata est; si ea aliunde nubere non possit, dotem constituere debere. Est in hanc rem hic locus valde singularis. In §. vlt. huius legis docet.

Ad §. vltim.

SI tutor ideo pecuniam pupillarem fœnori non occupauerit, quod non esset vir idoneus, cui fœneraret, hoc tutori non reputari: nec debere eum eius pecuniæ vsuras pupillo dependere, vt *l. 3. C. de vsur. pup.* Quid igitur? pecuniam illam pupillo vacare, pecuniam illam pupillo esse sterilem, otiosam, vacuam, & necessario quidem propter penuriam hominum idoneorum, quibus credi possit. Eadem vero, quæ reputantur tutori in iudicio tutelæ, reputantur etiam fideiussori eius, qui cauit rem pupilli saluam fore: & contra, quæ non reputantur tutori, nec fideiussori eius. Et hoc habetur in *l. 5. de fideiuss. tut.* quæ est ex hoc libro. Et vtimur apte verbo *reputationis* hac in re, quoniam iudicium tutelæ de calculo est, de reputatione est, de rationibus reddendis. Alia reputantur pupillo a tutore, alia tutori a pupillo. Et hoc etiam libro habemus in *l. 28. de solut.*

Ad l. 28. de solut.

Debitores soluendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli peruenit.

DEbitorem pupilli ipso iure omnimodo liberari, si tutori soluat, vt *l. Lucius §. tutelæ, de administ. tut.* Sed si debitor pupilli soluat ei, qui pro tutore negotia gerit, cum tutor non sit, tutori putatitio, tutori falso, non aliter liberatur, quam si pecunia versa sit in rem pupilli, quoniam huic rerum pupilli administratio concessa non fuit, *l. apud §. si quis non tutor, de doli except.* Nec quidquam præterea habemus in hoc libro.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XXXIX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

D

Ad l. 48. ad l. Aquil.

Si seruus ante aditam hereditatem damnum in re hereditaria dederit: & liber factus in ea damnum det: vtraque actione tenebitur: quia alterius & alterius sunt.

OMnia fragmenta, omnesve leges libri 39. sunt de furto, excepta *l. 48. ad leg. Aquil.* quæ est de damno iniuria dato, quæ tamen recte & vere protrahetur. & accommodabitur etiam ad furti causam. Credibile autem est, cum immensus sit tractatus de tutelis, non superiore tantum, sed & hoc libro 39. Paulum egisse de tutelis, eique occasionem scribendi de furtis dedisse actionem eam, quæ appellatur actio *de rationibus distrahendis*, quæ aduersus tutorem datur in duplum ex 12. tab. qui interuertit rationes pupillares, quive auertit, aut intercepit pecuniam pupillarem, quiue furandi animo rem aliquam abstulit ex pupilli bonis, cum qua actione etiam concurrit actio furti pœnalis, nec altera alteram tollit, *l. 1. §. in tutela, l. 2. de tut. & rat. distr.* Concurrit etiam cum actione de rationibus distrahendis condictio furtiua, *d. l. 2.* Et actio quidem de rationibus distrahendis, quam dixi esse in duplum, mixta est actio, quia id persequitur, quod pupillo abest, ac præterea alterum tantum, si id quod pupillo abest, arbitrio iudicis non restituatur, quia arbitraria actio est. Qua de causa, si condictione furtiua pupillus consecutus fuerit quod fuerit ablatum, tollitur actio de rationibus distrahendis, quia nihil pupillo abest, quæ tamen

men non tollitur actione furti, quia in actione furti extra rem, quæ abest, duplum est, id est, totum duplum pœna est. In actione de rationibus distrahendis duplum non est extra rem, *d. l. 2. l. tres tut. de admin. tut.* Eademque ratione si actione tutelæ pupillus consequutus fuerit, quod fuerit ablatum, cessat actio de rationibus distrahendis, quia nihil pupillo abest, non cessat tamen actio furti. si actum sit tutelæ, & per eam, quod sibi abest pupillus consecutus sit, cessat actio de rationibus distrahendis, quia vna obligatio, vnum factum, vna res est, ex qua tutelæ actio nascitur, & actio de rationibus distrahendis, permissa electione pupillo finita tutela hac vel illa experiri, suumque persequi. Duæ autem sunt obligationes tutelæ & furti, ex quibus & duæ nascuntur actiones, actio tutelæ siue rationum distrahendarum, & actio furti, *d. §. in tutela.* Et ideo altera alteram non tollit. actio tutelæ, vel actio de rationibus distrahendis non tollit actionem furti: quia diuersæ obligationes sunt. Quomodo & hoc ipso lib. vt constat ex *l. 48. ad leg. Aquil.* Paulus scripsit. Si seruus hereditarius domini testamento manumissus ante aditam hereditatem damnum in re hereditaria dederit dolo malo, & post aditam hereditatem libertatem adeptus ex testamento in eadem re damnum dederit, quia sunt duæ obligationes, duo facta, vtramque eum noxam sequi, ac proinde post libertatem adeptam duabus eum actionibus teneri, vna ex edicto, *si is, qui ex testamento liber esse iussus erit post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse vel corrupisse quid dicetur.* Et altera ex *leg. Aquil.* vt rectissime in hac l. 48. Accursius adnotauit. In priori actione, quæ ex illo edicto competit, venit dolus duntaxat: in posteriori, quæ est ex leg. Aquilia venit etiam culpa leuissima, *l. 44. eod. tit. ad leg. Aquil.* His autem duabus actionibus eum teneri, quia, vt ait, lex 48. alterius & alterius facti hæ res sunt, nimirum vno facto damnum dedit rei hereditariæ, altero facto damnum dedit rei iam heredis factæ per aditionem hereditatis. Duo igitur sunt facta, & duæ obligationes. Idcirco altera alteram non tollit: qua ratione etiam vtitur *d. §. in tutela.* & est simile argumentum in *l. 16. de neg. gest.* de damno autem dato loquitur illa lex 48. non de furto, quia si iacenti hereditati & nondum aditæ seruus testamento manumissus furtum fecit, dominæ furtum fecit, quia hereditas iacens dominæ locum obtinet, *l. denique §. quæsitum, quod vi aut clam.* Dominus autem aut domina non possunt cum seruo suo habere actionem furti. Ergo quod ante aditam hereditatem furtum fecerit, amota re quadam hereditaria, non ideo tenetur actione furti post libertatem, sed tamen, quia ex illo edicto *si is, qui testamento liber esse iussus erit, &c.* seruus testamento manumissus, qui ante aditam hereditatem ex ea aliquid amouit dolo malo, perinde tenetur actione in duplum, atque si furtum fecisset reuera, si etiam post aditam hereditatem ex ea aliquid amouerit dolo malo, eandem rem contrectauerit, atque ita heredi quoque furtum fecerit, duabus actionibus tenetur, actione in factum ex illo edicto, *si is qui testamento, &c.* comparata ad similitudinem actionis furti, & actione furti directa & ciuili, *l. 1. §. 1. & l. pen. inf. si is qui testam.* & ita explicanda est illa lex 48. *ad leg. Aquil.* Ceteræ leges, quæ sunt ex hoc libro palam & aperte de furto perscriptæ sunt omnes, de quo, quod esset Paulus occasione rapta vnde dixi, aliquando fusius tractaturus, cœpit, vt opinor, hunc librum a definitione actionis furti, atque etiam rei ipsius, quę ex hoc libro proponitur in *l. 1. de furt.* ad quam transeo.

Ad l. 1. de furt.

Furtum a furuo, id est, nigro, dictum Labeo ait, quod clam, & obscure fiat, & plerunque nocte: vel a fraude, vt Sabinus ait, vel a ferendo & auferendo, vel a Græco sermone qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν, id est, a ferendo φῶρας dixerunt.

§. 1. Inde sola cogitatio furti faciendi, non facit furem.

§. 2. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur: sed ita, si intercipiendi causa occultauerit.

§. 3. Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucrifaciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam vsus eius, possessionisue, quod lege naturali prohibitum est admittere.

AC primum ibi duæ potissimum proponuntur definitiones nominis, seruaturque ordo artis, prius definiendum esse nomen, quam rem. Ac primum quidem furtum, vt ait a furuo, id est, nigro dici. Quomodo & vna Harpyiarum est κελαινώ, quo nomine nigrum significatur, vt Fulgent. scribit in libris μυθολογικῶν. Et hoc, vt ait, quia furtum fit clam & obscure, & plerunque nocte. Qua re etiam furtum a rapina discriminatur, quia furtum non fit palam vt rapina: sed vel clam fieri potest, *l. in duobus §. si quis iurauerit, de iureiur.* Inde & *l. 2. §. generaliter, vi bon. rapt.* ex quibus causis furti actio mihi competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me actionem vi bon. rapt. in re facta per vim, in re erepta vi aperta, *& l. 8. §. 1. & §. vlt. arb. fur. cæs.* non eum, qui per vim sciente domino arborem cędit, sed eum, qui clam cædit, teneri actione arbor. furt. cæs. ex 12. tab. *& l. vlt. C. quibus ad lib. prou. non licet.* furtiua compendia obscure capi & parari, & plerumque nocte, inquit. Vnde illud Homeri Iliad. 3. κλέπτῃ δέ τε νυκτὸς ἀμείνω. hoc sensu, *noctem amicam esse furibus inimicam pastoribus.* addit Paulus, vel furtum dictum ab *auferendo*, quia nec furtum fit cogitatione, vel animo solo. non fit verbo, non fit scriptura, *l. si quis vxori §. neque, hoc tit.* non fit inficiatione, vt si depositarius depositum inficietur, non statim furti tenetur: sed ita, si id intercipiendi animo occultauerit, & contrectauerit. Sequitur definitio rei. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucrifaciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam vsus eius, possessionisue, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Furtum est contrectatio, quæ scilic. fit quum res mouetur loco: nam rei immobilis furtum non fit, sed rei mobilis tantum, *l. 1. de distr. pignor.* contrectare nihil aliud est, quam loco mouere, & contrectatio fraudulosa, inquit, quia non eadem est ratio damni dandi & furti faciendi. damnum datur etiam culpa leuissima: furtum fit dolo malo duntaxat, & vt subiicit, lucrifaciendi gratia, lucri sui causa, *l. 21. §. 1. rer. amotan.* Lucrifaciendi causa, vel ipsius rei, inquit, vel etiam vsus eius, possessionisue. ipsius rei, id est, proprietatis: Nam rei appellatio in iure semper proprietatem denotat & destinat. Et ita dominum agere furti, quanti interfuit eius proprietatem non esse substractam, id est, rem, *l. inter omnes §. si seruus, hoc tit.* & actione furti domino præstari proprietatis causam, *l. furtiuam, hoc tit.* ratione autem possessionis actio furti datur non domino, bonæ fidei tamen possessori, *d. l. furtiuam,* vel etiam creditori pigneratitio, si vel debitor ipse, vel alius rem pignori datam interuertat, *l. cum ex §. 1. & d. l. si inter omnes §. si seruus.* ratione autem vsus actio furti datur vsufructuario, *d. l. cum ex §. 1. & d. §. si seruus.* Datur etiam quandoque domino ipsi actio furti vsus gratia, siue vsus ratione, vt si commodatarius rem, quam a domino vtendam accepit, alij inuito domino commodauerit. Nam ob interuersum vsum rei commodatæ domino tenetur actione furti, *l. si pignore §. 1. hoc tit.* Sic igitur apparet quemadmodum & quomodo fiat furtum, vel ipsius rei, vel vsus eius, vel possessionis eius. Dices ad hæc & obiicies: imo omne furtum est interuersio possessionis, & generaliter, aut furtum non fit, aut furtum fit possessionis semper. Quod & ita scriptum est in *l. 1. §. Scæuola, si is qui test.* Idque vel ex eo apparet euidenter, quod vbi nullus est rei possessor, vbi possessio vacat, etiamsi eius rei dominus aliquis existat, furtum eius rei fieri non potest, quæ a nemine possidetur, quamuis dominum certum habeat, vt hereditate iacente apud quam interim, id est, ante aditam hereditatem rerum dominium esse intelligitur, vt ante diximus, rerum dominium, non etia mpossessio. Cur non? quia possessio res est facti & animi, & factum vel animus non cadit in rem incorpoream: hereditas autem est res incorporea, id est, ius successionis, quod abstrahimus intellectu,

non ſenſibus percipimus, vel corpore. hereditas iacens eſt quidem domina, ſed domina ſine poſſeſſione, domina expers & impos poſſeſſionis. Ideoque nec rei hereditariæ furtum fit, iacente hereditate ſcil. nam adita hereditate iam non eſt res hereditaria, ſed res heredis, *l. hereditariæ, hoc t.* Quid ergo dicimus, cum furtum fit? poſſeſſionis ſemper furtum fit, aut certe furtum non fit. hoc eſt certiſſimum. Et tamen in definitione hac, in qua accuratius hoc diſtinguendum fuiſſe videbatur, ait, *furt. fieri, vel rei ipſius, vel vſus, vel poſſeſſ.* Dico poſſeſſionis ſemper furtum fieri. nam & domino, cuius res ſubripitur, ſane poſſeſſionis ciuilis furtum fit, & fructuario ſimiliter cuius vſusfructus, vel bonæ fidei poſſeſſori, cuius poſſeſſio interuertitur. Æque poſſeſſionis furtum fit, ciuilis vel naturalis: bonæ fidei poſſeſſori ciuilis, ſi ex iuſta cauſa adquirendi dominij poſſidet, vſufructuario naturalis poſſeſſionis: nec ſi poſſeſſio non interuertatur, vlli vnquam furtum fit. Igitur ſolius rei, vel vſus furtum non fit, ſolius poſſeſſionis fit, veluti bonæ fidei emptori, qui in re quam poſſidet nihil aliud iuris habet: cum tamen bonæ fidei poſſeſſori furtum fit, domino etiam furtum fit, & vtrique defertur actio furti, *l. furtiuam, hoc tit.* ſed domino iure dominij, in qua æſtimatur verum pretium rei, *l. ſi vendidero §. 1. hoc tit.* bonæ fidei poſſeſſori, iure iuſtæ poſſeſſionis, in qua æſtimatur poſſeſſionis pretium, non verum rei pretium, quæ non eſt actoris: & pari modo, quum vſufructuario furtum fit, proprietario etiam furtum fit, & vtrique defertur actio furti, *l. inter omnes §. ſi ſeruus, hoc tit.* proprietario iure dominij, in qua verum rei pretium venit, fructuario iure vſusfructus in qua vſusfructus tantum pretium venit. In actione furti pretium duplatur, ſi ſit non manifeſti: vel quadruplatur, ſi ſit manifeſti: duplatur, inquam, vel quadruplatur id, quod intereſt, quod domino agente non excedit verum rei pretium: alio autem agente non excedit pretium iuris, quod inre ſubrepta habet. Ex his, quæ ſunt certiſſima, intelligimus, ſemper poſſeſſionis furtum fieri, nam & ei, cui rei furtum fit, puta domino poſſeſſionis furtum fit, & ei, cui vſus furtum fit, poſſeſſionis furtum fit, atque eo reſpectu duntaxat furtum ei fit, & retro, vbi alicui poſſeſſionis ſolius furtum fit, tum etiam domino furtum fit. additur in extremo: *quod lege naturali prohibitum eſt admittere*, hoc eſt, quod ait *l. probrum, de verb. ſign.* furtum eſſe natura probrum, quod adſignificat etiam hoc loco dum ait, *prohibitum*: nam veteres dixerunt probrum quaſi *prohibitum*, vt quidam notant.

Ad l. 53. de furt.

Qui iniuriæ cauſa ianuam effregit, quamuis inde per alios res amotæ ſint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas & propoſitum delinquentis diſtinguit.

§. 1. Si ſeruus commodatoris rem ſubripuerit, & ſoluendo ſit is, cui ſubreptum eſt: Sabinus ait, poſſe & commodati agi cum eo, & contra dominum furti ſerui nomine. Sed ſi pecuniam, quam dominus exegit reddat, euaneſcere furti actionem. Idem & ſi remittat commodati actionem.

§. 2. *Quod ſi ſeruus tuus rem tibi commodatam ſubripuerit, furti tecum actio non eſt, quia tuo periculo res ſit. ſed tantum commodati.*

§. 3. *Qui alienis negotiis gerendis ſe obtulit, actionem furti non habet: licet culpa eius res perierit. Sed actione negotiorum geſtorum, ita damnandus eſt, ſi dominus actione ei cedat. Eadem ſunt in eo, qui pro tutore negotia gerit: vel in eo tutore, qui diligentiam præſtare debeat: veluti, qui ex pluribus tutoribus teſtamento datis, oblata ſatiſdatione, ſolus adminiſtrationem ſuſcepit.*

§. 4. Si ex donatione alterius rem meam teneas, & eam ſubripiam: ita demum furti te agere mecum poſſe, Iulianus ait, ſi interſit tua retinere poſſeſſionem: veluti ſi hominem donatum noxali iudicio defendiſti, vel agrum curaueris, vt aduerſus vindicantem iuſtam retentionem habiturus ſis.

CVm iam expoſuerim ex lib. 39. *l. 1. de furtis.* & ſuperſit alia lex in eod. tit. ex eodem libro, mihi ea prius exponenda eſt, quam ceteræ: ea eſt *l. 53. de furtis*: initio ait, eum qui iniuriæ cauſa fores ædium alienarum effregit, non teneri actione furti, etiamſi fures ab eo non inducti poſtea res quaſdam eduxerint, quia id fecit iniuriæ cauſa, non furandi, aut opem furibus ferendi cauſa. Iniuriam fecit non furtum. voluntas vt eleganter ait Paulus & propoſitum delinquentis, id eſt, προαίρεσις delinquentis diſtinguit maleficia. Neque huic ſententiæ obſtat *l. in furti §. pen. hoc tit.* quam obiiciunt, nec tamen expediunt bene, quæ dicit, *ope conſilio eius furtum factum videri qui quid fecit.* Ergo & qui fores effregit inimicitiarum cauſa, non vt ſocij, quos ſecum duxerat, furarentur, ſi quid videlicet tamen ſocij furati ſunt, quoniam, vt reſpondeam, quos ſecum ipſe duxit vt fores effringerent, ij furtum fecerunt. Vnde etſi iniuriæ cauſa, vel inimicitiarum, quæ cauſa eadem eſt, adſumptis ſibi ſociis quibuſdam ianuam ædium alienarum effregerit, quamuis hoc non animo fecerit, vt ſocij furtum facerent, ſi tamen ſocij furtum fecerint, furti tenetur, quaſi ope, & conſilio eius admiſſo furto, quoniam ipſe furto faciendo occaſionem præbuit. Et vt, qui occaſionem damni præbet, damnum feciſſe videtur, *l. qui occidit §. pen. ad leg. Aquil.* ita & qui occaſionem furti dedit ſociis adſumptis ad effringendum oſtium alienarum ædium. At ſecus dicendum eſt, vt initio huius legis 53. ſi extranei, quos ſibi non adſumpſerat ſocios, effractis foribus ædes ingreſſi, quid compilauerint: tunc enim ipſe non tenetur furti; ratio diſtinctionis eſt euidentiſſima.

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. Si rem quam tu mihi commodaſti, ſeruus tuus mihi ſubripuerit, atque ita res perierit, ſi eam rem ſeruus tuus auerterit, & ego ſoluendo ſim, id eſt, ſi tibi eius rei æſtimationem ſoluere poſſim, mihi ſerui tui nomine in te competit actio furti noxalis: tibi in me actio commodati, quia culpa mea res periit. furtum culpæ adnumeratur, non caſui fortuito. Quod dixi, *ſi ſoluendo ſim*, id ex Sabino Paulus refert hoc loco, & Modeſtinus confirmat libro 2. differentiarum apud Lic. Ruf. his verbis: *is cui res commodata ſit, furti experiri debebit, ſi modo ſoluendo fuerit.* Tu ſi mihi a te rem commodatam ſubripuiſſes, mihi non tenereris actione furti, nec ego tibi actione commodati, *l. 59. hoc tit.* At ſi eam rem mihi ſeruus tuus ſubripuerit, & ego ſoluendo ſim, vt dixi, tu mihi teneris actione furti noxali, & viciſſim ego tibi actione commodati, quia culpa mea res ſubrepta eſt. Sed ſi, vt ſubiicit Paulus, tu mihi remittas actionem commodati, ſi mihi remittas culpam meam, vel ſi æſtimationem rei, quam forte actione commodati a me iam exegiſti, mihi reddas, proculdubio euaneſcit actio furti noxalis, quia nihil mea intereſt rem non ſubripi, aut ſubreptam non fuiſſe, quum nihil mihi ob eam rem abeſt, quia id, quod tibi eo nomine debebam, vel tu remiſiſti, vel iam tibi ſolutum reddidiſti, *l. creditoris §. dominus, hoc tit.* Et hoc ſi ſoluendo ſim, vt dixi. Quid ſi ſoluendo non ſim? Si ego ſoluendo non ſim, ad te, ſi hoc res pateretur, rediret actio furti ſecundum diſtinctionem veterum, quæ obtinuit ante Iuſtinianum, id eſt, ante *l. vlt. C. de furt.* videlicet ſeruo alienato vel manumiſſo. Sed hoc res non patitur, quia in ſeruum tuum tibi ab initio nata non eſt, vel parta actio furti. Et ideo nec ex poſt facto naſci poteſt, quæ ab initio nata non eſt, *l. ſerui, hoc tit.* At, ponamus aliter ſpeciem, & quæramus, quid ſit dicendum, ſi non ſeruus tuus, vt in priori ſpecie, ſed ſeruus meus rem a te mihi commodatam ſubripuerit? Et ait Paulus ſubtiliter, tibi in me actionem tantum commodati competere, quod diligenter eam rem non ſeruauerim, quod mihi non cauerim a fure domeſtico: tibi tantum in me actionem commodati competere, non actionem furti noxalem, quia ea res mihi periit: & mihi igitur potius, ſi id peteretur, actio furti competere deberet: ſed dominus cum ſeruo ſuo actionem furti habere

habere non potest, *d. l. serui l.* 1. §. 1: *si is testam. liber esse iussus.* Ego si eam rem subripuissem, quam tu mihi commodaueras, vsu eius interuerso, tibi tenerer actione furti ex delicto meo: si seruus meus eam subripuerit tibi, non teneor actione furti, noxali scil. si soluendo sim: Ita vt quod tua interest, a me facile consequi possis actione commodati. si soluendo non sim, fateor te habere actionem furti noxalem, secundum illam distinctionem veterum.

Ad §. pen.

POst hæc in §. pen. quæritur de negotiorum gestore, qui vltro sine mandato ad gerenda negotia siue bona aliena accessit, si qua res ex his bonis, quæ gerere & administrare aggressus est, culpa eius forte amissa sit, quia eius interfuit rem non subripi, propterea quod eo nomine, quod culpa eius res subrepta sit, domino tenetur actione negotiorum gestorum. an igitur ei aduersus furem danda sit furti actio? Et videtur danda secundum generalem definitionem legis 10. hoc tit. quæ & fusa est per totum titulum: cuiuscunq; interest rem non subripi, siue dominus sit, siue non, eum habere actionem furti. Et tamen Paulus dicit hoc loco, non aliter negotiorum gestori competere actionem furti, quam si ei cedatur a domino, id est, non aliter quam si fiat procurator domini ad agendum furti in furem. Quam actionem vtique etiam dominus ei cedere & mandare cogitur, si eum velit damnare iudicio negotiorum gestorum. Cur vero & suo nomine sine cessione negotiorum gestorum non habet actionem furti? Et ratio hæc redditur in *l.* 87. *hoc tit.* quia eam rem domini voluntate non tenuit, quandoquidem sine mandato obtulit se negotiis alienis: & ideo in ea re seruanda, quam exactissimam diligentiam præstare debuit. qua non præstita & re subrepta per negligentiam eius, & incuriam, plane furtum vitio suo imputat; adeo, vt & quamuis eius interfuit, rem non subripi, non habeat in furem furti actionem, non magis quam alius quilibet, qui rem alienam tenet. Ea re subrepta, non habet furti actionem. Et huic similis est, qui pro tutore negotia pupilli gerit, cum non sit tutor: quia & hic domini voluntate rem non tenuit. Ideoque ob rem sua culpa subreptam ex pupilli bonis, quãuis eo nomine pupillo teneatur, cum fure furti agere non potest. Idemque seruatur, vt Paulus docet hoc loco, in eo qui ex pluribus tutoribus testamento datis, vel ex pluribus tutoribus aut curatoribus ex inquisitione magistratus datis, solus tutelam vel curam administrat, oblata satisdatione rem pupilli vel adolescentis saluam fore, secundum formam edicti Prætoris, quæ explicatur in §. *sed si ex testam. Instit. de satisd.* quod seruatur etiam in alio quolibet tutore & curatore generaliter, vt ait *d. l.* 87. qui modo tutelam, vel curam administrare & diligentiam præstare debet, videlicet si eius culpa res subrepta sit, vt quamuis eius interfuerit, eam non subripi, propter culpam, cuius nomine tenetur, tamen non possit agere aduersus furem actione furti. Ex quibus apparet (nec desunt etiam multi alij casus similes) perpetuum non esse quod dicitur, cuiuscunque interfuit non subripi, eum habere furti actionem.

Ad §. vlt.

IN §. vlt. huius l. proponitur, extraneum mihi donasse seruum alienum bona fide accipienti, & dominum eum seruum mihi subripuisse, suam rem subripuisse: ex hac causa dominus furti non tenetur, quia plerumque rei suæ furtum non fit. In casu tamen proposito in *hoc* §. dominus mihi furti tenetur, videlicet, si iustas causas habui, domino seruum vindicante, retinendi serui. verbi gratia, propter impensas necessarias, quas in seruum feci, vel quia ægrum curaui, vel quia noxali iudicio eum defendi, & pro eo litis æstimationem solui, cum id expediret magis, quam noxæ eum dedi. Cui similis est casus alius de domino, qui rem, quam ipse commodauerat, commodatario subripuit in *l.* 15. *in fine, & l.* 59. *hoc tit.* Atque Accursius rectissime notat hoc loco, idem non esse dicendum, si rem alienam bona fide emptam a non domino, dominus emptori subripuerit. Cur aliud dicendum hoc casu? quia emptor rem non habet ex causa lucratiua, & gratuita, vt donatarius vel commodatarius, quia pretium rei ei abest, & ideo emptori etiam in dominum actio furti datur, & dominus rei suę furtum fecisse intelligitur, *l. cum æs* §. 1. *hoc tit.* Quod etsi debitor pignus creditori datum subripuerit, locum habet; quia creditor rem pignori datam non habet ex causa lucratiua, *l.* 12. §. 1. *hoc tit.* Et nihil est præterea in *l.* 53. His addamus *l.* 9. *de nox. act.* ex eod. lib.

Ad l. 9. de nox. act.

Si communis familia vel communis seruus furtum fecerit, altero ex dominis sciente: is, qui scit, omnium nomine tenebitur, & conuentus alterum quoque liberat: nec a socio quidquam debet consequi: sui enim facti nomine pœnam meruit. Quod si is, qui ignorauit, duplum præstiterit, a socio simplum consequetur.

POnit ea lex, vnum seruum communem, aut familiam, id est, plures seruos communes, multitudinem seruorum furtum fecisse, quia nihil refert hoc vel illud ponatur: quandoquidem etsi familia furtum fecerit, domini, qui hoc ignorauerunt, vel qui sciuerunt quidem, sed familiam furtum facientem prohibere non potuerunt, pluris non tenentur, quam si vnus furtum fecisset, id est, tenentur tantum in duplum omnium nomine, non singulorum nomine in duplum, ex beneficio scilicet edicti *si familia furtum fecisse dicetur,* quod etsi familia damnum iniuria dederit, seruatur, *l. illud, ad l. Aquil.* & ita plura facta plurium habentur pro facto vno, pro quo & vna litis æstimatio, vna dupli pœna a domino infertur. Ij autem domini, qui sciuerunt & prohibere potuerunt familiam, ne furtum faceret, nec prohibuerunt, & suo nomine proprio in solidum, & singulorum seruorum nomine, quum familia furtum fecit, actione furti tenentur, *l.* 1. §. 1. *si fam. furt. fec. l.* 4. §. *cum dominus, hoc tit.* Vnde sic statuamus ex hac l. 9. siue communis familia, siue communis seruus furtum fecerit, vno ex dominis sciente, altero ignorante, ita separandus est sciens ab ignorante, vt dicamus, scientem omnium seruorum nomine teneri actione furti, omnium, id est, singulorum: omnium, inquam, seruorum nomine teneri actione furti, & conuentum, atque exactum, sic interpretari debemus *conuentum* hoc loco, vt & in multis locis huius tituli, singulorum seruorum nomine, quasi factis furtis pluribus, alterum dominum, quo ignorante factum est, liberare, nec ab altero, quo ignorante factum est, a socio suo quidquam consequi posse, quia sui facti pœnam meruit: ipse enim furtum fecisse videtur, qui facientem familiam non prohibuit, cum prohibere posset, quia, inquit, ipse sui facti pœnam meruit, quæ ratio etiam redditur in causa tutelæ, *l.* 1. §. *plane si ex dolo, & l.* 15. *de tut. & rat. distr.* Ignorantem autem teneri tantum in duplum, perinde atque si vnus tantum seruus furtum fecisset, ignorantem non teneri singulorum seruorũ nomine, sed quasi vnius nomine duntaxat. Ergo in duplum duntaxat teneri, quum familia furtum fecit, ac præterea præstito duplo a socio simplum consequi, id est, dimidiam partem eius, quod præstitit, actione scil. communi diuidundo. Quod ait Paul. scientem, qui omnium seruorum nomine conuentus pręstitit æstimationem litis, numeratis singulorum capitibus, eum a socio, quo ignorante factum est, nihil consequi posse, quamuis eum liberauit: id pugnat omnino cum *l. pen. si fam. furt. fec.* quam & Accurs. obiicit, quæ ait scientem, qui totius familiæ nomine pernumeratis singulorum capitibus litis æstimationem exsoluit, a socio consequi partem, non quidem totius summæ, quam soluit omnium seruorum nomine, totius famil. nomine, sed partem duntaxat eius, quod vnius tantum serui nomine præstitisset, id est, in simplum: nam si

duo sint serui, & soluerit quadruplnm, duplum a socio non consequetur. Respondeamus hoc modo: scientem tribus modis accipi, pro eo qui sciuit & iussit, qui auctor fuit, & princeps sceleris, & pro eo, qui sciuit, & prohibere potuit, nec prohibuit, nō etiam iussit, & pro eo qui sciuit, nec prohibere potuit, vt exemplo demonstratur, in *l. 4. in princ. hoc tit.* Primum in eo, qui iussit famil. furtum facere, verum est omnino, quod ait hoc loco, nihil eum a socio consequi posse, quia sui facti pœnam subiit: in secundo casu in eo, qui prohibere potuit, non etiam iussit, non est omnino verum, sed ita, vt quod omnium seruorum nomine intulerit, eius summæ consummatæ partem a socio non consequatur, consequatur tamen simplum, perinde atque si vnius tantum nomine soluisset litis æstimationem, vt *d. l. pen.* In eo autem qui sciuit, & prohibere non potuit, certissimum est, eum a socio dupli, quod persoluit, partem consequi, quia ignoranti similis est. Et de hoc Paulus hoc ipso libro & loco scripsit, quod est in *l. 50. de diuers. reg. iur.* culpa carere eum, qui sciuit, sed tamen prohibere non potuit. Quæ sententia proprie pertinet ad hunc locum, & confirmatur *l. 4. hoc tit. & l. 1. §. his autem, si famil. furt. fec. dic.*

Ad l. 11. de condict. furt.

Sed nec legatarius condicere potest: Ei enim competit condictio, cui res subrepta est, vel heredi eius. Sed vindicare rem legatam ab eo potest.

Condictio furtiua siue condictio rei furtiuæ, rerumue furtiuarum (de qua initio huius lib. diximus, si prius actum fuerit, consumi actionem de rationibus distrahendis, quæ pupillo aduersus tutorem competit finita tutela) hæc, inquam, condictio furtiua soli domino competit, *l. 1. hoc tit.* non cuilibet domino tamen, non nouo domino, qui post furtum admissum eius dominium adquisiuit. Actio quidem furti pœnalis nouo domino competit, si fur in eiusdem rei contrectatione perseuerat, vt probabo paulo infra. At condictio furtiua nouo domino non datur, sed ei tantum domino, cui furtum factum est, cui res subrepta est, vel heredi eius, & quandiu rei subreptæ dominus manet. Nam si facto suo eius rei dominium amiserit, & condictionem furtiuam amisit, tam ipse quam heres eius, vt si eam rem pure legauerit per vindicationem, quo genere defuncto eo & adita hereditate, dominium eius rei ad legatarium recta via transit, dominium eius rei mutatur, ideoque nec heres eius rem furtiuam furi condicere poterit, quia dominus eius non est, neque legatarius, qui eius rei dominus est, quamuis fur adhuc eam rem contrectat, quia legatario furtum factum non est, verum eam rem vindicare, vel ad exhibendum agere legatarius potest. Quæ est sententia legis 11. Verum adde, etiam legatarium, si fur adhuc eam rem contrectet, furti in duplum agere posse, & heredem quoque defuncti nomine furti actione experiri posse, quæ in hereditate fuit, vt pote quæ cœperat a defuncto, *l. 47. de furt.* defuncti inquā, nomine, non suo nomine, quasi sibi furto facto, *l. 66. §. 1. eod. t.* Cur non suo nomine? quia nihil eius interest, nihil heredis interest, re alij legata, & adquisita, *l. qui fundum, loc.* Imo & re furtiua filij non legata, vel quo alio modo non mutato rei subreptæ dominio, heres non duas, vt quidam volunt, sed vnam tantum furti actionem habet defuncti nomine, quia non mutato dominio nunquam ex post facto crescit præteriti delicti æstimatio, vt furti æstimatio non crescit, furti pœna non crescit adsidua contrectatione, *l. 9. de furt. l. 138. de reg. iur. in 2. parte.* vbi proponitur illa definitio generalis, nunquam non mutato scil. dominio, non mutata persona actoris, ex post facto crescere præteriti delicti æstimationem, at rei furtiuæ dominio mutato, veluti alij legata per vindicationem, & ei heredi defuncti nomine furti actio competit, quæ quæsita fuerat defuncto, & legatario quoque suo nomine, si fur in eiusdem rei contrectatione perseuerat, *l. 56. in illo loco, sed etsi persona, de furt.* Nec quicquam huic sententiæ obstat lex 87. *eod. tit.* quæ ei, cui res ex testamento debetur, legatario igitur, vel fideicommissario, ait, *si ea res post mortem domini subrepta, aut contrectata fuerit, non competere furti actionem.* Et competere igitur heredi suo nomine: nihil, inquam, obstat, quia non loquitur de legato per vindicationem, ex quo dominium rei legatæ recta via & ipso iure transit ad legatarium, *l. a Titio, de furt. l. 80. de leg. 2.* sed loquitur de legato per damnationem, quoniam ait, *ex testamento debetur,* legatum per damnationem debetur legatario, nec fit legatarij, nisi facto heredis, herede præstante legatum. Legatum autem per vindicationem non debetur legatario, sed legatarij est proprium iure dominij sine facto heredis ex 12. tabul. quæ distinctio legatorum semper acurate seruāda, & dirimit non hanc controuersiam tantum, sed & alias innumeras. Et ita vero dominio rei legatario quæsito per vindicationem, ac fure adhuc rem furtiuam attrectante, dicimus condictionem furtiuam legatario non competere, quia ei tantum competit, qui dominus fuit furti faciendi tempore, furti autem actionem competere: hæc facilius datur quam illa, quia & illa introducta est contra regula iuris. Regulariter enim nemo rem suam condicere potest: vindicare potest, non condicere, imo inepta videtur esse condictio rei suæ, *§. sic itaque, Instit. de act.* Alia igitur est causa condictionis furtiuæ, longe alia actionis furti. actio furti datur cuicunque, etiam non domino, si modo eius interfuerit rem non subripi. exceptis casibus certis: condictio autem furtiua datur soli domino, cui res subrepta est. & rursus alia est causa actionis furti, alia actionis serui corrupti, quoniam & hanc hoc loco Accursius permiscet cum actione furti. actio serui corrupti datur heredi, non legatario: actio furti, fure perseuerante in contrectatione rei, datur legatario, per vindicationem scilicet, non heredi suo nomine. Cuius differentiæ rationem exposui libro 19. *ad l. 8. de seruo corr.* Accursius hæc quæ omnino ita se habent, & sunt perspicua admodum: hæc, inquam dum tractat hoc loco, vera falsis inuoluit varie & inconstanter, quæ nunquam quisquam liquido & perspicue euoluere quiuit.

Ad l. 13. eod.

Ex argento subrepto pocula facta condici posse Fulcinius ait. Ergo in condictione poculorum etiam calaturæ æstimatio fiet, quæ impensa furis facta est. Quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adulescentis: quamuis cura & sumptibus furis creuerit.

Si fur argento, id est, massa argenti subrepta, ex ea pocula fecerit, pocula sunt furtiua, & in dominio eius, cuius fuit argentum, quia quod ex re nostra fit, nostrum est, iuxta Sabinianorum sentētiam quæ obtinuit maxime in his rebus, quæ ad eandem materiam reuerti possunt, vt pocula reuerti possunt, & reduci ad priorem massam, quod primæ iuris Institutiones satis docent. Imo & Sabini sententia obtinuit in his rebus quæ ad eandem materiam reduci non possunt, veluti musto facto & expresso ex vuis alienis, videlicet si fur aut quilibet alius mala fide fecerit: nam quod fecerit eius est, cuius materia fuit, *l. 12. §. si quis, ad exhib. l. si quis uxori §. si quis massam, de furt.* Ergo qui fuit dominus argenti, quia & poculorum dominus est, & condictio domino datur: pocula furi, quæ fur ipse fecit, condicere potest, quia, vt dixi, & poculorū dominus est, & fuisse intelligitur etiam furti faciendi tempore, quod etiam τῇ δυνάμει, id est, vi ipsa pocula in argento fuerint, & si quidem conuentus fur condictione furtiua, quod pocula domino non restituat, tanti damnatur, quanti sunt pocula, si cælata sint, etiam cælaturæ æstimatione facta. Vbi glossa non intellexit, quid sit cælatura, quæ interpretatur *inauratura:* quanquam etiam inauraturæ, si pocula inaurata fuerint, æstimationem fieri verissimum est, quæ sc. vel inauratura vel cælatura facta est impensa furis, non habita ratione impensæ. Nam si impensæ factæ in vase conflando mala fide ex aliena materia ratio non

non habetur, cur magis habetur luminis & ornatus extrinsecus adhibiti? nam & eodem modo si infans furto subreptus, cura & impensa furis adoleuerit: vel, vt ait, creuerit, quod est idem, adolescens ob olescendo, id est, crescendo: si, inquam, infans furto subreptus cura & sumptibus furis adoleuerit, non infantis, sed adolescentis æstimatio fit in condictione furtiua, *l. inficiando §. infans, de furt.* denique res furtiua æstimatur quanti plurimi fuit, *l. 8. §. 1. hoc tit. l. pen. rer. amot.* Pergamus ad *l. 3. de manumiss.* quæ est etiam ex hoc lib.

Ad l. 3. de manumiss.

Seruus pignori datus, etiamsi debitor locuples sit, manumitti non potest.

SEntentia huius legis hæc est: Seruum pignori datum, ac deinde ablatum creditori a debitore ipso nondum soluta pecunia, si debitor inuito creditore manumittat, etiamsi sit soluendo, nihil agit: neque enim manumissione fit liber. etiam manumissus a domino non fit liber inuito creditore, cui pigneratus est. At præterea, quod supplendum est, debitor creditori tenetur actione furti, etiamsi soluendo sit, vt dixi. quod etiam est proditũ in *l. 12. in fi. de furt.* qua etiam tenetur debitor creditori, si eum seruum vendiderit, *l. 66. in princip. de furt. l. 4. §. si rem pign. de vsurp. & vsucap.* Nigil igitur refert, vendiderit an manumiserit, quia & causam pignoris non extinguit. Et siue hoc, siue illud fecerit, creditori abducto pignore, aut interuerso pignore, creditori tenetur actione furti. Nec de hac re me plura attexere opus est. Superest *l. vlt.* huius libri, ea est lex 8. *arb. furt. cæs.*

Ad l. 8. arb. furt. cæs.

Facienda æstimatione, quanti domini intersit non lædi: ipsarumque arborum pretium deduci oportet, & eius, quod superest, fieri æstimationem.

§. 1. Furtim arborem cædit, qui clam cædit.

§. 2. Igitur si ceciderit, & lucri faciendi causa contrectauerit, etiam furti tenebitur lignorum causa, & condictione, & ad exhibendum.

§. 3. Qui per vim sciente domino cædit, non incidit in hanc actionem.

IN actione arborum furtim cæsarum, quæ legitima est actio ex 12. tab. & erat olim in singulas arbores æris 25. hodie in ea venit duplum, hodie est in duplum, in quo etiam id, quod damni nomine datum est, continetur. Itaque mixta est actio, vt recte Accursius notat ex *l. 9. huius tit.* nec sane alia ratione hæc actio est perpetua, nec finitur anno, vt ait *l. 7. §. vlt.* quam quod & rei persecutionem contineat. Itaque duplum in ea non est extra rem, duplo inest res, quæ abest actori, & pœna est simpli tantum, quod rei superadiicitur. Quod & quodammodo ostenditur initio huius *l. 8.* dum ait, in ea actione faciendam esse æstimationem eius, quod actoris interest, deducto pretio arborum cæsarum, si qui eas cecidit, non asportauerit. exempli gratia, si viuæ arbores & adhuc inhærentes solo fuerint 50. excisarum ligna sint 10. deductis 10. eius quod superest, æstimatio fit, id est, 40. eaque æstimatio duplatur, atque ita reus damnatur in 80. Furtim autem cæduntur arbores, vt hic etiam Paulus docet, quæ clam & occultæ cæduntur ignorante domino, non quæ per vim sciente domino, qua ex causa non hæc actio, sed de vi, longe grauior actio & executio competit, & furtim quidem, vel iniuria cæduntur, non furandi animo, vt *l. 7. in princ. hoc tit.* non omne quod fit furtim, furtum est, vel cæduntur furandi animo: & quotiens iniuria cæduntur, non furandi animo, cum hac actione concurrit actio legis Aquil. de damno iniuria dato, *l. 1. & l. pen. hoc tit.* quotiens autem cæduntur furandi animo, cum hac actione legitima, vt Paulus ait hoc loco, concurrit actio furti longe grauior, quam actio arborum furtim cæsarum rei persequendæ gratia, id est, eius quod interest, condictio furtiua, vel actio ad exhibendum.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum X L. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

EX libro 40. ad edictum habemus tantum leges quatuor, *l. 10. vsufruct. quemadm. cau.* & tres alias in titulo de operis libert. Incipiam a d. l. 10. & ad finem interpretationis illius legis, quid hoc lib. præcipue tractaret Paulus demonstrabo.

Ad l. 10. vsufruct. quemadm. cau.

Si serui, qui nobis communis erat, vsumfructum tibi legauero, necessaria erit hæc cautio heredi meo. Quamuis enim de proprietate possit communi diuidundo experiri: tamen causa vsusfructus, qui tuus proprius est ad officium communi diuidundo iudicis non pertinebit.

FInge: seruus quidam est communis inter me & te, & moriens ego eius serui tibi vsumfructum legaui. tu heredi meo, vt fieri solet, cauere debes datis fideiussoribus, te boni viri arbitratu seruo pro parte mea vsurum fruiturum, & finito vsufructu restituturum. quæ cautio fructuaria dicitur, stipulatio fructuaria, & est æquissima, ac vsitatissima, *l. 4. §. vlt. de verb. oblig. l. interfructuarium, de dam. infect.* Et æquissima, adeo vt nec testamento quo ab herede alij legatus sit vsusfructus certæ rei, aut certarum rerum remitti possit, *l. pen. C. vt in poss. leg.* quia & bonis moribus congruit, vt quis re aliena vtatur fruatur boni viri arbitratu, tanquam vir bonus & diligens paterfam. ac præterea heredis maxime interest sibi ea de re caueri, ad quẽ proprietas pertinet, & ad quem vsusfr. quandoque rediturus est. Interponitur autem hæc cautio officio iudicis, *l. 13. in princ. de vsufr.* videlicet desiderante herede, vt sibi is, cui vsusfructus legatus est, caueat, se boni viri arbitratu vsurum fruiturum, vel explicatius, se vsusfructus vel proprietatis causam deteriorem non facturum, vt *l. 1. §. recte, hoc tit. d. l. 13. §. fructuarius l. vlt. §. hoc procul dub. C. de bonis quæ lib. adq.* Nam & qui proprietatis causam deteriorem facit, id est, qui rem peiorem facit, vsumfr. peiorem facit, & contra, *l. 4. C. de vsufr.* In specie autem proposita heredi meo hanc cautionem necessariam esse Paul. ait, eadem ratione scil. qua & necessaria esse dicitur in *l. vlt. h. t.* Cur vero necessariam esse? nempe quod heredi alia via, aliave ratione consultum non sit, quodve, vt dicam apertius, legatario vsusfr. eodemque socio in proprietate serui sciente seruum deteriorem, eo nomine nullam heres meus actionem habeat, nisi cautione sibi prospexerit, qua persequatur, quanti sua interest, seruum aut serui vsumfructum deteriorem factum non esse. Neque enim, vt excludamus hanc actionem, quæ posset videri competere, potest hoc damnum deducere heres in iudicium communi diuid. quoniam hoc iudicium ei competit tantum de proprietate serui, quæ communis est inter eum, & legatarium: de vsufructu non competit, qui communis non est, sed socij eiusdem legatarij proprius in solidum: de re, quæ communis non est, vel etiam, quam nondum constat esse communem, non potest agi communi diuid. *l. 1. in fi. com. diuid. l. 18. de excep.* Vsusfructus communis proculdubio veniret in iudicium communi diuid. *l. 7. §. cum de vsuf. comm. diuid. & l. 13. §. si inter duos, de vsufr.* At in hac specie vsusfructus non fuit communis, proprietas serui fuit

communis, non vsusfr. vsusfr. fuit legatarij proprius. Itaque est necesse admodum, quod ad vsusfr. serui causam pertinet, vt sibi heres prospiciat stipulatione fructuaria aduersus legatarium, ne qua in re seruum, aut serui vsumfruct. deteriorem faciat. Et de vsufructu serui Paul. ponit speciem in hac l. 10. Omnino ita est: ad differentiam operarum serui, vsumfr. serui possum legare pro parte dominij, quod in seruo habeo, quia vsusfr. diuidi potest, hoc est certissimum, vsufr. diuiduitatem, vt loquimur, recipit. Operas autem serui non possum legare pro parte dominij, quia operæ diuisionem non recipiunt, pro parte peti, solui, præstari non possunt, *l.* 1. *§. si vsusfructus, ad leg. Falcid. l.* 15. *de op. libert.* Qua ratione etiam & in *l.* 5. *de oper. seru.* operæ seruorum comparantur vsui serui: nam & vsus indiuiduus est. vsum si diuidas, corrumpas, & operas similiter, id est, diurna officia: singulæ operæ diuidi non possunt salua earum substantia. Plures quoque operæ si debeantur, veluti 100. aut mille dierum operæ, non possunt diuidi, nisi numero, puta præstitis vni 50. dierum operis, & alteri totidem dierum, duobus heredibus relictis ab eo, cui debebantur 100. operæ. Quod ostenditur etiam in *d. l.* 15. *& l. stipulationes non diuid. & l. in stipul. §. operarum, de verb. oblig.* Et cum d. l. 15. est coniungenda lex *cum Stichus in fine, de solut.* Et hoc vero dicimus tam de operis seruorum, quam de operis libertorum, quæ & in iure passim & sæpissime inuicem conferri solent. Et hic obserua ordinem, quem in his libris tenuit Paulus per omnia similem ei, quem tenet in libris receptarum sententiarum, vbi dotium tractatum sequuntur tutelæ, curationes, deinde furtorum quæstiones, tum titulus de operis libertorum, lib. 2. quem etiam ordinem Vlpianum in libris ad edictum tenuisse constat. Egit enim primum de dotibus lib. 34. tum de tutelis lib. 35. & 36. deinde de furtis lib. 37. & priore parte libri 38. & mox posteriore parte eiusdem lib. 38. *de oper. libert.* Exposuitque in ea edictum prætoris, quo iudicium operarum, promissarum scilicet vel iuratarum, pollicetur in libertos & libertas, *l.* 2. *de oper. libert.* quæ est ex eodem libro Vlpiani. Quod quidem edictum etiam in hoc libro 40. Paulum tractasse constat ex *l.* 16. 18. *&* 20. *de oper. libert.* Et si quidem libertatis obtinendæ causa, quam & obtinuit libertus promiserit patrono stipulanti, vel iurauerit se operas daturum, vel donum, vel munus, qualescunque operas debet libertus, quas edere, & præstare potest, si modo probe & honeste iure licito imponantur, indicantur, & præstari possint, vt ait *l.* 7. *§. iurare, hoc tit.* sine turpitudine & sine vitæ periculo, vt *l.* 38. *inf. hoc tit.* Et ita Paulus in *l.* 16. ait, etiam eius artificij, quod post manumissionem libertus didicerit, operas eum ex stipulatione, vel ex iureiurando debere præstare, quæ modo honeste; inquit, & sine vitæ periculo quandoque præstari possunt. Nam si manumissa postea quæstum corpore facere cœperit, has non præstabit, quia nec honeste peti possunt, si manumissus post manumissionem arenarius aut bestiarius, (sic etiam vocatur) esse cœperit, has non præstabit, quia sine vitæ periculo præstari non possunt. Cæteras omnes præstabit, etiamsi eas non exercuerit manumissionis tempore, vt puta si eas postea exercere didicerit, quæ omnia interpretes aptant etiam rectissime, & producunt ad vasallos & agricolas, qui dominis debent certas operas, operas iuratas, *qu'ils appellent aussi iurées en la Coustume de Champagne.* Addit etiam Paulus tales præstari operas quales vtriusque, id est, patroni & liberti ætas, vel dignitas, vel valetudo, vel necessitas, aut propositum vitæ, institutum vitæ, προαίρεσις, electio vitæ, quam instituerit sciente & volente patrono, vel artificium quod didicerit, vel consuetudo quæ plurimum hac in re valet, vt non præstet operas, nisi quas consueuit præstare, aut facultates requirunt, aut patiuntur, vtriusque ætas, vtriusque substantia spectanda est. Omnes denique circumstantiæ in vtriusque persona, quotiens operæ petuntur, quæ debentur, obseruandæ sunt: vt ecce liberta maior quinquagenaria, & similiter libertus maior sexagenario, non cogitur præstare

A operas quas promisit, vel iurauit, *l.* 35. *hoc t.* quæ est ex libro ad legem Iuliam & Papiam. Ex quibus legib. etiam eadem ætas in maribus & fœminis seruatur in nuptiis contrahendis; qui item, quæve valetudine impeditur, non tenetur operarum nomine, ne in æstimationem quidem *l.* 15. *hoc t.* dignitas etiam, quæ liberto aut libertæ contigit, absoluit obligationem operarum, *l.* 34. *& l.* 58. *insi. hoc tit.* Et vice versa dignitas, quæ accessit patrono, & maiores operas, aut grauiores a libertis præstari desiderat. Verum quæritur, quod & in libris Feudorum quæritur de vasallo vel agricola, qui debet operas, vel vt loquuntur, corporis vehas, *des corueés*, quæritur vtrum suis, an patroni sumptibus libertus operas præstare debeat? & Paulus ex Sabini sententia in *l.* B 18. *suo,* inquit, *victu, vestituque operas præstare debere libertum Sabinus ad edictum prætoris Vrbani lib.* 5. *scribit.* Quod etiam nisi fiat, nisi præstet operas suo victu vestituque, statim in *l.* 20. ait prætorem patrono negaturum operarum præstationem, videlicet, quoniã, & hoc additur in *l.* 18. *si se libertus alere non possit præstanda ei sint a patrono alimenta.* Libertus igitur præstare debet operas suis sumptibus: sed si se alere non possit, præstanda ei a patrono alimenta sunt, alioquin patrono denegabitur petitio operarum. Et ita est attexenda lex 20. extremo legis 18. sed si se alere possit, & tueri, suo, vt Sabinus dicebat, victu vestituque, operas præstare debet, & vt generaliter definitur in *l.* 20. vnusquisque rem quam spopondit, suo impendio dare debet, quamdiu in rerum natura est: nam si perierit ante moram, omnino liberatur. Ergo & libertus operas suo impendio C dare debet. Verum hoc pugnare videtur cum *l.* 21. *&* 33. *& l. pen. hoc tit.* In l. 21. ait, *operas eo loco patrono edi debere, vbi moratur, sumptu scilicet,* inquit, *& vectura patroni,* non liberti. Et in l. 33. imponi operas, ita vt libertus se alat, non posse. Et sane cum eæ operæ præstentur sine mercede, vel victum requirere videntur, & *l. pen.* non solum libertum, sed & alium quemlibet operas edentem, alendum. Operas scilicet gratuitas. Verum hæc omnia, quemadmodum sint accipienda satis liquet ex ipsa l. 18. quod ait *l.* 21. *l.* 33. *& l. pen.* verum est, si libertus se aliunde alere non possit, aut certe satis temporis ei dari debet iis diebus, quibus operas edit patrono ad quæstum faciendum vnde se alat, *l.* 19. D quod etiam est scriptum in *l. pen.* inopem libertum scilicet, aut esse alendum, dum præstat operas, aut satis temporis relinquendum ad quæstum alimentorum. Et præterea adiicit etiam iis diebus, quibus libertus operas dabit, aliquid temporis ei esse relinquendum ad quæstum alimentorum, ad curam corporis necessariam, ad curam valetudinis, quod etiam est proditum in *l.* 26. de medico liberto, a quo desiderabat patronus, vt sequeretur se, neque medicinã faceret, quod putaret, si libertus medicinam non fecerit, multo plures imperantes sibi habiturum, vbi nescio qui sunt qui scribant, ad verbum illud imperantes (de quo hoc tantum meminisse sufficit) commune id esse verbum medici, & ægroti. obstetrix quæ est veluti medica quædam apud Terent. in And. act. 3. sc. 2. *Quod iussi ei dari biber.* sic legendum, non *bibere, & quantum imperaui, date.* Subiicit autem liberales tantum operas, libero hoE mine dignas a liberto exigi posse, ita vt possit adquiescere meridiano tempore, vt possit meridiari & interiungere, & vt sinat eum habere rationem valetudinis & sanitatis & honestatis. verum ad rem. Ita concludendum est, libertum suo victu, vestituque si idoneus sit, & locuples, operas, quas debet patrono, exhibere debere, inopem autem esse alendum, aut iis diebus, quibus operas edit, tantum temporis esse impertiendum, quantum sufficit ad victum sibi comparandum, & emendicandum. Non est opus, quod faciunt glossæ, vt distinguas inter operas certas, & incertas, quia nec leges hac distinctione vtuntur. At quia etiam plerunque incertæ sunt operæ, quas liberti patronis debent, debent enim liberti, quas indixerit patronus, quas poposcerit, quas sciuerint, vel didicerint postea, operas quascunque patrono præstare prout ex vsu & commodo fuerit suo. Verum nondum satis est. Obseruanda sunt hac

hac in re duo sumptuum genera. est sumptus quidam itinerarius, viatica, vectura: est & sumptus cibarius, aut vestiarius. hunc patronus non aliter præstat, quam si parare eum sibi libertus non posit, itinerarium sumptum præstat, de quo ex lex 21. dum ait, *operas eo loco edi deberi, vbi patronus moratur, sumptu scilicet & vectura patroni*, vbi copula, &, videtur esse διασαφητικὸν, sumptus scil. accipere significationem ex sequenti nomine vecturæ: viatica igitur & vecturas patronus præstat. Quod respicit ad §. *vlt. l.* 20. in quo Paulus ait, *ex prouincia, vbi moratur libertus, libertum Romam venire debere*, ad reddendas operas scilicet si patronus Romæ moretur, non si eo se contulerit vexandi liberti causa. Et hoc est quod ponit, dummodo tanquam vir bonus & diligens paterfam. Romæ moraretur, vel in prouinciam proficiscatur. Dies autem qui interim cedunt, dum Romam venit libertus, videlicet quum debuit operas certorum dierum, patrono pereunt, vt & hoc loco Paulus ait, & ad extremum subiicit, *si patronus vagari per orbem terrarum velit, non esse liberto iniungendam necessitatem, vt vbique eum sequatur.* Sequi patronum est genus operæ, sed non operæ liberalis, qualis tantum peti a liberto potest, si indicat, vt se sequatur vbique. Ad hæc etiam addendum est in hac re, separanda esse operas serui legatas, ab operis libertorum. impendia cibariorum ipse libertus, qui est in facultatibus, facit, dum patrono edit operas: at legatis serui operis impendia cibariorum, & valetudinis, legatarius sustinet, non heres, a quo sunt legatæ serui operæ, *l. sicut impendia, de vsufr.* Si vsufructuarius præstat impendia cibariorum seruo, cuius vsusfructus legatus est, & multo magis is, cui operæ serui legatæ sunt, quia plus continetur operarum legato, quam legato vsusfructus serui. Quod memini me demonstrare ad *l.* 2. *de vsuf. leg.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,

in Librum XLI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 6. de bon. possess.

Sed cum patrono quidem contra tabulas certæ partis bonorum possessionem prætor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis: conuenit non esse ius adcrescendi. Igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur: cum cæteri, quibus adcrescendi ius est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.

§. 1. *Bonorum possessionis beneficium multiplex est: Nam quædam bonorum possessiones competunt contra voluntatem: quædam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum, vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamuis enim iure ciuili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse: propter æquitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem prætor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.*

§. 2. *Notis scripta tabula non continetur edicto, quia notas, literas non esse, Pedius lib. 25. ad edictum scribit.*

Absoluto lib. 40. transeundum nunc nobis est ad 41. qui est de bonis libertorum. & de successionibus igitur, siue bonor. possess. libertorum atque etiam ingenuorum hominum. Et prius quidem in eo egit Paul. de successione libertinorum, sicut in Cod. Iustin. prius dantur tituli, qui successiones libertinorum spectant, quam qui ingenuorum. Incipiam *a l. 6. de bon. poss.* cuius in initio contra quam definitum fuerit in *l.* 3. §. *vlt. hoc tit.* Paulus docet: non semper inter bonorum possessores, id est, inter eos, qui iure prætorio defuncto in vniuersum ius succedunt, versari ius adcrescendi, id est, portionem omittentis, aut repudiantis bon. possess. tacito iure non adcrescere ei, qui pro portione sua bon. possess. petiit, admisit, agnouit, vid. si iis, qui simul ad bonorum possess. defuncti vocantur, non eiusdem sed diuersi iuris deferatur bon. possess. puta alij bon. possess. sec. tab. veluti heredi scripto in testamento liberti, vel generaliter heredi scripto in tabulis testamenti, alij bonorum possessio contra tabulas, veluti patrono præterito in testamento liberti, vel heredi instituto ex modica portione. Cui quidem Paulus ait hoc loco, dari certæ partis bonorum possess. Scripserat Paul. dimidiæ partis. Sed pro eo reposuit Tribon. *certæ partis*, quia dimidiam Iustin. mutauerat in tertiam. Portio debita verecundiæ patronali hodie est tertia pars bonorum, ante Iustinianum fuit dimidia pars bonorum. Extraneo igitur herede instituto testamento liberti, & patrono silentio præterito, patrono omisso datur bonorum possessio contra tab. dimidiæ partis bonorum liberti, ex edicto prætoris, quod obtinuit ante Iustinianum, asse inter eum & heredem scriptum diuiso ex æquis portionibus. Quod iuris etiam manifesto proponitur in *l.* 1. *de bon. libert.* & in *l.* 1. §. *pen. si cui plusqu. per leg. Falcid. & l. debitor §.* 1. *de pigner. act. & in Institut.* Et in Nerone Suetonij id satis etiam euidenter demonstratur, dum scribit: *Pro semisse Neronem decreuisse patronis dare dodrantem*: nam pars debita patronis erat semis bonorum liberti vel libertæ. Fac vero deliberante herede scripto testamento liberti patronum præteritum petiisse bonorum possess. contra tab. dimidiæ partis, deinde heredem scriptum omisisse, vel repudiasse hereditatem aut bonor. possess. secundum tabulas, an pars heredis scripti tacito iure adcrescit patrono? Minime, quia non eodem iure ambo inuitantur ad bon. poss. patronus & libertus: hic vocatur iure testamenti, ille iure prætorio. Ius autem adcrescendi inter eos duntaxat versatur, qui eodem iure, non qui diuerso vocantur. Ideoque alterius quoque partis bonorum possess. patrono necessaria est, quam & in hunc casum prætor patrono, nominatim, inquit, (quod notandum) edicto pollicetur. Ait *nominatim*. Est igitur proprij generis bonor. possess. quæ hoc casu patrono datur, vt frustra quærat Accursius quænam ea sit, in glossa magna, quæ tota circumscribenda est. si altera pars, quam omisit vel repudiauit heres scriptus, obueniret patrono tacito iure, nec opus esset patrono noua bonor. poss. *l.* 2. §. *si duo, de bon. poss. sec. tab. l. si ex duobus* §. 1. *de adq. hered.* Et hoc est, quod ait, cæteros quibus ius adcrescendi est, semel duntaxat debere agnoscere bonor. pos. vel semel adire hereditatem, vel semel pro herede gerere. Et ad hæc confirmanda valde pertinet *l. si ne patronus* §. *ex duobus, de iure patron.* Quæ tamen sane desiderat explicationem, & eam quidem accurate. Patronus testamento liberti heres institutus ex minore parte, quam dimidia, extraneo herede adiecto, contra tab. testamenti partis dimidiæ bon. poss. habet, perinde atque si institutus non esset, nisi quod deest ad supplendam portionem dimidiam, portionem debitam, portionem legitimam per seruum suum ex eodem testamento adquirere possit. Quod ostenditur in eadem *l. siue* §. *excluditur*; & in *l.* 45. *de bon. libert.* At finge: duo sunt patroni testamento liberti heredes instituti, Titius & Caius, nullis aliis adiectis coheredibus. Titius heres institutus est ex debita parte, Caius ex minori parte. Titius bon. poss. contra tab. petere non potest, quia satisfactum ei est, cum sit institutus ex debita parte: Caius, qui institutus est ex minori parte, petere potest bonorum poss. contra tab. Caio autem repudiante, portio eius, Caij scilicet, non adcrescit Titio ipso iure, quia diuerso iure vocantur ad liberti bona, vnus iure testam. alter iure prætorio. Sed Titio necessaria est eius patris bon. poss. noua, Titio opus est titulo proprio ad eam partem

obtinendam, quia non ei adcrescit ipso iure. Contra Caio, qui ex minori parte heres institutus est, petente bon. poss. contr. tab. quod ea ei pars aliunde non suppleretur, ait, portionem Titij repudiantis ei adcrescere posse. non dicit, quod observandum, *ei adcrescere*, sed, *adcrescere posse*. Itaque hoc vult portionem vacantem ei non adcrescere iure adcrescendi, sed ei adquiri accepta bon. poss. quam in hunc casum Paul. ait hoc loco, nominatim prætorem polliceri. Et ita recte ait, *non adcrescere*, quod fieret statim ipso iure tacite, sed *adcrescere posse*. Ad hæc etiam notandum est, casum huius legis 6. non esse confundendum cum casu legis *si libertus præterito, de bon. libert.* quem tamen Accursius confundere cum isto videtur. Casus legis *si libertus*, hic est: libertus extraneum heredem instituit, & patronum silentio præterit. patronus antequam in semissem peteret bon. poss. cont. tab. capite minutus est, quia se in adoptionem dedit, atque ita suæ familiæ, & suæ spontis esse desiit: & per hoc amisit etiam bon. poss. cont. tab. vt *l.* 3. §. *si emancipatus, de bon. poss. cont. tab.* Postea extraneus heres scriptus testamento liberti, hereditatem repudiauit, atque ita libertum intestatum fecit deserto, destituto testamento. hoc casu patronus ad omnia bona liberti vocatur per bonorum possessionem vnde legitimi, perinde atque si libertus, nunquam testamentum fecisset. Hic casus longe diuersus est a casu proposito in hac *l.* 6. quo nempe proponitur patronus, petiisse bon. poss. cont. tab. partis dimidiæ, antequam heres scriptus omitteret hereditatem, deliberante & consulente herede scripto. Verum in hoc rursus dubitatur, qui potuerit patronus partis debitæ petere bonorum possess. contra tab. quæ non defertur ante aditam hereditatem ex testamento, vt ostenditur, & est verissimum ex *l.* 3. §. *vt patronus, &* §. *si pat. de bonis libert.* & ab ipso Paulo in hoc libro in *l.* 4. *de bonor. poss. cont. tab.* Dicam facillime patronum impetrare potuisse debitæ partis bonorum possess. contra tab. etiam ante aditam hereditatem ex tab. testam. quia prætor dat sine cunctatione cuilibet petenti bonorum poss. de plano, & in transitu, sine causæ cognitione, vt demonstratur in *l.* 3. §. *si causa, hoc tit.* Exceptæ sunt quædam bonorum possessiones, quæ non dantur, nisi causa cognita pro tribunali, quæ *decretales* dicuntur. cæterum *edictales* bonorum possessiones, quæ edictis a prætore promittuntur, dantur cuilibet & quolibet tempore, quolibet die, & sine causæ cognitione: etiam heredi scripto sub conditione datur bon. poss. sec. tab. antequam conditio extiterit, & nihil est quod facilius a prætore detur, sicut & hodie literæ, quæ dicuntur Cancellariæ, quæ & iis bonor. poss. comparari possunt, dantur in foro, non in aula, cuilibet petenti facillime, litis alicuius instituendæ vel ordinandæ causa, veluti, pro titulo, pro colore instituendæ litis. Verum si patronus ante aditam hereditatem præmature debitæ partis bonor. poss. cont. tabul. petierit, postea deserto testamento ab herede scripto, id est, repudiata hereditate, illius partis bonorum possessio, quam accepit, mutat ius, & conditionem suam, & patronum prætor tuetur, perinde atque si illius partis ei dedisset bonorum possessionem ex parte vnde legitimi: & alterius quoque partis ei dat bonorum possessionem, vt assem habeat, veluti liberto intestato defuncto: nam & intestatus is est, cuius testamentum repudiatur. Et hoc genere modoque, vt bonor. possessio vno iure data, in aliud ius conuertatur, tuitione prætoris, in hoc tractatu est frequentissimum, *l.* 3. §. *pen. de bon. poss. cont. tab. l. Iulianus. de bon. liber. l.* 2. §. 1. *de bon. poss. sec. tab. l. filius, de collat. dotis.* Sequitur in hac lege diuisio bonor. possess. Bonorum possessionis, inquit, beneficium multiplex est, ἡ διαφορὰ πολύτροπος in Basil. Alias enim bonor. possessiones facto testamento competere contra testamentum, contra voluntatem testatoris, vt bon. possessio cont. tab. quæ liberis vel patronis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque exheredibus competit, alias competere secundum voluntatem testatoris, vt bon. poss. sec. tab. quæ scriptis heredibus competit, vel bon. poss. secundum nuncupationem, quæ nuncupatis heredib. competit, non scriptis, *l. si ita scriptum* §. *vlt. de bon. poss. sec. tab. l.* 2. *C. eod. tit. l. vlt. C. de codicill. l.* 1. *C. de bon. poss. contr. tab.* Alias autem bonor. poss. competere ab intestato ius legitimum habentibus, vel, inquit, non habentibus ius legitimum, propter capitis deminutionem, vt bon. poss. vnde liberi, quæ datur ab intestato liberis suis heredibus, qui in potestate & familia morientis fuerunt, quos constat vocari ad hereditatem iure legitimo, id est, ex 12. tab. ius habere legitimum in hereditate intestati. Datur etiam eadem bon. poss. quæ dicitur *vnde liberi*, liberis emancipatis, qui in potestate & familia morientis non fuerunt, qui etsi legitimo iure non vocentur, propterea quod capite minuti sunt, emancipatio est capitis deminutio, & sui heredes esse desierunt: vocantur tamen iure prætorio rescissa capitis deminutione, vt ait hoc loco, & *l.* 3. §. *si emancip.* 1. *de bon. poss. cont. tab.* in illo loco, *non enim per rescissionem*, id est, quod male ibi glossa, per rescissionem capitis deminutionis, per rescissionem emancipationis, vt in *l.* 9. *C. Theod. de bon. prosc.* Idque prætor facit naturali æquitate motus, propter æquitatem, inquit, rescindit eorum capitis deminutionem, quia etsi non sint sui liberi, sunt tamen liberi, etsi non ciuiles liberi, sunt tamen naturales liberi. Et addit Paul. *legum quoque tuendarum causa prætorem dare bonorum possessionem*, videlicet cum ab intestato, ita hic locus explicandus est, liberis deficientibus dat bon. poss. vnde legitimi, agnatis, qui ad hereditatem vocantur ex 12. tabul. vel etiam cognatis quibusdam, qui quamuis non sint agnati, tamen inter agnatos ex legibus quibusdam vocantur, vel ex SC. vt mater ad hereditatem liberorum, quamuis sit cognata, non agnata, ex SC. Tert. & alij quidam cognati, non omnes, vel ex lege Cornelia, vel ex legibus Iulia & Papia. Harum legum tuendarum causa prætor dat bonorum poss. vnde legitimi. Bonorum possessio *vnde liberi* datur etiam iis, qui legibus incogniti sunt, veluti emancipatis liberis. *Vnde legitimi* bonor. poss. datur tantum iis, qui ius legitimum habent, qui iure & legibus veteribus aut nouis cogniti sunt. Itaque non est valde necessaria, quia legis beneficio vocantur potius, quam prætoris, *l.* 3. *C. de Senatusc. Orfit. l.* 4. *C. de legit. heredib. l.* 1. *C. Theod. eod. tit.* Sicut nec liberis suis heredibus admodum necessaria est bonorum possessio vnde liberi, quia ipso iure heredes sunt sine additione, sine bonor. possessione. Sed sunt qui non contenti iure ciuili, cupiant etiam habere prætorem successionis ei delatæ auctorem accepta bon. possessione. Extrema clausula huius legis pertinet ad bon. possessiones sec. tab. quæ ita demum dantur ex testam. paganorum (excipio enim testamenta militum) si perscriptæ sunt literis, non etiam si notis. Secundum notariam sic vocatur, non datur bon. poss. sed secundum tabulas literis exaratas, atque perscriptas. Notæ non sunt literæ, *l. Lucius, de testam. mil. l.* 1. §. *ludi, de extraord. cogn.* notæ sunt compendia quædam, quibus vel singulæ, vel plures voces significantur, vt notæ Tironis Ciceronis liberti, notæ Senecæ, quæ circumferuntur, notæ Astrologorum, quibus signa cœlestia significantur, & notæ quibus glossæ nostræ Digesta significant, quarum frustra quæritur ratio. Ab iis notis diuersa sunt, quæ dicuntur *singula*, vel per syncopen *sigula*, aut *sigla*, a Iustiniano, vel *singularia literæ*, vt quatuor illæ literæ, quibus senatus populusque Roman. S. P. Q. R. significatur, sunt *singula*, non notæ proprie. Et ita etiam notarij sunt diuersi a singulariis: singularij sunt, qui excipiunt per singularias literas: notarij qui per notas. Putem tamen & ex testam. pagani singulariis literis scripto, non dari bonorum possessionem: nam & hæ latiori significatione notæ dicuntur. Valer. Max. 2. *Senatusconsultis*, inquit, *litera* T. *subscribi solebat, eaque nota significabatur ita tribunos quoque censuisse.* Et M. quoque Tullius pro Muræna, *Notas iuris auctorum vocat formulas Iurisconsultorum scriptas singulariis literis.* Notant hoc loco Græci interpretes ex Σχεδαρίῳ testamenti (vtuntur eo verbo) ne fideicommissum quidem peti posse. rectissime ex *l.* 11. §. 1. *de leg.* 3. Sequitur *l.* 4. *de bonorum poss. cont. tab.*

Ad

Ad l. 4. de bonorum poss. cont. tab.

Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas, quæ liberis promittitur, locum habet, siue quis heres extiterit, siue non. & hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem. Quod in patrono contra est.

§. 1. *Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem, vel exheredauerit, & ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est: quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt & in sequentibus gradibus.*

2. §. *Ad testamenta fœminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent.*

3. §. *Si quis eum qui in vtero est, pretermiserit: etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest: quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur preteritus: vt, etsi ante moritur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede: qui nec hereditatem interim adire potest.*

HVius l. initio quod proponitur aptissime coniungi potest initiũ *l. 6. de bonorum poss.* nam quæ sequuntur in ea lege de variis generibus bonorum possessionis, ea videtur Paulus in hoc lib. 41. scripsisse primore loco, quasi præparatoria, vt loquimur, ad vniuersum tractatum de bonorum possess. deinde egisse de bon. poss. cont. tab. quam prima edicti parte prætor se daturum liberis & patronis præteritis pollicetur. Vnde & ex prima parte edicti vel ex primo edicto petere bonorum possessionem, est petere bonorum possessionem cont. tab. *l. 1. de bonis libert. l. 4. & 12. de Carb. ed.* Quoniam hæc est omnium prima in edicto, atque adeo etiam in his libris primus titulus de bonorum possessionem cont. tab. Initio autem huius legis 4. ostenditur, hoc distare bon. possess. cont. tab. quæ datur liberis præteritis testamento parentum virilis sexus, & per virilem sexum cognatione iunctorum, hoc, inquam, distare a bon. possess. cont. tab. quæ testamento libertorum præteritis patronis datur: quod liberis quidem præteritis datur bon. possess. cont. tab. non tantum si testamento parentis heres scriptus, heres extiterit, contra ipsum heredem, qui iam extitit heres, id est, qui iam adiuit hereditatem, vel petiit bon. possess. sec. tab. contra ipsum heredem, vt in *l. 8. §. si ab vno, hoc tit. l. si ponas, de inoff. test.* sed etiam, si heres scriptus testam. parentis nondum heres extiterit, id est, ante aditam hereditatem, petitamue bonor. possess. sec. tab. Et hoc esse quod vulgo dicitur, bonorum possess. cont. tab. quæ liberis silentio præteritis, omissis, prætermissis, datur, competere contra testamentum, vel vt est in *l. quod vulgo hoc tit.* esse contra lignum, contra testament. ligno incisum, non contra heredem. Satis est, si aliquis ex testamento heres existere potuerit, nec necesse est etiam, vt extiterit, quia huiusmodi bon. possessio non tam est contra heredem, quam contra voluntatem parentis ligno incisam. Patrono autem præterito, quæ datur dimidiæ partis bon. possess. cont. tab. datur contra heredem tantum, id est, contra eum, qui ex testamento liberti heres extiterit, non contra lignum: neque enim aliter datur competitue, quam si ex testamento liberti aliquis heres extiterit. Itaque ante aditam hereditatem petitamque bonorum possess. ex testam. liberti non datur, *l. 3. §. vt patronus, & §. si patronus, & l. 36. de bon. libert.* Aut si forte datur antequam aliquis liberto ex testam. heres extiterit, si datur quasi contra lignum, vt in specie *l. 6. de bon. poss.* quod & ibi Bartolus sensisse videtur, tuendus patronus est a prætore in illius portionis bonorum possessione, perinde atque si non ex prima parte edicti, quæ est de bonorum possess. cont. tab. sed ex parte vnde legitimi, ab intestato eam ac-

A cepisset; & alterius quoque portionis ei petenda bonor. possessio est, & hoc repudiante herede scripto: quo genere bonorum possessio cont. tabul. quam patronus præmature petiit & admisit, sine re constituitur, adeo vt indigeat patronus tuitione prætoris in obtinenda ea parte, quam agnouit petita bonorum possess. cont. tab. & bon. possessione noua, in obtinenda altera parte, quæ vacat per repudiationem heredis scripti, quam etiam bonorum possessionem alterius partis se in hunc casum prætor daturum nominatim in edicto pollicetur, vt ait *d. l. 6.* tanquam patrono necessariam, quia portio heredis scripti, qui repudiauit hereditatem, tacito iure ei adcrescere non potest, propterea quod ius adcrescendi non versatur inter eos, quibus diuerso iure bona deferuntur, vt in ea specie patrono deferebatur iure bonorum possessionis contra tabulas, heredi

B scripto iure bonorum possessionis sec. tab. Et quod etiam dixi in *d. l. 6.* ad eam valde pertinere *l. siue libertus §. ex duob. de iure patron.* verissimum est. Sed retractanda species illius §. *ex duob.* Duo sunt patroni testamento liberti heredes instituti, Titius & Caius, Titius ex debita parte, Caius ex minori parte. Titio cui satisfactum est, cum sit scriptus ex debita parte competit bonor. possess. sec. tab. Caio, cui satisfactum non est ad plenum, competit bonor. possess. cont. tab. Ideoque inter Titium & Caium ius adcrescendi non est, quia diuerso iure vocantur in liberti bona. Proinde Titio agnoscente bonorum possess. sec. tab. ac deinde Caio omittente bonorum possessionem contra tab. portio Caij non adcrescit Titio ipso iure, sed necessa-

C ria ei est partis Caij bonor. possessio, quam etiam in hunc casum se daturum prætor nominatim pollicetur, vt ait *d. l. 6.* At si non Caius tantum, sed etiam Titius ex minore parte fuerit scriptus extraneis adiectis coheredibus, & Titius partis debitæ cont. tab. bonor. possess. petierit, Caij portio, qui eodem iure inuitabatur, id est, cui etiam deferebatur bonorum possessio contra tabulas, si Caius eam repudiauerit vel omiserit, statim tacito iure adcrescit Titio etiam inuito & ignoranti, nec necesse ei est petere partis Caianæ bonorum possessionẽ nouam, quoniam in iis, quibus ius adcrescendi est, semel adire hereditatem, aut semel bonorum possessionem admittere satis est. Et hanc esse ve-

D riorem speciem illius §. *ex duobus*, & verborum proprietati conuenientem magis valde perspicuum est. Nunc videamus, quæ sit ratio superioris differentiæ, cur liberis præteritis detur bonor. possess. vel contra heredem, vel contra lignum, patronis præteritis contra heredem tantum? Ratio hæc est. quæ patrono præterito datur bonorum possess. certæ partis, puta semissis, non totius assis bonor. possessio est, & consequenter, quæ patrono datur bonor. possess. contra tab. hereditatem partitur inter patronum, & heredem scriptum ex partibus æquis, vel hodie ex constitutione Iustin. pro besse & triente. Esse igitur prius heredem oportet, cum quo patronus partiatur liberti bona iure bonor. possess. cont. tab. Nam si liberto nullus heres existat ex testamento, tum patrono as defertur alio iure, nempe ex parte vnde legitimi vocantur, *l. si libertus præterito, de bonis libert.* Liberis autem præteritis siue ex test. pa-

E rentis, in quo prætermissi sunt, heres existat, siue non, totius assis bonor. poss. cont. tab. defertur, ne semuncia quidem heredi scripto relicta. Hæc vero sufficerent ad initium huius legis, nisi Accursius obiiceret *l. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab.* Quæ ait, heredes scriptos expectare debere liberos præteritos, quamdiu bon. possess. cont. tabul. petere possunt: & iis demum exclusis bon. poss. sec. tab. petere posse. Ex quo efficit non male, bon. poss. contr. tab. dari, antequam heredes scripti petierint bon. poss. sec. tab. Cum tamen hoc loco dicatur, locum habere bon. poss. contra tab. etiam si aliquis ex test. heres extiterit, siue aliquis, inquit, heres extiterit, siue non. Verum id ita Accursius explicat male, quasi possit heres scriptus adire hereditatem iure ciuili, non expectato filio præterito, non etiam petere bon. poss. sec. tab, nam & hanc petere potest. Quidni? & quacunque alia via hereditatem testamento delatam ad-

quirere, vel aditione, vel gestione pro herede, vel petita bon. poss. sec. tab. Sed si bon. possessionem sec. tab. petierit, antequam filius præteritus peteret contra tabulas, bon. poss. sec. tab. quam petere occupauit, erit sine re, si postea filius præteritus petierit bon. poss. cont. tab. Itaque rectius fecerit, & hoc vult *d. l.* 2. §. 1. quam obiicit Accursius, si filium præteritum expectauerit, nisi sui iuris plane certus fuerit, & virium testamenti. Eodemque prorsus modo diximus, patronum præteritum posse petere bon. poss. contra tab. antequam aliquis ex testamento liberti heres extiterit, vt in *d. l.* 6. Sed erit sine re, sine effectu, si postea heres scriptus repudiauerit hereditatem, aut bonor. poss. sec. tabul. quia res ad intestati causam redit, & necessaria nunc patrono est tuitio prætoris in partem, quam nactus est iure bonorum possessionis cont. tabul. quasi quæsitam iure intestati, & alterius quoque partis bonorum possessio noua. Male etiam Accursius notat hoc loco, si ante aditam hereditatem ex testam. liberi præteriti petierint bonorum poss. cont. tab. testamentum ipso iure non valere: si post aditam hereditatem eam petierint iure ciuili, testamentum valere: sed iure prætorio rumpi, vel infirmari. Debuit enim Accursius distinguere inter liberos suos, qui in potestate morientis fuerint, & liberos emancipatos, nec distinguere inter aditam vel non aditam hereditatem. Liberis suis præteritis ipso iure testamentum non valet, *l. filio præterito, de ini. rupto test.* Atque ideo non potest adiri hereditas ex testamento, quod nullum est. Bonorum tamen possessio secund. tab. peti potest, si modo obsignatæ fuerint, non minus quam 7. testium signis. Signa testium sunt ex iure prætorio, & prætor non seruato iure ciuili semper dat cuilibet petenti bonorum poss. sec. tab. si animaduertat eas esse obsignatas 7. testium signis, etiamsi iure ciuili sit iniustum, nullum vel ruptum, vel irritum testamentum. Hæc tamen bonorum possessio secundum tabulas, postea sine re constituetur si petatur bonorum possessio contra tabulas. Emancipatis autem præteritis liberis, verum est ipso iure testamentum valere, & ex eo hereditatem adiri, & bonorum possessionem sec. tab. peti posse, sed rescindi per bonorum poss. cont. tabul. *l.* 1. *de leg. præst. l. vt liberis, C. de collation.* rescindi, inquam, per bonorum poss. contra tabulas, & per eam quoque bonor. possessionem sec. tab. sine re constitui. Hæc sunt certissima. Bonorum possessio facillime datur cuilibet petenti; & quolibet loco, quolibet tempore, de plano, in transitu, sine causæ cognitione, sine decreto, quæ tamen non vtique semper cum re futura est, sicut litteræ Cancellariæ, vt sup. dicebamus, quæ in foro conceduntur, quæque non male comparantur bonorum possessionibus non semper cum re futuræ sunt: non semper, qui eas obtinuit, & rem obtinet. Inde recte Vlpianus *lib. sing. rer. tit.* 28. bonorum possessionem ait cum re dari, aut sine re, quod & ibi latius explicat, *& l. filius, C. de inoff. test. Bonorum possessionem* (in specie ibi proposita) *dari cum re.* Et similiter 9. Epistol. Diui Ambrosij: *heredes alios esse cum re, alios sine re.* Qua forma & alij auctores *tribunitiam potestatem sine re,* & de Cupidine, *Deum sine re.* Bonorum autem possessionem secund. tab. passim dari a prætore non perscrutato iure ciuili, id est, eo non quæsito, an testamentum valeat iure ciuili, si modo sint obsignatæ septem testium signis, ostendit §. *non tamen, Instit. quib. mod. test. infirm. & l. postumus, de ini. rupt. testam.* Sequitur in §. 1. huius legis certa definitio iuris.

Ad §. 1.

Bonorum possessionem contra tabul. dari liberis præteritis suis heredibus, quiue sui heredes futuri erant. Sui heredes sunt liberi, qui in potestate morientis sunt, & quos nemo præcedit delatæ hereditatis tempore, id est, qui defuncto gradu proximiores sunt. Sui heredes futuri erant filij emancipati, si emancipatio non interuenisset. Ideoque iis, etiamsi præteriti sint, rescissa emancipatione a prætore datur bonorum possessio contra tabulas. Item suus heres auo futurus erat nepos ex filio emancipato conceptus post emancipationem filij, videlicet filio defuncto ante auum, si emancipatio filij non interuenisset, ideoque ei etiam, si testamento aui præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabulas, *l. si emancipatus* §. 1. *l. si retentus* §. *vlt. hoc tit.* quia suus auo futurus erat. At si testamento patris, quæ est species §. 1. filius, quem pater habuit in potestate non sit præteritus, sed institutus vel exheredatus, nepos ex eo filio qui etiam fuit in potestate testatoris aui sui paterni, sit præteritus, ei non datur bonorum possessio contra tabulas, quia auo suus heres futurus non erat: propterea quod filius pater suus eum priori gradu præcedebat. eadem est ratio pronepotis, & nepotis, & sequentium graduum. Item vt subiicit in §. *seq.* liberi præteriti testamento matris vel auiæ, non habent bonorum possessionem contra tabul. quia matri vel auiæ neque sui heredes sunt, neque sui heredes futuri erant: nulla enim fœmina suos heredes habere potest, *l. nulla, de suis & legit. hered.* quia fœminæ liberos non habent in potestate. Leo in Nouella 27. Μόνῳ ἄρρενι προσώπῳ ὑπεξουσίους χρηματίζει παῖς, *solus mas habet liberos in potestate.* Vnde patria potestas dicitur tantum, non potestas vlla, quæ nomen ducat a matre, vel auia, vel auo materno. sed quia liberi præteriti a matre vel auia, vel etiam auo materno pro exheredatis habentur, ideoque eis tanquam exheredatis datur querela inofficiosi testamenti, & quidem contra heredem scriptum, quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela inoffic. testament. quatenus, hæc est ratio, non alia, exheredationis nullus effectus est ante aditam hereditatem, *l. Papinianus* §. *si conditione, de inoff. testam. l.* 12. §. *ex test. de bon. libert.* Restat adhuc §. *vlt. h. l.*

Ad §. vltim.

Cuius quæstio communis est cum *l. si filius heres, de liber. & postum.* & cum *l. ventre, de adquir. hered.* quæ vulgo censentur inter difficiliores, & ea quidem quæstio pertinet ad hanc speciem. Pater filium heredem instituit, & postumum, qui erat, aut existimabatur esse in vtero vxoris, prætermisit, præteriit. filius heres institutus cum re bonorum possessionem secundum tabul. accipere non potest, quia in eo sunt tabulæ testamenti vt quamprimum iure ciuili rumpantur agnatione postumi prætermissi, vel iure prætorio rescindantur per bonorum possessionem contra tabulas, quæ postumo præterito competit. At quæritur, an interim tamen filius, quamdiu speratur postumus, perinde ac si iam natus postumus esset, petere possit bonorum possess. contra tabulas. Iam exclusimus illum a bonorum possessione secundum tabul. nunc quærimus, an interim, dum non nascitur postumus, perinde ac si iam natus esset, filius heres institutus, possit petere bonorum possessionem contra tabulas. Quæ quæstio, vt intelligatur, sciendum est, nato postumo præterito bonorum possessionem contra tabulas, non tantum postumo competere, sed etiam fratri heredi instituto, quasi commisso edicto, vt loquimur, de bonorum possessione contra tabulas, per postumum, id est, quasi per postumum rupto testamento aperta via petendæ bonorum possessionis contra tabulas, etiam heredi instituto quasi inutili, aut irrita facta institutione, *l.* 3. §. *si quis ex liberis, hoc tit.* Quam etiam viam ingredi, & bonorum poss. contra tabulas, filius heres institutus accipere potest, antequam postumus eam acceperit, *l. si post mortem.* §. *vlt. hoc tit.* Inde hoc quæritur, an etiam nondum nato postumo, nondum rupto testamento possit filius heres institutus tanquam commisso edicto propter postumum præteritum petere bonorum possessionem contra tabulas? Quod magni interest scire, quia si præmoriatur filius nondum nato postumo, & nondum petita bonorum

bonorum possessione, nihil ex bonis paternis transmittit ad heredem suum. bonorum enim possessio, quæ petita non est, non transfertur in heredem, sicut nec hereditas quæ adita non est, *l.3 §.adquirere, de bonor.possess.l.vnica §. in nouissimo, C. de cad.toll.* Sed si præmoriatur filius petita & admissa bonorum possessione, commodum bonorum possessionis transmittit ad heredem suum. Quamobrem etiam nondum nato postumo, nondum edito partu, petenti filio prætor decernit bonorum possessionem contra tabul. & si quidem filius emancipatus sit, omnimodo necesse est, vt eam agnoscat ex decreto prætoris, si quid ex bonis paternis ad heredem suum transmittere velit, quia hoc tantum remedio ad bona patris peruenire interim potest, decreti remedio, non etiam ex edicto, ac non etiam iuris sui ignarus, iure ciuili hereditatem adire potest, dum in incerto est agnatio postumi præteriti. Verum, vt ostenditur in *l. seq.* etiamsi filius emancipatus nulla bonorum possessione petita, vita decesserit, æquum est heredibus eius succurri similiter decreto prætoris, quia edictum deficit, causa cognita heredibus eius data bonorum possessione secundum tabul. non nato postumo, qui ventre vacuo frustra expectabatur, vel abortu facto, aut postumo nato iisdem heredibus data bonorum possessione contra tab. in portionem hereditatis quasi commisso edicto per postumum, vt fit etiam in specie *l. scriptus, de Carbon. ed.* Decretalis hæc bonorum possessio est: nam edictalis, quæ agnita non est a defuncto, ad heredes transmitti non potest. At videamus, cur dicat Paulus hoc loco, maxime in filio emancipato herede scripto necessarium esse, vt ei decernatur bonorum possessio cont. tab. interim, dum non nascitur postumus, ne si interim ipse moriatur, nihil heredi suo relinquat ex paternis bonis. Hoc vero remedium ea ratione dicit necessarium maxime esse filio emancipato, quia filius suus, id est, qui in familia testatoris retentus est, ipso iure heres est citra aditionem, & citra bonorum poss. *l. in suis, de suis & leg. hered. l.5. §. qui sunt, si quis omiss.caus.test.* Filius suus heres existit, statim etiam ignorans, vel ex test. si sit scriptus, vel ab intestato, si pater test. non fecerit, vel si quod fecit, ruptum, aut destitutum sit: heres, inquam, existit, vel vt Theophilus noster hoc verbum interpretatur, ἀναφαίνεται, statim heres apparet, existit ipso iure, non fit. Et consequenter in specie proposita, si filius, qui in potestate morientis testatoris fuit, filius suus, vt vocamus, heres scriptus sit non nato postumo, etiamsi priusquam liqueret vacuum esse vterum mulieris, filius vita functus sit, ex test. heres patri ipso iure extitisse intelligitur, atque adeo hereditatem transmisisse ad heredes suos, *l.ventre 84.l cum quidam, §.suum, de adq. hered.* Postumo autem nato post mortem filij heredis instituti, ex testamento quidem, quod ruptum est agnatione postumi preteriti, filius proculdubio ex testamento non intelligitur heres extitisse, quod nullum est. Verum ab intestato heres extitisse intelligitur, si nullum coheredem aut substitutum vulgari modo habuit, a quo sustentarentur vires testamenti, quia eo tempore, quo mortuus est, certum esse cœpit, neminem ex testamento heredem fore, cum coheredem non habuerit, aut substitutum. Ergo ab intestato heres extitisse intelligitur in ipso moriendi articulo. Et ita definit Africanus in *l. si filius heres, de lib. & post.* Ideoque cum intelligatur heres extitisse ab intestato, ad heredes suos portionem suam paternæ hereditatis transmisisse intelligitur. Vtroque igitur casu, vt ait *l.ventre,* siue mulier vtero sit plena, siue vacua, interim decreto prætoris filiof. subueniendum est, videlicet si iure prætorio bon. poss. amplecti velit, quia & iure ciuili, siue postumus non nascatur. patri ex test. heres extitisse intelligitur, siue postumus nascatur iure ciuili, vna cum postumo patri ab intestato heres extitisse intelligitur. Quæ ratio facit, vt ait lex *ventre, de adq. hered.* vt & filio emancipato heredi instituto præterito postumo subueniri debeat, nimirum data bonorum poss. decretali, quia & filius emancipatus omnimodo rem habiturus est, siue postumus non nascatur iure bonorum poss.sec.tab.siue nascatur iure bon. poss. cont. tab. commisso edicto. At in filio emancipato hæc decretalis bonorum poss. necessaria est: in filiof. non est necessaria, quia ipso iure heres existit, alterutro casu, vel ex testamento, vel ab intestato. Emancipatus autem ipso iure heres non existit, sed vel aditione hereditatis heres fit ex testamento, non nato postumo, vel rupto test. agnatione postumi bon. possessor fit petita bon. poss. cont. tab. Et hæc tantum hac in re differentia intercedit inter filium suum & filium emancipatum. Nunc transeamus ad *l.6.*

Ad l. 6. de bon. poss. contra tabulas.

Si emancipatus filius nepotem procreauerit, & ita decesserit, deinde auus eius: nepos ad aui bonorum possessionem venire potest.

1. §. *Quod si & filium & nepotem emancipauerit: viuente quidem filio, nepos non veniet: post mortem autem eius, ad bonorum possessionem aui veniet.*

2. §. *Nepote quoque solo emancipato, & auo mortuo, deinde patre eius, nepos præteritus accipiet patris bonorum possessionem: quia suus heres esset futurus patri, si potestate aui non exiisset.*

3. §. *Filio emancipato, si nepos retentus sit, & vtrique præteriti: vtrique accipient bonorum possessionem.*

4. §. *Si filius emancipatus, in adoptiua familia nepotem sustulerit: ne nepos quidem ad bonorum possessionem aui naturalis veniet. Sed etsi emancipatus filius, procreatis nepotibus, in adoptionem se dederit, vt eum filij sequantur: idem erit. Plane si is, qui apud adoptiuum auum procreatus est, emancipatus sit: veniet ad bonorum possessionem aui naturalis. Adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit. Cæterum emancipatus ad bonorum possessionem parentium naturalium venit: sed emancipatus viuis eis, non etiam post mortem eorum. hoc enim verius est, post mortem eorum emancipatum non admitti.*

Qvod didicimus in *l. 4. §. 1. & §. ad testamenta*, idem comprobatur in hac l. 6. propositis variis exemplis. Bonorum possessio contra tabulas datur liberis silentio præteritis, id est, neque institutis, neque exheredatis: liberis præteritis, qui sui fuerint, id est, qui in familia & potestate morientis fuerint. datur etiam iis qui sui non sunt, si modo sui futuri erant, veluti liberis emancipatis: qui si non exiissent potestate patris, vtique sui futuri erant. Ei, qui suus futurus non erat, quamuis sit ex liberis, non datur bonorum possessio contra tabulas: ei tamen, qui nunquam fuerit in familia & potestate morientis, si præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabulas, si modo suus futurus erat, vt in specie l. 7. & in hac specie quæ proponitur initio legis 6. a Paulo. Filius post emancipationem nepotem procreauit, & prior vita decessit, deinde auus, nepote ex filio præterito, extraneo scripto. nepoti datur bonorum possessio contra tabulas aui, licet nunquam in potestate eius fuerit, quia hoc casu, mortuo scilicet patre auo superstite, remoto patre, auo suus heres futurus erat, si emancipatus filius non fuisset, *l.3 in princip. hoc tit.* Recte ait Paulus, si emancipatus filius nepotem procreauerit: recte procreauerit: nam si filius meus emancipatus extraneum adoptauerit in locum filij, huic præterito testamento meo non datur bonorum possessio contra tabulas, quia mihi ex liberis non fuit, mihi extraneus, non nepos fuit, *l. vlt. in fine, hoc tit.* Adoptio enim ius tantum agnationis adfert, non ius cognationis, iusue sanguinis, *l. qui in adoptionem, de adopt.* Item finge: filium simul & nepotem ex eo, qui erant in mea potestate emancipaui, & in testamento vtrumque prætermisi. viuente filio nepos præteritus testamento meo non veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, quia filius eum præcedit. Nec igitur nepos mihi suus heres futurus erat, sed filius, quasi gradu proximior. Mortuo autem filio me relicto superstite, & nepote, nepos ex eo filio, qui

etiam fuit præteritus, veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, quia hoc casu prius defuncto filio, & me relicto superstite, nepos mihi suus heres futurus erat, si emancipatio non interuenisset. Rursus finge: filium retinui in potestate, & nepotem ex eo emancipaui, & mortuus sum prior, deinde mortuus est filius meus facto testamento, in quo, filium suum nepotem meum a me emancipatum præteriit. Nepos veniet ad bonorum possessionem contra tabul. patris sui mei filij, quamuis nunquam in eius potestate fuerit, quia ei suus heres futurus erat, si potestate mea non exiisset. Rursus finge: filium emancipaui, & nepotem ex eo retinui in potestate, & in testamento vtrumque præteriui. hoc casu nepos mihi suus heres est, quia solus est in potestate mea; contra, filius, mihi qui suus heres futurus erat, non nepos, si filium non emancipassem: nepos obstat filio iure ciuili, quia mansit in potestate mea: contra filius nepoti obstat iure prætorio, quia mihi suus futurus erat. Quid fiet? Vtri dabitur bonorum possessio contra tabulas? Vterque fuit præteritus. & dabitur bonorum possessio contra tabulas vtrique coniuncto iure ciuili & iure prætorio, coniuncto nepote suo cum filio emancipato ex edicto nouo de coniungendis cum emancipato liberis, quod & Iulianum edictum dicitur, quoniam in ordinatione edicti perpetui Iulianus, qui eam fecit auctore Adriano Imperatore, hanc edicto clausulam adiecit fretus auctoritate Adriani, vt liberi sui coniungerentur emancipatis, *l.1.§.qui habebat, hoc tit.* Et hæc est sententia §. *filio, in hac lege. in* §. *si filius*, qui solus superest *in hac l. 6.*

Ad §. si filius.

Ostendit, nepotem ex filio emancipato procreatum in adoptiua familia, in quam filius transierat, vel procreatum in familia filij, ac deinde translatum in adoptiuam familiam, filio se dante in adoptionem: hunc, inquam nepotem, si præteritus sit testamento aui naturalis, non venire ad bonorum possessionem cont. tab. aui naturalis, quia nec filius, qui se in adoptionem dedit, ad eam, si forte etiam præteritus sit, venire potest. Cur ita? Quia neuter auo vel patri suus heres futurus erat, cum in aliena familia fuerint tempore mortis aui, vel patris naturalis. Sed, vt subiicit, quod & apertissime explicatur in §. *at ij, qui emancip. Instit. de hereditat. quæ ab intestato def.* si hic nepos ab auo adoptiuo emancipatus fuerit viuente auo naturali, hoc enim exigitur, præteritus testamento aui naturalis veniet ad bon. possessionem cont. tab. quia ei suus heres futurus erat: imo & eadem ratione si filius ipse emancipatus a patre naturali, si & a patre adoptiuo emancipatus fuerit viuente patre naturali, postea præteritus testamento patris naturalis veniet ad bon. possess. contra tabulas, quia ei suus heres futurus erat, si desiisset esse in familia adoptiua viuo patre naturali, etsi a patre naturali emancipatus non fuisset. Adoptio enim, vt ait, tamdiu nocet quamdiu quis in aliena familia est. Adoptio præterito non nocet. Atque ita hæc lex variis exemplis demonstrat bon. poss. cont. tab. dari ei, qui suus futurus erat, non dari ei, qui suus futurus non erat, quæ est certissima regula iuris, demonstrata, vt dixi, hoc loco variis exemplis.

Ad l. 11. de bonor. poss. contra tabul.

Si in adoptionem datus, sub conditione scriptus sit heres a naturali patre: alio committente contra tabulas edictum, & ipse veniet. Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione. Idem puto & in eo, qui pure quidem, sed non iure scriptus sit heres.

1. §. *Exemplo iuris legitimi & bonorum possessio contra tabulas distribuitur. Igitur nepotes ex vno filio vnam partem habebunt.*

Certum est, quod & iam diximus sæpe, liberos suos, id est, retentos in potestate, & liberos emancipatos, vel quacunque alia ratione sui iuris effectos: Itemque eos, qui ex iis nati sunt, ex causa præteritionis prætorem inducere in bon. poss. contra tab. Verum id ita procedit, si per adoptionem in alienam familiam non migrauerint, si in adoptionem dati, vel adrogati non fuerint: nam si in adoptionem dati, vel adrogati sint, nec viuente patre naturali emancipati a patre adoptiuo, ad bonorum possess. contra tab. patris naturalis ex causa præteritionis venire non possunt; quia in aliena familia sunt, *l. 6. §. vlt. l. 9. l. 17. h. tit.* Emancipati quibus ex ea causa patet aditus ad bonorum possess. cont. tabul. licet ex patris naturalis familia exierint, non sunt tamen in aliena familia, sed ipsi suæ familiæ sunt, nec alium patrem habent, quam naturalem. Et ideo iure prætorio veluti emancipatione rescissa, admittuntur ad bona patris, perinde atque iure ciuili admitterentur, si emancipati non fuissent. At dati in adoptionem, vt dixi, plane sunt in aliena familia. nec possunt igitur quasi sint etiam in familia patris naturalis venire ad bonorum possessionem contra tab. patris naturalis, quia duarum familiarum esse, aut videri non possunt, aut fingi. Igitur non possunt committere edictum de bonorum possessione contra tab. quamdiu sunt in adoptiua familia: committi tamen eis illud edictum potest, si heredes instituti sint testam. patris naturalis: Vel, sic dicamus, petere bonorum possessionem contra tabul. non possunt, competere, siue συγκινεῖν, quo verbo hoc loco Basilica vtuntur, bonorum possessionem contra tab. possunt: non possunt petere, sed possunt competere, cum alio scilicet filio præterito. Vt si quis duos habens filios, vnum emancipatum, alterum extero in adoptionem datum, emancipatum præterierit, in adoptionem datum heredem instituerit, emancipatus, qui præteritus est, committit edictum de bon. possessione contra tab. id est, edicto locum facit, *fait ouuerture*; atque ita per eum fit, vt & frater in adoptionem datus admittatur ad bonorum possessionem cont. tab. in semissem, quia habet patris naturalis voluntatem, qui cum instituerit eum heredem, & hoc sane voluit, vt veniret in partem bonorum, nec etiam in totum extraneus est. Et hoc etiam edicto fuisse nominatim expressum ostendit *l. 8. §. in adopt. hoc tit.* Et nunc in hac l. 11. Paulus hoc ipsum verum esse ostendit, siue filium datum in adoptionem pater naturalis pure heredem instituerit, modo iure instituerit, siue sub conditione: nam existente conditione competere poterit, id est, vna cum emancipato præterito petere poterit bonorum possessionem contra tab. Sed si conditio institutionis defecerit, repellitur a competitione bonorum possessionis contra tabul. id est, edictum ei non committitur, quia pro non instituto est. Itemque si pure quidem, sed nō iure pater naturalis eum heredem instituerit, vt si eum non instituerit verbis ciuilibus, verbis Latinis, & directis, quod olim omnimodo exigebatur, vt valeret institutio, si, inquam, eum heredem non instituerit verbis ciuilibus, adiectis aliis heredibus, qui ex testam. heredes existere possunt, qui, quantum potest testamentum sustentare possint, hic etiam repellitur a bonorum possessione contra tab. quia & hic pro non instituto habetur. Non iure aliquid fieri & non fieri sunt paria. Neque vero cum hac sententia Pauli pugnat *l. 3. §. sed si sub conditione, hoc tit.* quam opponit Accursius, quia non loquitur de filio dato in adoptionem, sed de filio non dato in adoptionem. Hic si fuerit institutus sub conditione, deficiente conditione, quasi præteritus bonorum possess. contra tabul. petere potest, non etiam pendente conditione, *l. 18. hoc tit.* At filius in adoptionem datus, & heres institutus sub conditione testamento patris naturalis, alio committente edictum, nec deficiente conditione venire potest ad bonorum possessionem contra tabul. nec pendente conditione. Et hæc sunt, quæ pertinent ad priorem partem huius l. 11. Sequitur in posteriori parte: *Exemplo iuris legitimi, & bonorum possessio contra tabulas distribuitur,* hoc est, quod ait *l. 1. §. 1. hoc tit.* ad contra tabulas bonorum possessionem liberos præteritos vocari eo iure, eoque ordine, quo vocantur ad successionem, id est, ad hereditatem legitimam iure ciuili. Et ideo si sit

vnus

vnus filius, & ex altero filio iam mortuo nepotes duo, vel tres, vel quinque, nihil refert, & omnes sint præteriti testam. parentis, ad bonorum possessionem contra tabul. omnes veniunt, non quidem in capita, ex æquis portionibus, sed in stirpes, εἰς ῥίζας, vt hic Basilica habent. Ita scilicet, vt parentis hereditas diuidatur in duas partes, vnam ferat filius, alteram duo, vel tres, vel quinque nepotes ex altero filio, vt *l. si nepotes 7. inf. de collat. bon.* nam & ab intestato iure ciuili eadem distributio seruatur inter patruum & filios iam defuncti fratris, id est, inter filium & nepotes ex altero filio iam mortuo. Denique idem est ordo hereditatis & bonorum possessionis, idem ordo vtriusque iuris, vtriusque possessionis. Nunc transeamus ad *l. 9. tit. seq. de leg. præst.*

Ad l. 9. De legat. præstand.

Sed etsi plus sit in legato, quam in dote, dabitur illis actio.

SI filius emancipatus præteritus, testamentum patris resciderit per bonorum possessionem contra tabulas, res redit ad causam intestati, intestatum patrem facit *l. vt liberis, C. de collat.* Et ideo nihil in testamento scriptum valet. Proinde nec legata ex eo testamento, nec fideicommissa debentur, præterquam ea, quæ relicta sunt liberis, aut parentibus, quæ eis ex æquitate prætor conseruat hoc edicto *de legatis præstandis.* Et si quidem liberi aut parentes, quibus in eo testamento legata relicta sunt, legata petant a filio emancipato præterito, qui per bonorum possessionem contra tabul. testamentum rescidit, & filius opponat hanc exceptionem, si non destitutum, aut rescissum testamentum est: si non destitutum, ab heredibus scilicet scriptis, qui metu præteriti omiserunt hereditatem, si inquam, filius opponat hanc exceptionem, si non destitutum aut rescissum testamentum est, quo legata relicta sunt, liberi aut parentes tueri se possunt æquitate huius edicti, opposita replicatione doli mali in hunc modum, si non per te factum est, vt destitueretur, vel vti rescinderetur testamentum. Conseruat etiam hoc edicto prætor legatum, quod vxori, vel nurui relictum est in eo testamento dotis nomine, quia debitum ei legatum videtur: vel vt ait *l. 8. §. pen.* vxor vel nurus ad æs alienum venit, quæ venit ad legatum sibi relictum dotis nomine. Vxori ergo vel nurui conseruatur legatum relictum dotis nomine, petita bonorum possessione contra tabul. etiamsi in eo legato plus sit, quam in dote, vt ex hoc libro Pauli proponitur in hac l. 9. Et proponitur absolute, simpliciter, indistincte. Non dicit conseruari legatum pro modo, siue pro quantitate dotis, si plus sit in legato, quam in dote, sed indistincte conseruari legatum dotis nomine relictum, etiam si plus sit in legato, quam in dote, nulla adiecta conditione, nullo adiecto modo. Et ideo si pro fundo digno 100. quem testator acceperat in dotem, vxori legauerit mille nummos, 1000. debentur vxori, non vt Accursij animus arbitratur, 100. duntaxat. Satis est, si vxor dotem aliquam habuerit: nam si fuerit prorsus indotata, quod ei veluti pro dote relinquitur, non debetur, rescisso scilicet testamento per bonorum possessionem contra tabul. *l. 15. §. ei quæ dotem, hoc tit.* Quod tamen non rescisso testamento alias deberetur, quod scilicet indotatæ veluti pro dote adscriberetur, *l. 6. de dot. præleg.* Ad hæc notandum est ex *l. 11. hoc tit.* quæ sumpta etiam est ex eodem lib. Pauli.

Ad l. 11. eod. tit.

At vbi institutus & substitutus viuant: licet nemo adeat hereditatem: ea tamen legata deberi dicimus, quæ ab instituto data sunt.

SI pater duos gradus heredum fecerit, vt si heredi instituto dederit substitutum vulgari modo, *si heres non esset*, qui & ipse institutus dicitur, *l. 12. hoc tit.* institutus scilicet secundo gradu. Quid est substitutio vulgaris? Institutio secundi gradus, vel, vt in *l. ex facto §. Lucius, in fine de vul. substitut.* institutio secundi heredis. Si igitur pater heredem instituerit, eique substituerit vulgariter, & ab vtroque gradu filium emancipatum præterierit, ab vtroque gradu legata reliquerit liberis aut parentibus, viuente vtroque, id est, viuente instituto & substituto, & neutro adeunte hereditatem ob metum siue periculum bonorum possessionis contra tabulas, quæ filio emancipato competit, filius emancipatus, qui interim petiit bon. possessionem contra tab. præstat tantum legata liberis, aut parentibus relicta a primo gradu, id est, ab instituto, non etiam relicta a 2. gradu, id est, a substituto. Cur ita? Quoniam primo gradui primum ex testam. defertur hereditas, atque adeo & contra primum duntaxat gradum, ex quo heres existere potuit, nata filio est bonorum possessio cont. tab. & consequenter eius tantum gradus legata præstat, non sequentis. Quod & verum esse subiicitur in l. 12. quæ sequitur.

Ad l. 12. eod. tit.

Siue autem omiserint instituti, siue non omiserint: dicendum est, legata, quæ ab ipsis relicta sunt, præstanda: quamuis secundo gradu instituti omittentibus eis adierint hereditatem.

ETiamsi post petitam bon. possessionem cont. tab. heres institutus omiserit hereditatem, eamque substitutus adierit, sed exclusus fuerit iure bon. possess. contra tab. nam & hoc casu filius non præstat nisi legata relicta a primo gradu, quem primum gradum ab initio duntaxat impugnasse videtur, quod ex eo solo primum deferretur hereditas eo tempore, quo filio nata est bon. possessio cont. tab. At si (qui est alius casus) post mortem testatoris heres institutus ante aditam hereditatem vita decesserit, & hereditas ad substitutum peruenerit, quamuis filio emancipato reuera nata sit bonorum possessio contra heredem institutum, qui superuixit testatori, vt *l. 8. §. a primo sup. tit. prox. de bonorum possess. cont. tab.* tamen filius præteritus non præstat legata relicta ab instituto, exceptis personis scil. quia nec institutus ea debuit, nec quo minus ea deberet, nempe vt omitteret hereditatem causa præteriti, sed præmatura mors fecit. At legata relicta a substituto, cui vita superest, & qui hereditatem omisit, filius præteritus præstat, quia palam est, filium in causa fuisse, vt substitutus hereditatem omitteret, & consequenter, vt nemini legata deberet, vt corruerent legata, *l. 4. hoc tit.* Et hæc ratio eius, quod traditur in *l. 10. §. vlt. hoc tit.* Recte autem hæc omnia diximus de filio emancipato præterito.

Ad l. 15. eod. tit.

L. 15. Is, qui in potestate est præteritus, legata non debebit præstare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia & non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat. Et absurdum est, eum cogi legata præstare, quia bonor. possessionem petierit, cum & sine hac hereditatem habiturus sit suo iure. Vnde si duo præteriti sint, emancipatus, & is, qui in potestate est: quidam nec emancipatum præstare debere legata existimant: quia effectu fratris aufert partem dimidiam: cum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, vbi præteritus sit suus? Verius est, quod dictum est. Vbi vero scriptus est, & voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiamsi omiserit bonorum possessionem.

1. §. *Sed si vnus emancipatus heres scriptus sit, alter præteritus, & vtrique contra tabulas bonorum possessionem acceperint: & institutus eadem præstat, quæ præteritus. Sed si solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit: omnibus debebit legata præstare, perinde atque si adisset hereditatem. Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, præteritus autem bonorum possessionem acceperit, hic quidem, qui bonor. possessionem acceperit, certis personis legata debebit. De scripto autem quæritur: & complures putant, certis personis & eum præstare debere. Quod puto verius esse. Nam &*

prætor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt.

2. §. *Ita autem tuendus est in partem dimidiam, si aut ex maiore parte, quam dimidia, heres institutus sit, aut ex semisse. Quod si ex minore parte, quam dimidia, institutus sit: dicimus non ex maiore parte, quam institutus sit, tuendum eum esse. qua enim ratione maiorem partem habere potest, cum nec bonorum possessionem accepit, nec ex maiore parte institutus sit?*

3. §. *Ei, quæ dotem non habet, nullum legatum debebitur, licet sub prætextu dotis legetur.*

4. §. *Si extraneo herede instituto, sub hac conditione exceptæ personæ legatum sit, si heredi decem dederit: ita ei legatorum actio dabitur, si ei, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, dederit: non si herede instituto. Quia absurdum est, illum commoda hereditatis habere, alium onera sustinere in præstando legato. Sed & si Titio iussus fuerit dare: non illi, sed filio dare debet.*

NAm vt idem Paulus ostendit in *l.* 15. quæ est etiam ex hoc libro, & cuius tantum initium euoluam, filius suus præteritus, si veniat ad bonorum possessionem cont. tab. nemini præstat legata, nec liberis, nec parentibus testatoris, vt *l. pen. §. legata, sup. de bonor. possess. cont. tab.* Et ratio hæc est, quia nec filio suo, qui in potestate morientis fuit, necessaria est bonorum possessio contra tabulas, cum ipso iure, mero iure, vt ait §. *legata*, ab intestato heres sit, quia ipso iure nullum est testamentum, in quo filius in familia retentus præteritus est. Ideoque cuilibet petenti legata recte opponet exceptionem, *si non ipso iure nullum testamentum est*, nec, vt Paulus ait in hac l. 15. ei nocet exceptio doli mali, vt emancipato. Exceptio, id est, replicatio, vt in *l. nam postea* 9. §. *si minor, de iureiur. & l. apud* §. *si quis pupillo, de doli except.* & in multis aliis locis, *exceptio*, id est, replicatio: & vt ait eleganter, absurdum est filium suum cogi legata præstare exceptis personis, quod bonor. possess. petierit, cum & sine hac bonor. possess. hereditatem habiturus sit suo iure. Vnde quæritur, quid sit dicendum, si sint duo filij, vnus suus, alter emancipatus, & ambo præteriti, ambo petant bonor. possess. cont. tabul. an propter concursum sui, emancipatus releuabitur a præstatione legatorum relictorum liberis aut parentibus? propter suum, vt dixi, quia effectu ipso, vt ait, fratri suo, qui solus iure ciuili, tanquam suus heres ex asse patri heres est ab intestato, ac proinde effectu ipso, emancipatus suo aufert portionem dimidiam, non heredi scripto, quoniam as pertinet ad suum ipso iure. Et ita quidem, vt Paulus refert, quidam existimarunt. Verius tamen est, emancipatum non releuari *d. l. pen.* §. *legata*, suum esse immunem a præstatione legatorum. Quid rursus, si filius suus institutus sit, non præteritus, emancipatus autem præteritus, & emancipato committente edictum, suus quoque admiserit bon. possess. contra tabul. vel ab intestato immiscuerit se bonis, omissa bonorum possessione contra tabulas, an saltem hoc casu suus præstabit legata? Sic videtur. Et quidem, si se immiscuerit bonis iure ciuili, præstabit legata omnibus, quia patris voluntatem habet, qui eundem heredem fecit in testamento, *l. si filius* 23. *si quis omissa causa test.* Sed si non miscuerit se, verum petierit bonorum possessionem contra tabulas, quasi commisso edicto per emancipatum, legata præstabit exceptis tantum personis in hoc edicto: facilius obligatur legatis institutus, quam præteritus.

Repetam & facilius explicabo ea, quæ heri dixi ad initium *l.* 15. *de leg. præst.* eaque connectam cum iis quæ sequuntur in eadem l. atque ita legem absoluam. Hæc est præcipua differentia inter filium suum præteritum, & filium emancipatum præteritum, quod filius emancipatus præteritus, accepta bonorum possessione contra tabulas præstat legata testamento relicta personis exceptis in hoc titulo, id est, liberis & parentibus, vel vxori aut nurui adscripta dotis nomine. Et non tantum his personis legata præstat si accipiat bonorum possessionem contra tabulas, sed etiam, si ea non accepta ab intestato possideat hereditatem nondum aditam ab heredibus institutis, accepta nimirum bonorum possessione vnde liberi, vt *l. quia autem*, §. *vlt. si quis omissa causa test.* Filius autem suus præteritus siue accipiat bon. possessionem contra tabul. siue omittat, & suo iure veniat ab intestato ex 12. tabul. nulli præstat legatum. Hæc differentia proponitur initio huius legis 15. Non est autem, quod Accursio in dubium venit, vt nobis dubium aut mirum videatur, si suus heres, qui solus iure ciuili ab intestato heres est, tabulis test. in quibus præteritus est, ipso iure nullis, non mirum, si veniat ad bonorum possessionem contra tabul. si eam amplecti malit, quam iure ciuili niti. Nam id plerumque facit, vt occurrat heredibus scriptis. Qui, & si tabulæ testamenti nullæ sint iure ciuili, quia nullæ tamen non sunt iure prætorio, secundum eas bonorum possessionem petere, & accipere possunt, prætore vtique eam daturo sine cunctatione, sine controuersia, si modo obsignatæ sint, non minus quam septem testium signis. Tabulas enim, quas ita obsignatas cernit prætor, si modo testatorem & ciuem Romanum & patremfamilias fuisse mortis tempore constet, pro iustis habet, & legitimis semper: atque adeo secundum eas dat bonorum possessionem heredibus scriptis, licet iure ciuili iniustę sint, aut nullæ, vel ruptæ, vel irritæ, vel etiam falsæ. Qua de re postea quæritur, & prout de iure constiterit tabularum, bonorum possessio, quæ data est, vel sine re constituitur, vel rem trahit secum. Quod ostenditur in *l. postumus, de iniust. rupto testam. l.* 1. *C. de iis, qui sibi adscribunt*, §. *non tamen*, *Institut. quibus modis testament. infirm.* Et Vlpianus *libro singul. tit. quemadmodum testam. rump. Si septem signis testium*, inquit, *testamentum signatum sit, licet iure ciuili ruptum aut irritum factum sit, prætor scriptis heredibus iuxta tabulas bonorum possessionem dat.* Quæ bonorum possessio cum re, id est, cum effectu, inquit, habetur, si nemo alius iure heres sit. Et similiter in edicto translatio Caij Verris, *si de hereditate ambigitur*, inquit, *& tabulæ testamenti obsignatæ, non minus multis signis, quam lege oporteat, ad me preferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo.* Hoc igitur prætor, a quo petitur bonorum possessio secundum tabul. tantum obseruat, an sint obsignatæ septem testium signis, ac si ita obsignatæ sint, sine mora protinus dat bonorum possessionem secundum tabul. Cui rei, vt viam præcludat filius suus præteritus, plerumque ab eodem prætore festinat petere bonorum possessionem contra tabulas, qua rescindat tabulas, atque ita excludat heredes scriptos a bonorum possessione secundum tabul. Et hæc quidem dicimus de vno filio præterito vel suo, vel emancipato. Vtroque autem præterito, emancipato scilicet & suo, & vtroque accipiente bonorum possessionem contra tabulas, quidam existimabant, vt Paulus refert hoc loco, quod ex sua persona non habet emancipatus, id eum habere per fratrem suum, qui fuit in familia mortis tempore, sicut euenit sæpe in iure, vt quod quis non habet ex sua persona, quod quis non habet per se, habeat per alium *l. cum hereditate, de adquir. hered. l. Aristo, in fine, quæ res pignori oblig. possunt.* Id, inquam, existimabant habere emancipatum, per fratrem suum videlicet, vt nemini legata præstet, ne exceptis quidem personis, sicut nec suus cuiquam præstat legata, licet acceperit bonorum possessionem contra tabulas, quia & non concurrente emancipato, suus solus iure legitimo assem obtineret. nec cuiquam præstaret legata. Verum Accursius hoc loco, illorum opinionem, quam refert Paulus, improbat, quasi æquius sit, vt emancipatus legata præstet exceptis personis, etiam suo præterito, & concurrente in agnitione bonorum possessionis contra tabul. Quod tamen Accursius male colligit ex *l. si duo*, quæ sequitur in hoc titulo: quia ea lex de emancipato herede instituto loquitur, non de præterito. Et facilius vtique institutus, quam præteritus legatis obstringitur, quod par sit, atque conueniens, eum qui institutus est, qui hoc honore a defuncto affectus est, tueri eius voluntatem, saltem in præstandis legatis defuncti liberis,

liberis, aut parentibus. Id tamen melius comprobabitur argumento *l.pen.§.legata, sup.tit.prox.* vbi suo exheredato, emancipato præterito, & herede scripto non adeunte hereditatem propter præteritum, atque ita exheredatione irrita facta non adita hereditate, dicitur suum quidem nulli præstare legata, emancipatum tamen præstare legata exceptis personis, deminuta tamen in partem dimidiam, quæ suo relinquitur. Quæ ratio seruatur suo exheredato, & exheredatione irrita facta & emancipato præterito: quæ distinctio in legatis præstandis ab emancipato non a suo, cur non obseruabitur eadem suo præterito, & emancipato quoque præterito? Non erat tamen inelegans ratio, qua nitebantur ij, quorum opinionem hoc loco refert Paulus, quam rationem supra satis luculenter explicauimus. Nunc dicamus de filio herede instituto, vel suo, vel emancipato. Et in vtroque commune hoc est, vt & filius emancipatus, & filius suus heres institutus, tertio filio præterito committente edictum, si accipiat bonorum possessionem contra tabulas, exceptis personis legata præstet, vt *l.5.in princ. hoc tit.l.14.supr.tit.prox.* Sin autem vel ex testamento adeat hereditatem filius emancipatus, aut ab intestato hereditatem possideat in fraudem legatariorum, vel filius suus ex testamento aut ab intestato similiter in fraudem legatariorum immisceat se bonis, legata omnibus præstet, *l. si filius 23. si quis omissa causa testam. & d.l.* 14. Id tamen inter prudentes controuersum fuit, an filius suus heres institutus, qui miscuisset se, vel filius emancipatus, qui adiisset hereditatem, cogeretur præstare legata omnibus, & ea controuersia quemadmodum dirimenda sit, paulo infra demonstrabitur. Verum iis, quæ hactenus diximus, congruit quod sequitur in §. *sed si vnus*, quæ supra sunt iam explicauimus. Si duo sint filij emancipati, vnus heres institutus, alter præteritus, & vterque petat bonorum possessionem contra tabulas: recte ait Paulus, tam institutum, qui se coæquat præterito, competita bonorum possessione contra tabulas, quam præteritum præstare legata exceptis personis, non omnibus. Sed, hac in re attentione opus est, sicut & in omni hoc tractatu, qui tamen non est adeo difficilis, vt si quis paulum modo attentus sit, non possit eum adsequi: sed cognitio huius iuris prætorij perquam vtilis & necessaria est. Si duo sint filij emancipati, vnus institutus, alter præteritus, est hic alius casus, & solus heres institutus acceperit bonorum possessionem contra tabulas, præteritus, qui commisit edictum, qui locum fecit edicto, qui instituto patefecit viam adeundi prætoris, & petendæ bonorum possessionis contra tabulas, eam repudiarit, rectissime etiam ait, institutum præstare legata omnibus, perinde atque si adiisset hereditatem ex testamento, vel quod idem est, quodve tantundem potest, si secundum tabulas bonorum possessionem accepisset, quia nihil ei præteritus abstulit, & sine obstaculo præteriti assem habet ex voluntate defuncti. Vnde par est, perinde ac si commissum non esset edictum, & per omnia eum voluntatem defuncti conseruare, ac tueri, denique legata præstare omnibus & fideicommissa. Et vt in hanc rem eleganter ait lex 14. quæ præcedit in hoc titulo, *Occasio emancipati præteriti non debet institutum lucro afficere*, id est, exonerare præstatione legatorũ omnium, cum præteritus iure suo non vtatur, atque adeo cum preteritus nemo fuisse videatur, cum edictum commissum fuisse effectu ipso non videatur, neque vero sit. Ergo cum præteritus, qui commisit edictum, iure suo non vtitur, id est quum repudiat bonorum possessionem contra tabulas, bonorum possessio contra tabulas quam heres scriptus petere anteuortit, petere occupauit, vt potuit *l. si post mortem, §. vlt. sup. tit. prox.* ea, inquam, bonorum possessio contra tabulas, quam heres scriptus ante præteritum, non exspectato præterito, petere occupauit, postea præterito repudiante, redigitur ad ius & conditionem bonorum possessionis secundum tabulas, ac proinde omnibus legatis præstandis obstringitur, non secus, quam si bonorum possessionem secundum tabulas accepisset, & quod memini me dicere etiam in *l. 6. de bon. possess.* migrat bonorum possessio ex vno iure in aliud, bonorum possessio contra tabulas vertitur in bonorum possessionem secundum tabulas. Quid autem dicemus e contrario, si e duobus filiis emancipatis vnus heres scriptus sit, & adierit hereditatem ex testamento, alter vero præteritus acceperit bonorum possessionem contra tabulas? Quo casu sciendum est omnino, prætorem tueri heredem scriptum in partem dimidiam bonorum, si ex dimidia parte, vel etiam si ex maiore parte, quam dimidia scriptus sit: sed si ex minore parte, quam dimidia scriptus sit, veluti ex vncia, prætorem eum tueri in vnciam tantum. Qua enim ratione maiorem vncia partem habere potest, cum adierit hereditatem ex vnica tantũ, qui & ex vnica tantũ heres institutus erat? Ergo hęc ratio siue distributio tunc duntaxat seruatur, cũ heres scriptus adiuit hereditatem, vel quod effectu idem est quum accepit bonorum possess. secundum tabulas. nam si non adierit hereditatem, sed acceperit bonorum possessionem contra tabulas, etiamsi ex vncia tantum heres scriptus sit, tuendus est in semissem, in dimidiam partem bonorum, altera dimidia filio præterito relicta, perinde atque si ambo ab intestato succederent. Vnde etsi ex maiore parte fuerit scriptus, veluti ex dodrante, vel ex asse, non est tuendus vltra semissem, vltra dimidiam, quod ostenditur in *l. 8. §. vlt, & l.pen. §. videamus,* illo loco, *& hoc sit consequens, sup.tit, prox.* Aliter ergo fit distributio bonorum inter filium heredem institutum, & filium præteritum, quum heres institutus adiuit hereditatem, aut petiit bonorum possessionem secundum tabulas, aliter, quum petiit bonorum possessionem contra tabulas, eodemque iure venit ad bona, quo & præteritus iure prætorio, & beneficio bonorum possessionis contra tabulas. At videamus nunc in casu proposito, cum heres scriptus adiuit hereditatem, præteritus accepit bonorum possessionem contra tabulas quid statuendum sit de legatis in testamento relictis? Et Paulus ait, præteritum quidem præstare legata exceptis personis tantum, quod est certissimum. At dubitatur, & vero dubitare se ait Vlpianus in *l.seq.* an heres institutus, qui adiuit hereditatem omnibus debeat præstare legata? an exceptis tantum personis in hoc edicto? tandem Paulus concludit, heredem institutum, siue eum tutatus sit prætor in partem dimidiam, siue in partem minorem, ex qua heres scriptus erat, heredem, inquam, institutum non omnibus præstare legata, sed exceptis personis tantum, sicut præteritum. Hac ratione, quia etsi contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, tamen hac ratione eum prætor tuetur, & consociat fratri præterito, quod sit ex liberis, qui contra tabulas petere potuerunt bonorum possessionem, quamuis non petierit, sed adiuerit hereditatem. Non est igitur onerandus supra quam oneretur is, qui contra tabulas bonorum possessionem petiit. Verba Pauli hæc sunt: *nam & prætor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt, quamuis non petierit contra tabulas, sed adiuerit hereditatem.* Contra Paulum Africanus scribit in *l.14.sup.tit.prox.* eum, qui adiit hereditatem, legata præstare omnibus, etiam extraneis, non exceptis personis tantum: Hac ratione, quia adeundo hereditatem, iudicium defuncti secutus est, & approbauit, ergo id exsequi, & adimplere debet. Sane hoc etiam loco Paulus fatetur, rem fuisse controuersam. Videtur autem omnis controuersia dirimi posse, adhibita distinctione huiusmodi: Aut filio heredi instituto, qui hereditatem adiit, non minuitur portio hereditatis per concursum fratris præteriti, sed plena fruitur voluntate, vt si institutus sit ex semisse vel triente, & prætor eum tueatur in semissem vel trientem: Et hoc casu præstat legata omnibus, quod & Vlpianus probat in *l. seq.* Aut portio hereditatis, quæ ei testamento adscripta est, minuitur per concursum præteriti, nec plena fruitur voluntate, vt si institutus sit ex dodrante, & prætor eum tueatur in semissem tantum, vt fieri debere diximus ante: Et hoc potissimum casu valet sententia Pauli, vt non nisi exceptis personis legata præstare cogatur. In §. vlt. & hoc ostenditur.

Ad §. vlt.

Conditionem dandæ certæ pecunię heredi ſcripto adſcriptam legatario cuidam ex perſonis exceptis, id eſt, ex liberis & parentibus, hoc modo : *Lego illi fundum, ſi heredi ſcripto* 10. *dederit*, conditionem eam eſſe implendam in perſona filij pręteriti accipientis bonorum poſſeſsionem contra tabulas, quia & ei pręſtatio legati vice heredis incumbit. Et hoc eſt ſecundum naturam, vt quem onus ſiue incommodum ſequitur, ſequatur & commodum. Sed etſi, quod oſtenditur in §. *vlt. huius legis*, non heredi, ſed Titio extero cuidam, legatarius, qui eſt ex exceptis perſonis, dare iuſſus ſit filio pręterito, qui petiit contra tabulas bonorum poſſeſsionem, non Titio dare debet, quia reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſsionem contra tabulas ſicut extraneis non debentur legata : (Titius eſt extraneus) ita nec mortis cauſa capiones, alioquin Titio omnino dandum eſſet, *l.* 4. §. *ſi ſub conditione, de fideicommiſſ. hered.* Mortis cauſa capio eſt, quod datur & accipitur conditionis implendæ cauſa : *lego fundum, ſi Titio* 10. *dederis*. fundum tu capis iure legati, Titius 10. capit iure mortis cauſa capionis. quod alicui datur conditionis implendæ cauſa, id ille mortis cauſa capere dicitur.

Ad l. 2. De collat. bonor.

L. 2. *Cum emancipati filij nomine nepotem poſtumum poſt aui mortem editum dicimus bonorum poſſeſsionem accipere oportere : neceſſarium erit dicere, bona ſua tum conferre : licet non poteſt dici, mortis tempore aui bona habuiſſe, qui ipſe nondum in rerum natura erat. Igitur ſiue hereditatem a patre, ſiue legatum acceperit : hoc conferre debebit.*

1. §. *Illud autem intelligendum eſt, filium in bonis habere, quod deducto ære alieno ſupereſt. Sed ſi ſub conditione debeat, non ſtatim id deducere debebit, ſed id quoque conferre. Contra autem caueri ei oportebit ab eo, qui in poteſtate eſt, vt exſiſtente conditione defendatur pro ea parte, quam contulit.*

2. §. *De illis, quæ ſine culpa filij emancipati poſt mortem patris perierunt, quæritur ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, ea quæ ſine dolo & culpa perierint, ad collationis onus non pertinere. Et hoc ex illis verbis intelligendum eſt, quibus prætor viri boni arbitratu iubet conferri bona. Vir autem bonus non ſit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo nec culpa deſiit habere.*

3. §. *Id quoque, quod ſub conditione ex ſtipulatu debetur, emancipato conferri debet. Diuerſum eſt in legato conditionali : quia etſi in poteſtate fuiſſet, & poſt mortem patris conditio exſtitiſſet, ipſe haberet actionem.*

4. §. *Emancipatus filius ſi iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet : magis enim vindictæ, quam pecuniæ, habet perſecutionem. Sed ſi furti habeat actionem, conferri debebit.*

5. §. *Si tres emancipati, duo in poteſtate ſint : Caius Caſsius libro ſeptimo iuris ciuilis tertias conferendas puta, vt emancipati, quia inuicem non conferunt, vnius loco ſint. nec indignari eos oportere, ſi plus conferant, & minus accipiant, cum in poteſtate eorum fuerit, bonorum poſſeſſionem omittere. Iulianus quoque Caſſii ſententiam ſequitur.*

6. §. *Si ex emancipato filio nepos emancipatus, mortuo patre ſimul & auo, bonorum poſſeſſionem vtriuſque acceperit, cum vterque eorum ſuum heredem reliquerit : eo modo collatio explicari poteſt : vt ſi (verbi gratia) centum in bonis habuit : & patruo quinquaginta, & fratri quinquaginta conferre debet. Hoc enim ratio facit, ſiue perſona, ſiue portiones numeremus.*

7. §. *Si duo nepotes ex filio mortuo emancipati bonorum poſſeſſionem aui petant : vtrum dimidias, an quartas patruo conferre debeant, quæritur? Et verius eſt, ſemiſſes conferre eos oportere. Quia etſi viuo auo, cum in eius poteſtate eſſent ducenta (puta) adquiſiſſent : centum filius, centum duo fratres, per hereditatem aui haberent.*

8. §. *Si duo emancipati bonorum poſſeſſionem petierint : & vnus contulerit, alter non contulerit : huius portio tantum ei, qui in poteſtate eſt, prodeſſe debet, non etiam emancipato. Quoniam eius cauſa, qui in poteſtate eſt, denegantur ei actiones.*

9. §. *Si per inopiam emancipatus cauere non poſſit : non ſtatim ab eo transferenda eſt poſſeſſio. Sed ſuſtinendum, donec poſſit inuenire fideiuſſores, vt tamen de his, quæ mora deteriora futura ſunt his, qui in poteſtate ſunt, actio detur, ipſique caueant, in medium collaturos ſi cautum eis fuerit.*

Sciendum eſt liberos emancipatos, qui ſimul cum ſuis, qui in poteſtate parentis remanſerunt, defuncto parente communi ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel ad bonorum poſſeſſionem, *vnde liberi*, venire deſiderant, antequam petant bonorum poſſeſſionem, aut reipſa bona propria, quæ habuerunt tempore mortis, patris vel aui communis, & quæ, ſi emancipati non fuiſſent, ei acquiſituri erant iure patriæ poteſtatis, ea debere viri boni arbitratu in medium conferre, & in commune redigere, quod in idiotiſmo eſt, *raporter*, aut datis fideiuſſoribus cauere debere, ſe ea bona collaturos, communicaturos. Dico, *filios emancipatos* bona propria conferre, non ſuos. Nam ſui nulla bona propria habere poſſunt, quæ in collationem cadant. Caſtrenſia enim & quaſi caſtrenſia bona, qualia fere tantum bona ſui habere poſſunt nulli liberi conferunt, ſed ea ſibi excipua, aut præcipua, habent, *l.* 1. §. *nec caſtrenſe, hoc tit.* Et ratio æquitatis huius edicti apertiſſima redditur in *d. l.* 1. *in princip.* Et eleganter ab Vlpiano in Inſtitut. his verbis : *æquiſsimum putauit prætor, neque emancipatos bonis paternis carere per hoc, quia non ſunt in poteſtate, neque præcipua bona propria habere, cum partem ſint ablaturi ſuis heredibus*, qui ſcilicet ſoli iure ciuili heredes ſunt, vt didicimus ex *l.* 15. *ſup. tit. prox.* Hoc cognito, videamus. quæ ſpecies proponatur initio huius legis ſecundæ. Ea, meo quidem iudicio, cui & deprehendi omnino congruere iudicium Græcorum interpretum, eſt huiuſmodi : Patremfamil. habuiſſe filios duos, vnum emancipatum, alterum ſuum, & filium emancipatum eo tempore emancipaſſe, quo nurus, vxor eius prægnans erat, eundemque filium emancipatum, prægnante adhuc, nondum enixa vxore, vita deceſſiſſe, patre ſuperſtite, ac deinde patrem vita deceſſiſſe, relicto altero filio, quem habuit in poteſtate, & poſt mortem patris vxorem filij emancipati filium enixam eſſe, qui defuncto patri nepos eſt ex filio emancipato, eique quaſi ſuccedenti in locum filij emancipati ſui patris, ſi præteritus ſit teſtamento aui, deferri bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vna cum patruo, ſiue patruus heres inſtitutus ſit, cui idem edictum committitur, ſiue & ipſe patruus præteritus ſit, vel vtrique ab inteſtato deferri bonorum poſſeſſionem vnde liberi. Ait lex, *cum emancipati filij nomine nepotem poſtumum poſt aui mortem editum dicimus bonorum poſſeſsionem accipere oportere, &c. Emancipati filij nomine* hoc loco, id eſt, quaſi ſuccedentem nepotem poſtumum in locum filij emancipati patris ſui, vel, vt vulgo loquimur, quaſi repræſentantem patrem ſuum. In Baſilicis rectiſsime ὡς εἰς τόπον τοῦ ἰδίου πατρὸς ὑπεισιόντα, *quaſi ſuccedentem, aut ſubintrantem locum patris ſui*, filij emancipati ſcilicet. Et hoc iure ſcilicet fretum, poſt mortem aui editum poſtumum nepotem, bonorum poſſeſsionem accipere, & & concurrere cum liberis relictis in poteſtate aui patruis ſuis. Conſequens igitur eſſe, vt patruis ſuis, patruove ſuo, conferat bona propria, quoniam bonorum poſſeſsio, quæ datur emancipatis, aut iis, qui ex emancipatis procreati ſunt, ſemper habet adiunctum onus collationis bonorum propriorum, concurrentibus ſuis heredibus. Dubitationem faciebat edictum pretoris, quo cauetur nominatim, vt liberi emancipati, vel qui ex emancipatis liberis nati ſunt, quorum eſt eadem ratio, *l.* 6. *in princ. ſup. tit. prox.* conferant bona propria, quę habuerunt tempore mortis parentis, de cuius bonis agitur, *l.* 1. §. *qui ab hoſtibus*, & §. *ſi ab ipſo & l. pen. hoc titul. leg.* 6. 12. 15. *Cod. de collationibus.* Atquin is nepos ex filio emancipato tempore mortis aui, quo nondum exierat vtero matris, nulla habuit bona. Ita eſt.

eſt. Ergo nihil patruo videtur debere conferre. Sed cum in locum patris ſui, vicemque ſuccedat, & vna cum patruo veniat ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas vel vnde liberi, hoc caſu neceſſitati ſuccumbimus, neceſſitas rei id exigit. *neceſſarium eſt*, inquit, *dicere, non habita ratione verborum edicti*, compellendum eum eſſe ad collationem bonorum, quæ a filio emancipato patre ſuo, in cuius locum ſucceſſit poſt mortem aui, ad eum peruenerunt iure hereditario, vel ſi exheredatus ſit, iure legati, aut fideicommiſſi. Et ita ponenda atque explicanda eſt ſpecies, de qua agitur initio huius legis. Nihil eſt neque certius neque manifeſtius. Caſum Azo male ponit: Filium emancipatum bonorum poſſeſſionem tranſmiſiſſe in poſtumum heredem ſuum, & nepotem poſtumum bonorum aui poſſeſſionem petiiſſe filij emancipati patris ſui nomine, id eſt, ex perſona filij emancipati, quaſi ab ea ad ſe tranſmiſſa: male, inquam, quia Paulus ait, nepotem poſtumum bona ſua debere conferre, bona ſua omnino. In caſu Azonis conferre debere non ſua, ſed patris bona, quæ ſcilicet pater ipſe fratri relicto in poteſtate conferre debuit. Item Paulus ſpectat, quid nepos habuerit in bonis moriente auo, vel paulo poſt habere cœperit in lucem editus, quod in caſu Azonis non ſpectaretur, ſed ſpectaretur id duntaxat, quod pater, id eſt, filius emancipatus habuit in bonis tempore mortis aui. Item in caſu Azonis, nepos veniret ad bonorum poſſeſſionem, & collationem, tanquam heres filij emancipati patris ſui. At Paulus ait, eum venire, etiamſi heres non ſit filij emancipati patris ſui, ſi ei legauerit tantum pater, non heredem eum inſtituerit: Venit ergo ex perſona ſua, non ex perſona filij emancipati patris ſui. Pergamus ad reliqua.

Ad §. 1.

Sequitur in §. 1. *huius legis*. In hoc edicto, quum dicitur, filium emancipatum bona propria filio ſuo, id eſt, filio defuncti ſuo conferre: bona intellige, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, vt in lege Falcidia. Et fere in omnibus partibus iuris, id eſt, deducto eo, quod filius emancipatus aliis pure debet, *l. 6. C. de collat.* Pure, inquam: nam quod debet ſub conditione, non deducit, ſed confert fratri ſuo, ſi modo ei frater ſuus, cui id confert, contra caueat, vbi conditio extiterit, defenſum iri eum aduerſus creditorem pro parte pecuniæ debitæ ſub conditione, quam contulit. Notanda eſt illa locutio, *contra cauere*. Et rurſus bona intellige, quæ filio emancipato ſalua & incolumia poſt mortem patris permanſerunt, non quæ perierunt ſine dolo malo & culpa eius. Dolum enim malum & culpam leuem ipſe præſtat, id eſt, confert, quæ dolo malo eius, vel culpa poſt mortem patris deperierunt ex propriis bonis in fraudem ſuorum, §. *de illis, in hac lege*. Ceterum vim maiorem non præſtat. non confert ergo quæ caſu maiore amiſit poſt mortem patris, quod & ſatis notat Paulus edicto expreſſum videri, dum prætor iubet collationem bonorum propriorum a filio emancipato fieri viri boni arbitratu, quia vir bonus non eſt arbitratus conferendum eſſe a filio emancipato id, quod nec habet, nec dolo malo, aut culpa deſiit habere. Et hæc etiam verba nominatim inſerta fuiſſe edicto, *viri boni arbitratu bona propria conferri*, oſtendit *l. 5. §. vlt. hoc tit.* Præterea bonorum appellatione in hoc edicto contineri non res tantum corporales, ſed etiam iura, quæ pertinent ad filium emancipatum, nomina ſua, obligationes, actiones, & nomina ſua tam pura, quam conditionalia, nomina aliena pura deduci, ante dictum eſt, conditionalia conferri; nomina ſua & pura & conditionalia conferri: Nam & quod ſibi debetur ſub conditione, filius emancipatus confert, id eſt, nomen illud conditionale confert in medium, obligationem illam conditionalem, quod, inquam, ſibi debetur ex ſtipulatu, vel ex quocunque alio contractu, non quod ſibi legatum eſt ſub conditione: quia ea tantum confert emancipatus, quæ viuo patri acquiſiuiſſet, non ſibi, ſi non exiiſſet ex eius poteſtate, ſi emancipatus non fuiſſet. Atquin ſi emancipatus non fuiſſet, ex ſtipulatione conditionali patri adquiſiuiſſet ſtatim, etiam ſi poſt mortem patris conditio exſtitiſſet. ergo eam obligationem conferre debet. Ex legato autem conditionali ſibi acquiſiuiſſet, ſi conditio legati poſt mortem patris exſtitiſſet, *l. 78. de verb. oblig. l. 18. de reg. iur.* Ergo legatum conditionale conferre non debet. Hæc eſt differentia notiſſima inter ſtipulationes & legata, quam & hoc loco Paulus attingit in *§. id quoque*. Id quoque, inquit, quod ſub conditione ex ſtipulatu debetur emancipato, ſubdiſtingue, *debetur*, vt in Florentinis. Et ita ergo legito: *Id quoque, quod ſub conditione ex ſtipulatione debetur emancipato, conferri debet*: Differentia, *inquam*, illa notiſſima eſt. In ſtipulationibus ſpectatur tempus contractus: in legatis tempus, quo dies legatorum cedit. Ergo tempus, quo conditio legatorum exſiſtit, non tempus facti teſtamenti. In ſtipulationibus tempus, quo contracta eſt ſtipulatio, non tempus, quo conditio ſtipulationis exſtitit. Qua ratione & ſtipulatio conditionalis in heredem tranſmittitur pendente conditione: legatum conditionale, non item, *l. 5. quando dies legati ced. §. ex conditionali, Inſtitut. de verb. oblig.* Stipulator conditionalis creditor eſſe dicitur, non etiam legatarius conditionalis, qui nec conditionalis creditor dicitur, antequam conditio exſtiterit, *l. 42. de obligat. & act. l. qui in fraudem 27. qui & a quibus man.* Quod ergo dixi, nomina conditionalia venire in collationem, & generaliter omnes obligationes, omnes actiones, quæ filio emancipato competunt, quia & hæc intelliguntur eſſe in bonis emancipati; ab ea definitione generali primum excipiamus ea, quæ ex teſtamento debentur filio emancipato ſub conditione, quia nec proprie ei debentur, antequam conditio exſtiterit; quod ſatis liquet ex ſuperioribus. Deinde in §. *emancipatus* huius legis, excipiamus actionem iniuriarum: quia & hæc actio non intelligitur eſſe in bonis filij emancipati ante litem conteſtatam, *l. 28. de iniur.* quandoquidem non pecuniæ, aut rei familiaris, ſed vindictæ tantum perſecutionem habet, *l. prætor, §. 1. eod. tit.* Nec igitur quamcunque aliam actionem confert filius emancipatus, quæ ſit ſimilis actioni iniuriarum: non actionem de moribus, quia & hæc vindictæ, non rei perſecutionem habet. Actionem furti confert vt ait Paulus, quia pecuniæ perſecutionem habet: id eſt duplum vel quadruplum eius pecuniæ, quæ mihi abeſt, vel quæ mihi furto ablata eſt. At actio iniuriarum, non pecuniæ, ſiue rei familiaris, quæ abſit actori, ſed honoris imminuti vlciſcendi perſecutionem habet. Vnde & actiones populares, quæ ius populo tuentur, & omnibus patent, filius emancipatus non confert, veluti actionem ſepulchri violati, actionem albi prætoris corrupti, actionem ex edicto de iis, qui deiecerunt vel effuderunt, interdictum de via publica. Et in ſumma omnes actiones populares filius emancipatus non confert, quia actiones populares Reipublicæ aut vindictæ publicæ magis, quam pecuniæ, aut rei familiaris perſecutionem habent, & cuilibet competunt ex populo, nec in cuiuſquam bonis priuatim eſſe intelliguntur ante litis conteſtationem, *l. 12. de verb. ſignif. l. pœnales, ad leg. Falcidiam, l. licet, de procurat.* Et vt de actione iniuriarum ait Vlpianus in *d. l. 28. de iniur.* iniuriarum actionem in bonis noſtris non computari antequam litem conteſtemur, actionem iniuriarum non eſſe in bonis ante litem conteſtatam, ita licet idem omnino dicere de quacunque populari actione, eam non eſſe in bonis ante litem conteſtatam: occupatione ſola fieri iuris noſtri. Quod & hoc loco ſcripſiſſe Paulum peruincit, & coarguit lex *penult. de popul. act.* quæ eſt ex hoc libro 41. in qua & Paulus, vt hoc confirmaret magis, ait, *etiam in reſtitutione hereditatis ex Senatuſconſulto Trebelliano populares actiones non venire*: reſtituta hereditate ex Senatuſconſulto Trebelliano populares actiones non tranſire in fideicommiſſarium: quia neque in bonis, neque in hereditate fuiſſe intelliguntur. Et vt ſubiicit in eadem *l. pen. qui habet actiones populares, non intelligitur eſſe locupletior.*

Ad §. si tres, & duos seqq.

Legem 2. de collat. bonor. duxi a principio vsque ad §. *si tres emancipati*, quem nunc explicabo, & reliquos omnes, qui sequuntur. Vt intelligatur §. *si tres emancipati*, atque etiam duo qui sequuntur, sciendum est, liberos emancipatos his fratribus solis bona propria conferre, qui patris sui heredes sunt, id est, qui in potestate patris fuerunt tempore mortis, & quibus tametsi iure ciuili omnia bona paterna ad eos solos pertineant, beneficio prætoris auferunt eorum bonorum partem virilem: emancipatos autem ipsos, inuicem bona propria non conferre, quia iura eorum patria sunt, nec quicquam alter alteri aufert, *l. 1. §. vlt. hoc tit. l. 9. C. de collat.* Denique collationem bonorum propriorum, quam emancipati faciunt, iis solis proficere, qui in potestate sunt, non etiam emancipatis inuicem, vt est scriptum in *l. 3. seq. §. Iulianus.* Hoc cognito videamus, quam liberi emancipati distributionis rationem seruent in conferendis propriis bonis, quamque in auferendis paternis bonis. Aliud in hoc titulo est, *bona conferre*, aliud *auferre*, vel *ferre*, vel *accipere*. Bona paterna emancipati ferunt & auferunt suis, ex parte: bona autem propria conferunt suis, etiam ex parte. Et in ferendis quidem bonis paternis plerunque partium distributio fit pro numero liberorum, id est, quot sunt liberi emancipati, quotque sui, tot fiunt partes bonorum paternorum, & singuli singulas ferunt, vel retinent. In conferendis autem propriis emancipatorum bonis, aliquando distributio fit pro numero liberorum, aliquando non pro numero liberorum, sed κατ' ἀναλογίαν partium, pro ratione portionum legitima & congrua. Sed hoc omne appositis exemplis explanandum est. Et primum quidem, si vnus sit filius emancipatus, vnus suus, ambo præteriti, vel emancipatus præteritus, suus heres institutus ex asse, tam patris, quam filij emancipati bona diuiduntur in duas partes, ita vt filius emancipatus dimidiam partem bonorum paternorum ferat, & alteram dimidiam partem frater retentus in patris potestate retineat, & similiter bonorum propriorum partem dimidiam fratri suo conferat, partem alteram sibi retineat. Atque ita fit diuisio pro numero liberorum. Duo sunt liberi, & duæ quoque partes fiunt vtrorumque bonorum. Eadem ratio seruatur, si sint duo filij in potestate, vnus emancipatus. Nam & patris, & filij emancipati bona diuiduntur in tres partes pro numero liberorum, ita vt singuli habeant tertiam partem bonorum paternorum, & similiter tertiam partem in bonis emancipati propriis. Igitur si filius emancipatus habeat trecenta in bonis, singulis fratribus, qui sunt in potestate, centena confert, centena retinet. Similiter si in bonis paternis sint mille quingenta, filius emancipatus ex eis fert 500. mille reliqua fratres retinent, & ex æquo partiuntur inter se, *l. 1. §. pen. hoc t.* Iis casibus diuisio fit pro numero liberorum. Et eadem ratio seruatur in conferendis bonis propriis emancipatorum, quæ seruatur in conferendis siue partiendis bonis paternis. Aliquando tamen alia ratio, siue ἀναλογία seruatur in ferendis bonis paternis, & longe alia in conferendis bonis propriis, vt puta, si duo vel plures sint liberi emancipati: Nam etsi omnium liberorum personæ numerentur in partiendis bonis paternis, personæ tamen omnium non numerantur in partiendis bonis emancipatorum propriis, sed duo pluresve emancipati pro vno computantur: in ferendo, pro pluribus computantur: in conferendo pro vno: ferunt quasi plures sint vti sunt: conferunt, quasi omnes vnus sint. Vt in specie huius §. *si tres*: Si tres sint emancipati, duo in potestate, quia enim sunt quinque liberi, singuli in bonis paternis habent quintas, singuli tamen emancipati non conferunt quintas. Alioquin si personas numerarent, viderentur sibi inuicem conferre, quod ius non patitur, vt proposui initio, & ita minus conferrent, plus auferrent, sed conferunt tertias, quia pro vno computantur, vt si singuli filij emancipati habeant 300. in bonis, singuli conferunt non quintas, puta 120. id est, singulis, qui sunt in potestate sexaginta, ita vt retineant 180. duntaxat: sic fit, vt plus conferant, minus ferant. Conferunt enim tertias, & ferunt quintas tantum, & tertiæ vtique maiores sunt, quam quintæ. Nec, vt Paulus ait, propterea est, quod emancipati indignentur vel expostulent; cum sit eis in procliui, in facili, omissa bonorum possessione contra tabulas se isto onere leuare. Idemque dicemus, si duo sint emancipati, vnus suus: singuli enim emancipati ex bonis paternis ferunt tertias, quia tres sunt liberi; conferunt autem ex bonis propriis dimidias, non tertias tantum, alioquin viderentur sibi inuicem conferre: id est, collatio tertiarum non iis tantum, qui in potestate sunt, vt oportet, proficeret, sed etiam ipsis emancipatis. Plus autem, in hoc, portione: intelligo, *plus portione*, quod tamen possit esse summa minus: vt e contrario plus summa, possit esse portione minus, vt *l. seq. §. Iulianus.* Sed in hoc tractatu non summarum, sed portionum quantitas spectatur. Porro idem quoque dicemus, si duo sint emancipati, duo in potestate, bonorum scilicet paternorum, quia sunt quatuor liberi, singulos ferre quartas; bonorum autem propriorum singulos emancipatos non conferre quartas, quia hoc si facerent, sibi inuicem conferre viderentur, sed quasi vnius loco sunt, id est, perinde, atque si tres duntaxat liberi essent, vnus emancipatus, duo in potestate; conferre tertias. Sume exemplum ex *l. 1. 8. vlt. hoc tit.* eadem positione retenta, duos esse emancipatos, & duos suos: singuli emancipati habent 300. in bonis. In bonis autem paternis sunt 400. ex bonis paternis singuli ferent quartas, id est, centum: Ex bonis autem propriis singuli emancipati conferent tertias, id est, ducenta, nempe singulis iis, qui sunt in potestate 100. & retinebunt 100. vel etiam, vt in exemplo legis sequentis §. *Iulianus*, si vnus ex emancipatis habeat 100. in bonis, alter 60. Ille, qui habet 100. conferet singulis iis, qui sunt in potestate, triginta tria & trientem, in summa 66. & bessem, id est, conferet tertias, & retinebit 33. & trientem. Ille vero, qui habet 60. in bonis, conferet singulis liberis suis viginti, in summa 40. & retinebit viginti. Et hæc sufficiunt ad §. *si tres*, sequitur §. *si ex emancipato*, male explicatus ab Accursio.

Ad §. si ex emancipato.

In huius §. specie nepos emancipatus ex filio emancipato procreatus, nihil retinet ex bonis propriis, sed omnia confert. Qua ratione? in extremo dicam. finge: qui habebat filium in potestate, & filium emancipatum, & ex filio emancipato nepotem vnum emancipatum a filio emancipato patre suo, & alterum nepotem retentum in potestate filij emancipati, simul & pariter vno eodemque momento periit ruina vel naufragio vna cum filio emancipato: nepos emancipatus præteritus tam patris sui, quam aui testamento, qui bonorum possessionem accepit contra tabulas vtriusque, si centum habuerit in bonis, exempli gratia, is patruo conferre debet 50. id est, dimidiam suorum bonorum, quia ei aufert dimidiam ex bonis aui, & fratri æque conferre debet alia 50. quia & ei similiter aufert dimidiam ex bonis patris, atque ita nihil retinet sibi. Et est tamen ea distributio rectissima, siue personas numeres, siue portiones. Ratio hæc est, quia duæ hereditates sunt, de quibus agitur, non vna: vna hereditas patris, quæ fratri defertur retento in potestate, alia hereditas aui, quæ patruo defertur, qui fuit in potestate aui, quarum hereditatum, vti oportet, ratione habita separatim, atque distincte, quemadmodum ille nepos ex bonis patris fert dimidiam, & ex suis confert dimidiam fratri, ita ex bonis aui fert dimidiam similiter, & ex suis confert dimidiam patruo. Eademque est ratio personarum & portionum, per quam fit necessario, vt nihil apud eum remaneat ex suis bonis, qui tamen retineret 33. & trientem, si de vna tantum hereditate ageretur, vt in *l. seq. §. Iul.* Sequitur §. *si duo nepotes.*

Ad §. si duo nepotes.

IN huius §. specie, nec in ferendis paternis bonis, nec in propriis conferendis distributio fit pro numero liberorum, sed pro portionum ratione legitima. Species hæc est: Quidam decessit relicto vno filio in potestate, & duobus nepotibus ex altero filio iam mortuo, à se emancipatis, qui ex causa præteritionis, vt dictum est in *l.* 11. *de bonor. possess. cont. tabulas*, eo iure vocantur ad bonorum possessionem contra tabulas vna cum patruo, quo vocarentur ad hereditatem iure ciuili, si emancipati non essent, nempe vocantur in dimidiam partem, siue duo sint, siue tres, siue quinque vel decem, id est, vocantur in partem, quam pater eorum si viueret habiturus esset, quem repræsentant, cuiusve locum subeunt, vocantur in stirpem, non in capita. Alteram vero partem dimidiam retinet patruus, atque ita tantum habet patruus, quantum ceteri omnes nepotes. Singuli igitur nepotes ex bonis aui secundum hanc rationem ferunt quartas, non tertias, cum sint duo nepotes, vt posui: diuidunt enim inter se dimidiam bonorum paternorum ex æquo. Vnde quæritur, vtrum patruo ex bonis propriis conferant quartas: quia singuli ferunt quartas, an dimidias: quia ambo ferunt dimidiam? Et ait, eos, quasi scilicet vnius loco sint, vt ait lex 7. *hoc tit.* puta patris sui loco, quem repræsentabant conferre dimidias propriorum bonorum: quia, quæ ratio est euidentissima, etsi emancipati non fuissent, & singuli ducenta acquisiissent auo mortuo, ea inter eos & patruum diuiderentur ex portionibus æquis, id est, in duas dimidias. Itaque non personas numerant, sed portiones, siue partiantur cum patruo bona auita, siue bona propria. Denique & in hereditate aui, & in collatione bonorum propriorum vnius loco sunt, *d. l.* 7. Et hoc vult §. *si duo.*

Ad §. pen.

IN §. pen. huius legis, ostenditur filium emancipatum præteritum, qui bona propria non confert, per contumaciam scilicet, sic est hoc accipiendum, non confert, inquam, filio, qui fuit in potestate, vel non admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, vel si iam eam acceperit, ei denegari possessorias siue hereditarias actiones, vt *l.* 1. §. *si frater*, & §. *si cum duobus*, *hoc tit. l.* 11. *l.* 14. *C. de collation.* & vt est in *l. seq. paulo post principium*, totam hereditatem siue omnia bona patris apud suum heredem remanere. Vnde si duo sint emancipati, (quæ est species §. pen.) vnus suus heres, & ex emancipatis alter conferat, alter per contumaciam non conferat, portio non conferentis remanet apud heredem suum, qui fuit in potestate morientis, cuius etiam causa illi denegantur actiones. Nec in ea portione igitur non conferentis, quidquam habet alter filius emancipatus, qui bona sua contulit.

Ad §. vlt.

AD §. vltim. notandum est, collationem aut reipsa fieri, bonis in commune collatis & diuisis, aut fieri cautione, puta emancipato promittente stipulanti suo heredi datis fideiussoribus, (Nam hæc cautio satisdatio est,) se bona collaturum, quæ moriente patre habuit, *l.* 1. §. *iubet, hoc tit. l. pen.* §. *videamus, de bonor. possess. cont. tab.* Et re quidem ipsa fit plerunque collatio post petitam bonorum possessionem. Cautione autem interposita fieri solet ante petitam bonorum possessionem contra tabulas, vel vnde liberi, vt Paulus scribit 5. *Sent. tit.* 8. & probat lex quæ sequitur §. *emancipatus præteritus.* Sed & post petitam, & acceptam bonorum possessionem, eo quoque modo, id est, cautione fieri posse collationem, eadem lex, quæ sequitur, ostendit in principio. Quid tamen (hæc est quæstio §. vltimi) si post acceptam bonorum possessionem filius emancipatus per inopiam, de conferendo cauere non possit: per inopiam, inquam, quia vix vlli inueniuntur, qui pro inope fideiubere velint, vt *l. denuntiasse, in fine, ad leg. Iul. de adulter. l. si constante* §. *quotiens, sol. matrim. l.* 2. *de custod. reor.* Quid ergo, si propter inopiam post petitam bonorum possessionem, & acceptam, filius emancipatus non possit cauere, non possit satisdare, an statim ab eo possessio transferenda est? an statim possessione quasi præmature accepta, aut quasi non iure accepta expellendus est, an statim bonorum possessio sine re constituenda est? minime. Verum, vt Paulus ait, adhuc sustinendus est, donec possit inuenire fideiussores, ita tamen, vt interim iis, qui sunt in potestate, permittatur distractio, siue auctio rerum, quæ tempore perituræ, aut mora deteriores futuræ sunt, rerum quæ seruando seruari non possunt, veluti frugum; præstita tamen cautione, se pecuniam, quam ex venditione redegerint, in medium collaturos, vbi de collatione ab emancipato eis cautum fuerit. Vel etiam, vt in *l.* 1. §. *si frater, hoc tit.* curator est constituendus portioni filij emancipati non cauentis, vt eam portionem administret interim, quoad inuenerit fideiussores. Et ita est explicandus §. *vlt.* In quo animaduertendum est illo loco, *actio detur*, more vetusto scriptum esse, *actio*, pro *auctio.* Quod interpretes neque Græci, neque Latini assecuti sunt. Mos est auctoribus frequens, vt dicant, vel scribant, *actor* pro *auctor*, & *actio* pro *auctio.* Puto Paulum etiam hic quæsiisse de loco, quo emancipatus de conferendo cum satisdatione cauere debet, quæsiisse quo loco eam cautionem emancipatum suo præstare oporteret, & docuisse, ibi eum ea de re cauere debere, vbi domicilium habet, vbi sedem bonorum & fortunarum suarum collocauit, vbi bona propria habet, *vt l.* 5. §. *vlt. vt leg. nom. cau.* Quapropter senatores populi Romani cauere debere in vrbe, quoniam in vrbe domicilium habent, vel in patria originis suæ, quia & ibi domicilium habent, senatores vtroque loco domicilium habere intelliguntur, in vrbe & in patria germana, vt *l. filij* §. *senator*, & §. *pen. ad muncip.* Quod etiam ex hoc libro Pauli est proditum in *l. pen. de senat.* quæ ita est reddenda huic tractatui, addita hac ratione: quia dignitas non permutat domicilium. Sed adiicit, & potest quis pluribus locis domicilium habere, *l. Labeo, ad municip.* Potest quis plures patrias habere. In muliere numerabo quinque: patriam germanam siue originalem, patriam adscititiam per allectionem: patriam mariti: patriam patroni: patriam adoptatoris. Ex hoc etiam libro Pauli est lex *vlt. de coll. bon.* quæ docet.

Ad l. vlt. eod. de coll. bon.

Si quis prægnantem vxorem reliquerit, & ea ventris nomine in possessionem missa fuerit: interim cessat collatio: Nam antequam nascatur, non potest dici in potestate morientis fuisse. Sed nato conferetur.

POstumo suo nondum nato, etiamsi defuncti vxor missa sit in possessionem ventris nomine, vice bonorum possessionis contra tabul. vel vnde liberi, non conferre postumo nondum nato, quia nondum etiam postumus admisit, aut admittere potuit bonorum possessionem, nec potest etiam videri, antequam nascatur in potestate morientis fuisse: nato conferri, sed nondum nato non conferri. Recte igitur cum temperamento *l. pen. de statu hom.* ait, eum, qui est in vtero, in toto pene iure ciuili pro nato haberi. Nam hic est vnus casus, quo pro nato non habetur. Et sunt alij complures.

Ad l. 2. de coniung. cum emancip. lib.

L. 2. Nihil in hac parte edicti cauit prætor, vt legata exceptis personis nepos præstet. Sed potest superior sermo, & ad hunc casum referri: Nam absurdum est, patrem quidem eius legata præstare, ipsum vero plus habere: cum eadem conditione in eandem partem vocantur.

EX legibus quæ ex lib. 41. restant, prima est lex 2. *de coniung. cum emancip. liber.* Ex hoc edicto de coniungendis cum emancipato liberis, quod *edictum nouum* dici-

tur, & noua clausula, quia est addita nouissime a Iuliano Iurisconsulto in ordinatione edicti perpetui, quam fecit auctore Adriano Imperatore, si filius emancipatus præteritus sit, & nepos ex eo retentus in potestate, heres institutus, vel etiam præteritus, filio emancipato, in petenda bonorum possessione contra tabulas iungitur nepos ex eo retentus in potestate aui, qui tamen solus iure ciuili ad hereditatem vocabatur, quasi solus suus heres; sed ex hoc edicto patri suo coniungitur, & veniunt ambo eodem iure ad bonorum possessionem contra tabulas, quod & ex hoc libro iam habuimus supra in *l.6.§.filio,de bonor.possess. cont. tabul.* Cum quo §. ita videtur hæc lex 2. coniungi posse, vt adiicias, vtroque accipiente bonorum possessionem contra tabulas, patre emancipato & nepote ex eo retento in potestate aui, vtrumque etiam præstare legata exceptis personis, parentis testamento relicta. Ergo non emancipatum tantum, sed etiam filium, id est, nepotem retentum in potestate aui præstare legata exceptis personis, hac ratione, *quia absurdum est & incongruum, filio defuncti coniuncto nepote ex eo nato*, id est, patri coniuncto filio, *meliori conditione filium esse, quam patrem:* plus habere filium, quam patrem, cum ex hoc edicto eodem iure, eademque conditione, vt ait, coniungantur in vnam, eandemque partem. Itaque superior sermo, vt Paulus ait hoc loco, id est, superius edictum, quod est de legatis præstandis, vt & Accursius interpretatur recte, ad hunc casum non refertur, quia hoc casu etiam suus heres legata præstat exceptis personis. Cæterum hoc casu excepto, suus heres, qui cum emancipato concurrit in petenda bonorum possessione contra tabulas legata nemini præstat, *l. 15. de leg. præst.l.pen.§.videamus, de bon. possess. cont. tab.* Ait, posse superiorem sermonem, id est, edictum de legatis præstandis, referri etiam ad hunc casum. Recte, vt scilicet vterque legata præstet. Nec tamen ideo minus verum est, superius edictum de leg. prest. non referri ad hunc casum, quia in illo edicto separatur emancipatus a suo: emancipatus præstat legata exceptis personis, non etiam suus, in hoc casu coniungentur, & hæc separatio non fit. Et hæc sufficiunt ad l. 2.

Ad l.2.& 4.de vent.in possess.mit.& ad l.62.de leg.1.

L.2.Sed & si eum ediderit, qui repulsus est, discedere debet.

L. 4. Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri. §. 1. Seruis quoque mulieris qui necessarij sunt ad ministerium eius, secundum dignitatem cibaria præstanda sunt.

L.62.Si ancilla cum liberis legata sit, & ancilla sola, si non sint liberi: & liberi soli si non sit ancilla, debentur.

EX hoc edicto vxor, quam quis moriens ex se grauidam reliquit, ventris nomine mittitur in possess. bonor. defuncti, vice bonorum possessionis cont. tab. si postumus præteritus sit patris testamento, vel vice cuiuslibet alterius bonor. possessionis: Et interim, donec pariat alenda, vestienda, toleranda ex defuncti bonis, tectum etiam ei præbendum est *l.1.§.mulier, hoc tit.* quæ pars est alimentorum, *l.legatis,l. vlt. de alim.leg.* Habitatio, inquit Paulus in *l.* 4. conducenda est mulieri, si domum defunctus non habuit, id est, domum propriam. Domus appellatione proprietas significatur. Fac eum habuisse tantum habitationem in domo aliena, quam morte eius finiri constat, sicut vsum domus alienæ, *l.si habitatio,de vsu & habit.* Vel fac gratuito eum habitasse in ædibus amici cuiusdam, quibus vxorem eius, eo mortuo, dominus ædium excluserit. Et addit etiam, non tantum cibaria esse præbenda mulieri missæ in possess. ventr.nomine, quibus & se & ventrem tueatur, sed etiam serui mulieris secundum dignitatem eius, quos in ministerio habet. Verum, vt ex eod. Paulo scriptum est in *l.2.* si mulier eum ediderit, qui repulsus sit, mulierem de possess. confestim discedere oportet, vt si mortuum ediderit: nam & abortiui edi & nasci dicuntur, *l.qui mortui,de verb.signific.* Et in Hecyra Terentij, *natum abortum.* Hoc vero exemplo non male Basilica vtuntur hoc loco, si mortuum ediderit, εἰ δὲ κ. νεκροτοκήσῃ. Non est autem dubium, quin & alia multa hoc libro Paulus scripserit de hoc edicto. Et inter cætera *l.62.de leg.1.* coniecturam hoc loco facit, docuisse Paulum tractantem de hoc edicto, quod tametsi verba huius edicti ita concepta sint, *ventrem cum liberis, quibus scilicet bonorum possess. dederim, in possess. esse iubebo.* tamen etiamsi nulli sint alij liberi, quibus dederit bonor. possess. si solus venter sit, ventrem ex hoc edicto in possess. mittendum esse, vt etiam ostenditur in *l.7.in fine, hoc tit.l. 121. de leg. 1.* vbi pro *iubeo* legendum *iubebo,l.13.§.vlt. de manumiss.testam.* Et hoc Paulum confirmasse eo, quod proponitur *in dict. l. 62.* ex hoc ipso libro, nempe eodem modo ancilla cum liberis legata: *Lego tibi ancillam cum suis liberis,* & ancillam solam deberi, si non sint liberi, & liberos solos, si non sit ancilla: quia scilicet hæc adiectio, *cum liberis*, conditionem non facit.

Ad l.6. & vlt. de Carb. edict.

L. 6. De bonis matris an decretum interponendum sit, quæritur? Et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quæ in tempus pubertatis extrahet negotium.1.§.Plane si simul de paternis & de maternis bonis controuersia sit, vel etiam de fratris: & has controuersias in tempus pubertatis differendas esse, Iulianus respondit. 2. §. Huic autem edicto locus est, etiamsi ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi: tametsi ex inferioribus partibus petant, qua legitimi vocantur, quoniam sui sint: vel ex illa qua cognatis datur. 3. §. Ita demum autem huic edicto locus est, si status & hereditatis controuersia sit: nam si tantum status, quod (puta) seruus dicatur esse, nec vlla bonorum controuersia sit, hoc casu liberale iudicium statim explicandum erit. 4. §. Qui pupillo controuersiam facit, si simul cum eo in possessionem missus est, ali ex bonis defuncti non debebit, nec quicquam de bonis deminuere: Hæc enim possessio pro satisdatione cedit. 5. §. Non solum alimenta pupillo præstari debent: sed & in studia, & in cæteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum. 6. §. Post pubertatem, quæritur, an actoris partes sustinere debeat, qui ex Carboniano missus est in possessionem? & responsum est, rei partes eum sustinere debere: maxime si cauit. Sed & si non cauerat, si nunc paratus sit cauere, quasi possessor conueniendus est. Quod si nunc non caueat, possessio transfertur aduersario satis offerente, perinde, atque si nunc primum ab eo peteretur hereditas.

L. vlt. Sed sicuti de bonis paternis emancipato cauetur: ita de istis, quæ ipse confert, cauendum est.

EX edicto Carboniano liberis impuberibus præteritis testamento patris, quibus fit controuersia bonorum paternorum, hereditatis paternæ, alio quodam hereditatem suam vocante, simul & fit controuersia de statu, quia dicuntur non esse liberi, vel non esse iusti liberi defuncti, cuius de bonis agitur, interim quoad puberes facti fuerint, quoad pubuerint, datur bonor. possessio contra tabulas ex edicto Carboniano: non quidem de plano, vt cæteræ bonor. possessiones dari solent, sed pro tribunali causa cognita. Decretalis ergo bonorum possessio, non edictalis, dilata tantisper controuersia status & bonorum paternorum in tempus pubertatis, & impubere interim tolerante vitam suam ex paternis bonis, quasi præsumatur esse defuncti filius, licet existat, qui neget, eum eius esse filium. Et hoc totum fauor pupillaris ætatis extorsit. Ergo huic edicto siue bonorum possessioni Carbonianæ locus est, si de bonis paternis controuersia fiat liberis impuberibus: Nam si de maternis bonis, aut de fraternis bonis, aut de bonis liberti patroni, impuberibus controuersia fiat, simul atque de statu capitis, vel familiæ, neque bonorum possessio Carboniana competit, neque ex edicto Carboniano negotium differtur in tempus pubertatis, *l. 3.§.si is, cui status, l.seq.§.si pupillus, hoc tit.* sed ex constitutionibus Principum sine possessione quæstio status differtur ad tempus pubertatis *l.3.§.1.& 2.*

l.3.§.1.& 2. hoc tit.l.7.§.pen. de vent. in possess.mit.l.diui, de liber. caus. Et hoc supplendum est ad initium huius l.6.dum ait, *de bonis matris non esse interponendum decretum*, id est, non esse dandam Carbonianam, quæ decretalis est, bonor. possessionem: *dilationem tamen longissimam dandam esse, quæ in tempus pubertatis extrahat negotium.* Dandam scilicet esse hanc dilationem ex constitutionibus non ex edicto Carboniano, non ex iure ipso, quod sæpissime separatur a constitutionibus, quæ sæpenumero deuiant a iure publico & prudentia veterum. Si tamen, vt subiicit, fiat simul controuersia de paternis & maternis bonis filio impuberi, vel de paternis & fraternis bonis simul, & de statu, proculdubio ex edicto Carboniano negotium omne extrahitur in tempus pubertatis, data interim bonorum possessione B Carboniana: *has*, inquit, *controuersias in tempus pubertatis differendas esse Iulianus respondit.* ex edicto Carboniano scilicet; priori parte ex constitutionibus, & sine possessione; posteriori parte, ex hoc edicto & data bonorum possessione Carboniana. Sequitur in §. huic autem.

Ad §. huic autem.

Edictum Carbonianum non tantum pertinere ad bonorum possessionem contra tabulas, sed etiam ad bonorum possessiones ab intestato: Nam & has scilicet impuberibus dari ex decreto, quibus fit controuersia status & bonorum paternorum, vt *l.seq.§.interdum.l.3.in princip. hoc tit. l. 1. §. sed etsi ex Carbon. si tab. testam. nulla ext.* Liberis ergo impuberibus, quibus fit controuersia status & bonorum paternorum ex edicto Carboniano, causa cognita ab intestato dari posse bonorum possess. vnde liberi, vel vnde legitimi, vel vnde cognati. C Nam si sint sui liberi, id est, si in potestate morientis fuerint, ab intestato non tantum eis defertur bonorum possessio vnde liberi, sed etiam ex sequenti parte edicti bonorum possess. vnde legitimi. Quia, (est elegans ratio Pauli) qui sui sunt, & legitimi, id est, agnati sunt, filius suus patri est agnatus proximus, *l. si filius, de suis & legit. hered. l. Iurisconsultus §. 1. de grad. & adfin.* sicut ex diuerso, qui non sunt sui, nec agnati, vel legitimi sunt, *l. scripto, si tab. testam. nul. extab.* Potest etiam eis dari bonorum possessio vnde cognati: Nam qui agnati sunt, & cognati sunt. Et ita vero liberi sibi ipsi succedunt ex iis edicti patribus, *l. 1. §. sed videndum, de success. ed.* Filij sui omissa bonorum possess. vnde liberi, veniunt ad bonorum possess. vnde legitimi, vel D rursus hac omissa, veniunt ad bonorum possess. vnde cognati. Ad extremum & ex edicto Carboniano, si impuberes sint, quibus fiat controuersia status & hereditatis paternæ, admittuntur ex omnibus partibus edicti. Hoc vult §. *huic autem.* Post hæc subiicit Paulus, ita demum huic edicto Carboniano locum esse, si status, & hereditatis paternæ simul controuersia fiat. Nam si fiat controuersia status tantum, vt si filius defuncti impubes, dicatur esse seruus, statim liberale iudicium explicandum esse sine dilatione, sine cunctatione: statim, vt breuius dicunt Basilica, τὸ κατασταθικὸν explicandum est, id est, liberale iudicium, capitis iudicium, status iudicium. Quod ita verum est, si hoc edictum inspicias, si ad ius ipsum animum E aduertas, statim explicandum est liberale iudicium sine mora. Nam ex Constitutionibus fauore pupillaris ætatis causa cognita quæstio status, quæ fit impuberi, ad tempus pubertatis, quo se ipse tueri possit, differenda est, etiam si hereditatis paternæ nulla ei moueatur quæstio, *d.l.diui. de lib. caus.l.3.§.quamuis, hoc tit.* Sequitur *§. qui pupillo.*

Ad §. qui pupillo.

Pupillus, cui data est bon. possess. Carb. solus possidet bona, non cum aduersario, qui mouet illi quæstionem status & hereditatis paternæ, nisi aduersarius sit etiam ex liberis. sed si sit exter, si sit extraneus, solus ex hoc edicto possidet bona, dummodo cum satisdatione caueat aduer- A sario de restituendis bonis, si post pubertatem contra eum iudicatum fuerit. Ita si satisdederit aduersario, solus possidet bona dilatis controuersiis omnibus ad tempus pubertatis, solus fruitur vtitur bonis. Sed si non satisdederit, si noluerit, aut non potuerit satisdare, bona solus non possidet, quia vice satisdationis non præstitæ aduersarius simul cum eo mittitur in possessionem bonorum, quæ ob id possessio *vicaria* dici potest, vt in *l. postquam §.1.vt leg. nomine cau.* Et hac ratione, quia vicaria tantum possessio est, id est, quia tantum est vice satisdationis, aduersarius, qui simul missus est in possessionem, non alitur ex defuncti bonis, nec ex iis quicquam diminuere potest vescendi causa, quia vice satisdationis tantum missus est, non vt frueretur bonis, quod & seruatur, quum creditores mittuntur in possessionem rei seruandæ causa, non etiam rei fruendæ causa, aut bonorum fruendorum causa, *l.Fulcinius in principio, quib. ex caus. in poss.eatur.* Non alitur etiam ex iis bonis impubes, qui satis non dedit, nisi si se aliter videatur alere non posse, vt *l.prox.§.quotiens, sup.* Pupillo autem, qui satisdedit aduersario, etiamsi aliunde se tueri & alere possit, alimenta præstantur ex defuncti bonis, & præceptoribus eius mercedes: impendia, inquit, præstantur, quæ fieri conuenit in studia. Præstantur & omnia alia impendia necessaria pro modo facultatum defuncti, præstatur vestiarium, calcearium, ministeria seruorum: Hæc omnia præstantur ei, qui satisdedit: ei qui non satisdedit, non item, nisi videatur se aliunde alere non posse.

Ad §. vlt.

Præterea in §. vlt. huius leg. notatur alia differentia inter impuberem satisdantem de restituendis paternis bonis, si victus fuerit post pubertatem, & non satisdantem. Bonorum possessionis Carbonianæ emolumentum finitur pubertate. est bon. possess. pupillaris, & vt pupillaris substitutio finitur pubertate, ita bon. possess. Carbon. quæ est bon. possess. pupillaris, finitur pubertate, *l. 3. §. puberi, hoc tit.* Et tunc, id est, post pubertatem, siquidem satisdederit is, cui data est bonor. possess. Carbon. in iudicio centumuirali de petitione hereditatis, quo disceptabitur de hereditate paterna inter eum & aduersarium, rei siue possessoris sustinet partes. Idemque est, etsi non satisdederit ab initio: sed nunc post pubertatem satisdare paratus sit de restituendis bonis paternis, si iudicio centumuirali superatus fuerit. Nam & hoc casu, qui satisdat, sustinet partes rei, *c'est le deffendeur*, cuius conditio melior & verior est. At si nec nunc post pubertatem satisdare velit aut possit, possess. bonorum transfertur in aduersarium, si modo & hic eandem satisdationem offerat. Ac proinde tunc aduersarius rei partibus fungitur. Illa vero partibus petitoris, partibus actoris, & consequenter onus probandi illi incumbit, se filium esse & iustum filium eius, de cuius hereditate agitur, & hereditatem ad se pertinere, vt *l. 14. inf.* Actoris partes sustinere grande est onus, nullum fere sustinere partes rei. Fauorabiliores enim sunt rei, quam actores. Ex *l. vlt. huius tit.* quæ est etiam ex hoc lib. Pauli.

Ad l. vlt. eod. cuius verba supra sunt adscripta.

Notandum est filio impuberi, qui gerit se pro suo herede patris, accipienti bonor. possess. Carb. quod fiat ei controuersia status & hereditatis paternæ, interim etiam ei fratrem emancipatum cauere debere de conferendis bonis propriis, *l. pen.* & vicissim ipsum filium impuberem debere emancipato cauere de restituendis bonis paternis, si in iudicio petendæ hereditatis superatus fuerit, atque etiam de restituendis bonis propriis emancipati iam ab eo collatis, vel de remittenda cautione. Nunc ex hoc libro restat tantum lex 3. *de bonor. possess. sec. tab.* quæ est facillima.

Ad l. 3. de bon. poss. sec. tab.

Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in vtero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse.

CErtum est iure ciuili, postumum suum heredem, id est, qui testatori suus heres futurus est quum natus erit, recte heredem institui: alienum autem postumum, id est, qui testatori suus heres futurus non est, iure ciuili institui non posse, ob id ipsum, quia non est, §. 1. *Inst. de bonor. possess.* at, vt Paulus ait in hac *l.* 3. & verissimum est, iure prætorio, omnis postumus heres institui potest. *Verum est*, inquit, *omnem postumum*: ergo etiam alienum postumum heredem institui posse, & natum petere posse bonorum possessionem secundum tabulas, si modo fuerit in vtero moriente testatore, alioquin institutio eius, qui nondum conceptus est, qui nondum est in rerum natura, nihil valeret.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XLII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad 4. de bon. libert.

L. 4. Si necem domini detexerit seruus: prætor statuere solet, vt liber sit, & constat eum, quasi ex Senatusconsulto libertatem consecutum, nullius esse libertum. 1. §. Si libertus captus ab hostibus, ibi decesserit: quamuis liberti appellatio eum non tangat: tamen propter legem Corneliam, quæ testamentum sic confirmat, atque si in ciuitate decesserit, patrono quoque bonorum possessio danda erit. 2. §. Si deportatus patronus sit: filio eius competit bonorum possessio in bonis liberti, nec impedimento est ei talis patronus, qui mortui loco habetur. Et dissimile est, si patronus apud hostes sit, nam propter spem postliminij obstat liberis suis. 3. §. Si extraneus a liberto heres institutus, rogatus sit filio hereditatem restituere: cum ex Senatusconsulto Trebelliano restituta hereditate, heredis loco filius habetur: patronus summouendus est.

SERVVS, qui indicauit & vindicauit necem domini, qui coarguit, & detexit necem domini, pro præmio consequitur libertatem ex Senatusconsulto Syllaniano, non quidem ipso facto, sed prætore decernente eum esse liberum. Decreto prætoris opus est, *l. si seruus, de Senatusc. Syllan. l. æris alieni, ad leg. Falcid. l. testam. de heredib. instit. l. 1. C. pro quib. causis serui pro præmio accip. libert.* Ac si quidem prætor non adsignauerit, cuius libertus esset, is quem liberum esse decernit ob causam detectæ necis domini, vt *l. 3. §. quid si necem, de suis & legit. hered.* ille fit libertus orcinus, si prætor ei non adsignauerit patronum, quum statuit eum esse liberum, orcus erit ei patronus, vt ait *l. 5. qui sine manum. ad libert. peruen.* Paulus ait, initio huius legis, *eum nullius esse libertum.* Orcus enim, quem solum patronum agnoscit, pro nullo est. Contra, imo non orci videtur libertus esse, sed eius, cuius proxime seruus fuit, vt ait *d. lex 3. §. quid si necem.* Proxime autem seruus fuit heredis occisi domini, ergo heredis libertus est, non libertus orcinus. *Libertus*, inquit, *est eius, cuius proxime seruus fuit.* Male Accursius, id est, testatoris, inquit, & fit libertus orcinus. Omnino male, quoniam subiicit, *ei deferri liberti intestati hereditatem legitimam.* Et consequenter, si testatus sit libertus, eo præterito dimidiæ partis ei deferri contra tabulas bonorum possessionem, quæ necato domino siue testatori sane deferri non potest. Libertus ergo est eius, cuius proxime seruus fuit, id est, heredis necati domini vel testamentarij, vel legitimi: non est ergo libertus orcinus. Hoc explicandum est adhibita distinctione. si heres vindicauerit necem defuncti, seruus, qui eam detexit, fit liber decernente prætore, & libertus heredis, cuius proxime seruus fuit, non libertus orcinus: sed si heres non vindicauerit & arguerit necem defuncti, solus seruus eam arguerit, & detexerit, quia heredi hereditas aufertur quasi indigno, tunc seruus ille fit liber, & libertus Acheronticus siue orcinus hoc solo casu, *l. pen. de iure patron.* videlicet quum ipse solus cessante herede indicauit & vindicauit necem domini. Nihil est certius. Sequitur in §. 1. *huius legis.*

Ad §. 1.

LIberto capto ab hostibus & mortuo apud hostes, quamuis in eum proprie liberti nomen non cadat, quia seruus decessit, & consequenter nec testatus decessisse, vel ex testamento aut ab intestato heredem habere videri potest, *l. 3. § vlt. de verb. signific.* tamen, quia lex Cornelia eius liberti, qui decessit apud hostes testamentum confirmat, morti iuncto tempore captiuitatis, ex die, quo captus est, *l. iusto, in fine, de vsurpat. & vsucap.* patrono præterito datur bonorum possessio contra tabulas, quia lex Cornelia fingit, vt iam significaui, libertum decessisse in ciuitate, decessisse liberum, *l. in omnibus, & l. bona, de capt. & postl.* Post hæc tractat Paulus de patrono capto ab hostibus, quem hoc differre ostendit a patrono deportato in insulam, quod si post deportationem patroni libertus vita decesserit, patroni filio competit bonorum possessio in liberti paterni bonis, quia patronus habetur pro mortuo, vt *l. 1. § pen. de bonor. possess. cont. tab.* Deportatus, inquam, habetur pro mortuo. Cur ita? quia fiscus in eius bona omnia, in vniuersum ius eiusdem succedit, nunquam deportatur quisquam, quin simul & bona eius omnia publicentur. Fiscus igitur in ius vniuersum deportati succedit, *l. actione, §. publicatione, pro soc.* Viuentis nullus est successor vniuersi iuris, aut necessario viuus, cui aliquis est successor vniuersi iuris, pro mortuo habetur. Ergo hoc casu patronus non obstat filio suo, sed filius statim atque mortuus est libertus paternus, petit bonorum possessionem in liberti paterni bonis. Neque quicquam in contrarium facit, quod deportatus restitui in ciuitatem potest, & pœna liberari, quod tamen odio caducorum in considerationem venit in *l. intercidit 59. de cond. & demonstrat.* quia restitutio illa pendet ex beneficio & indulgentia Principis, de qua certam spem animo concipere nullo quis argumento possit. Quis possit sibi certo quicquam polliceri de animo, aut de indulgentia Principis? Et longe alia est ratio patroni capti ab hostibus. Nam etsi interim, dum is potitur hostium, dum est apud hostes, libertus moriatur, patronus obstat filio suo, quo minus ei deferatur bonor. possessio, quia non habetur pro mortuo. Et hoc spes postliminij facit, quam semper nostri auctores habent pro certissima, propterea quod posita est in virtute populi Romani, si quis sit captus ab hostibus, eum existimat mox recuperaturum. Huic similis differentia est inter deportatum & captiuum in *l. vlt. §. pen. de adsign. lib.* Postremo in §. *vlt. huius l.* 4. ostenditur.

Ad §. vlt.

BOnorum possessionem contra tabulas liberti patrono præterito dari, si extraneus heres institutus sit testamento liberti, non etiam si filius liberti: tunc enim excluditur patronus omnino, §. *prodesse, Instit. de succes. libert.* non etiam si extraneus, qui heres institutus est testamento liberti, pure rogatus sit filio liberti restituere hereditatem, & restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, quia tunc filius liberti effectu heres est, *l. 5. §. vlt. quod cum eo, qui in alterius est pot. l. filiusfam. in fine, ad leg. Falcid.* Et est

est hic locus in hanc rem elegantissimus. Sequitur in eod. tit. *de bon. libertor. l.* 9. quæ hoc tantum vult.

Ad l. 9. de bon. libert.

Qui in seruitutem libertum paternum petierit: nec nominè libertorum bonorum possessionem accipere potest.

FIlium patroni, qui libertum paternum in seruitutem petiit, vel, quod idem est, capitis accusauit, nec obtinuit, neque suo, neque liberorum suorum nomine accipere posse bonor. possessionem cont. tab. liberti paterni. Quod ostendit etiam aperte lex *si filius* §. *pen. de fideicomm. libert.* Patronus ipse ob eam causam non amitteret bonorum possessionem, non amitteret ius patronatus: filius patroni ob eam causam amittit ius patronatus. Et recte in *l. eum patronum, de iure patronat.* patronum interpretantur rectissime & verissime patroni filium: Nam & patroni filius, patronus est, sed non patronus primus, non manumissor. Sequitur in *l.* 5. *si quid in fraud. pat.*

Ad l. 5. si quid in fraud.

Tenetur Fauiana actione tam is, qui accepit ipse, quam qui iussit alij dari id, quod ipsi donabitur. 1. §. *In actione Fauiana, si res non restituatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem iurauerit.*

QVæ libertus alienauit in fraudem patroni ex suis bonis deminuendæ portionis patrono debitæ causa, patronus reuocat actione Fauiana ad finem debitæ portionis, si modo, (nam & hoc quoque pertinet ad tractatum de bonorum possess.) bonorum possessionem contra tabulas liberti petere potuerit, *l.* 3. §. *patronum, hoc tit.* Qui amisit bonorum possessionem, & actionem Fauianam amisit. Igitur si cui libertus donauerit dolo malo in fraudem patroni, patronus id reuocat, vt ait Paulus in hac lege, vel ab ipso donatario, si id acceperit, vel ab eo, cui id donatarius dari iusserit, cui donatum scilicet & quæsitum volebat. Hoc autem iudicio subiicit, tanti damnari reum, quanti actor in litem iurauerit, id est, rem, quæ non restituitur patrono, æstimari non iusto pretio, sed pretio quod iuratus patronus ipse fecerit. Quod addendum est legi *in action. de in litem iur.* vbi sat multæ recensentur actiones, in quibus iuratur in litem, nec ista recensetur, in qua tamen hic locus singularis ostendit etiam iurari in litem. Videtur fuisse actio arbitraria. Persequitur ergo hoc iudicio, id est, actione Fauiana patronus etiam, quod sciens prudensque libertus indebitum soluit. Nam & hoc donasse videtur, *l. qui fundum* §. *seruus meus, pro emp. l.* 12. *de donat. l. cum post mortem* §. 1. *de administ. tut.* Quod & hoc libro scripsisse Paulum coarguit *l.* 53. *de reg. iur.* quæ sumpta est ex hoc libro, in qua ita definit.

Ad l. 53. de reg. iur.

Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.

CVius per errorem dati repetitio est, per condictionem, indebiti scilicet, eius consulto dati, a sciente & prudente, donationem esse. Vnde si per errorem imprudens libertus indebitum soluerit, id actione Fauiana reuocare patronus non potest, quia dolo caret libertus: sed vel libertus, vel heres eius id potest repetere condictione indebiti. Explicit liber 42.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XLIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 16. de test. milit.

Dotalem fundum si legauerit miles, non erit ratum legatum propter legem Iuliam.

DOcuit in hoc libro Paulus legem Iuliam de fundo dotali pertinere etiam ad testamentum militis, ideoque nec maritum militem testamento suo recte fundum dotalem legare, *l.* 16. *de milit. testam.* quæ est ex hoc libro, quod peruincit quam sit falsum, quod Accursius notauit in *l.* 1. *de fundo dot.* legem Iuliam non pertinere ad legata. Quod & in ea l. 1. non ita dudum refutaui, adducta, quæ etiam id probat, *l.* 13. §. *vlt. eiusd. tit. de fun. dot.* Hoc vero scripsisse Paulum crediderim, cum doceret, & in petenda bonorum possessione militis, tempora edicto prætoris determinata (puta 100. dierum, vel anni vnus) obseruari, vt in *l.* 15. §. *vlt. de milit. testam.* nam & ius commune in testamentis militum seruari plerisque aliis in causis, vt in dotali fundo legato, quod & legatum non valet: nam & hic liber, & duo superiores, & liber, qui sequitur, omnes fuerunt de bonorum possessionibus. De quibus cum tractaret, & doceret, in bonis militum seruari tempora petendæ bonorum possessionis, quæ seruantur in bonis paganorum, tradidit & pleraque alia, quæ sunt communia: nec testamento militis relictum legatum incertis personis valere, §. *incertis, Instit. de legat.* nec ex testamento militis captatorias institutiones valere, *l.* 11. *C. de hered. instit.* nec ex testamento militis legata deberi, nisi ante omnia deducto ære alieno, *l.* 1. §. *denique, ad Trebell.* & pleraque alia. Sequitur in *l.* 18. *de bon. libert.*

Ad l. 18. de bon. libert.

Patronæ quidem liberi etiam valgo quæsiti accipient materni liberti bonorum possessionem. Patroni autem non nisi iure quæsiti.

FIlium patroni patrono mortuo, aut deportato accipere bonorum possessionem contra tabulas liberti paterni, si modo iustus filius sit, ex iustis nuptiis procreatus, non si vulgo quæsitus sit: filium tamen patronæ (differentiam facit inter patronum, & patronam hac in re) filium patronæ, inquam, vulgo quæsitum admitti ad bona liberti materni. Ratio non redditur, sed hæc est euidentissima, quia & ad bona matris filius vulgo quæsitus admittitur ex SC. Orfit. *l.* 1. §. *sed & vulgo, ad Senatusc. Tertull.* Ergo non mirum, si admittatur etiam ad bona liberti materni. At vulgo quæsitus non admittitur ad bona patris, quia nec patrem habere intelligitur, cum pater eius incertus sit, nec possit igitur admitti ad bona liberti paterni. Restat tantum ex hoc lib. *l.* 3. *vnde legitimi.*

Ad l. 3. Vnde legitimi.

L. 3. *Generaliter igitur sciendum est, quotiescunque vel lex, vel senatus defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem, ex hac parte eam peti oportere. Cum vero etiam bonorum possessionem dari iubet, tum ex illa parte, qua ex legibus peti debere. sed & ex hac parte poterit.*

HÆc l. 3. docet, bonorum possessionem *vnde legitimi* dari iis, quibus lex 12. tab. vel alia lex, veluti lex Cor-

nelia, quæ etiam confirmat legitimas hereditates eorum, qui apud hostes vita defuncti sunt, *l.* 10. *de capt. & post. l.* 8. *C. de leg. heredit.* Itemque iis, quos SC. veluti SC. Tertul. & SC. Orfit. vocat ad hereditatem intestatorum non facta mentione bonorum possessionis, quos non vocat nominatim ad bonorum possessionem, sed ad hereditatem. iis prætor dat bonorum possessionem vnde legitimi, legum aut Senatusconsultorum tuendorum causa. Iis autem, quos etiam lex vel Senatusconsultum nominatim vocat ad bonorum possessionem, id est, ad hereditatem & bonorum possess. simul, vel ad bonorum possessionem tantum, dari bonorum possessionem *vt ex legibus Senatusueconsultis bonorum possess. detur*, de qua in illo titulo, *vt ex legibus Senatusc.* Iisdem quoque si vocati sint ad hereditatem & bonorum possessionem simul, dari, si hanc malint, bonorum possessionem vnde legitimi. Itaque bonorum possessio *tum cui*, hæc sunt verba eius, *ex lege, Senatusueconsulto bonor. possessionem dari oportet*: sic eam Græci nuncupant, quæ dicitur vt ex legibus, concurrit cum bonorum possessione, *tum quem heredem ei esse oportet*, siue, *tum vti proximum quemque heredem esse oportet*: quæ est bonorum possessio vnde legitimi. Quæ verba *tum quem heredem*, plane indicant tantum heredem vocari. Illa autem verba edicti, *vt ex legib. tum cui ex lege Senatusueconsulto bonorum possessionem dari oportet*, indicant vocari tantum bonorum possessorem. Differentia igitur proposita in hac l. 3. ex verbis edictorum proficiscitur. Explicit liber 43.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum XLIV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 1. De iur. & fac. ignor.

L. 1. Ignorantia vel facti, vel iuris est. 1. §. Nam si quis nesciat, decessisse eum, cuius bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidem defunctum esse cognatum: nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri; aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem, quod scriptis heredibus bonorum possessionem prætor promittit: cedit ei tempus, quia in iure errat. Idem est si frater consanguineus defuncti credat, matrem potiorem esse. 2. §. Si quis nesciat, se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat: Nam si & liberum se esse, & ex quibus natus sit sciat, iure autem cognationis habere se nesciat: in iure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium esset ignoret, fortasse & seruiat alicui, putans se seruum esse, in facto magis, quam in iure errat. 3. §. Item si quis sciat quidem alij delatam esse bonorum possessionem, in facto errat. Idem est si putet eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat eum non petiisse, tempusque ei præteriisse, ignoret autem, sibi ex successorio capite competere bonorum possessionem: cedet ei tempus, quia in iure errat. 4. §. Idem dicemus, si ex asse heres institutus, non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas. Quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.

HVic libro 44. tres leges tantum adscribuntur, *l.* 1. *de iur. & fact. ignor. l.* 2. *si quis aliqu. test. proh. & l.* 3. *quis ord. in bonor. possess. seru.* Sed ex his tribus d. lex 2. reiicienda est in librum sequ. qui est de testibus. hic liber 44. fuit de bonor. poss. vt & tres, qui præcedunt, & specialiter de temporibus, intra quæ iis, quibus priore loco defertur bonorum possess. defuncti, petenda ea vel admittenda est. Petenda olim erat solemniter a prætore, vel præside, *l.* 1. *&* 2. *C. comm. de successs.* Hodie satis est eam, si sit edictalis scilicet, non decretalis bonor. possess. quæ desiderat causæ cognitionem, hodie, inquam, satis est edictalem bonorum possess. admitti quocunque indicio voluntatis, etiam non adito prætore vel præside, §. *vlt. Inst. de bon. possess.* quæ res effecit, quod notandum, vt in Digestis locis innumeris, pro *petere* Tribonianus reposuerit *admittere*, quod non sit hodie petenda, quodque satis sit hodie eam admitti, agnosci ab eo, cui competit, cuique edicto prætor, se eam daturū pollicetur. Quæ pollicitatio prætoris, delatio est. Et liberis quidem, aut parentibus intra annum vtilem bonorum possessio petenda vel admittenda est, *l.* 1. §. *largius, de success. ed. l.* 2. *C. qui adm. ad bonor. possess.* Cæteris autem agnatis vel cognatis bonorum possessio petenda est intra centum dies vtiles, id est, intra tres menses vtiles: nam cum vnus mensis lege præstituitur, mensi additur semper vnus dies. Et similiter duobus mensibus vnus dies, & tribus mensibus vnus dies, anno vnus dies. Quod ostendit *l.* 2. *C. de temp. appell. & l. vbi lex, de reg. iur.* Sicut 100. dies sunt tres menses, superaddito vno die, qui omnibus temporalibus præscriptionibus superaddi solet, & mensibus singulis in iure, vt & aliis disciplinis τεχνικῶς siue μεθοδικῶς tribuuntur dies 30. tantum. Cæteris ergo agnatis, vel cognatis, vt cœpi dicere, quæ defertur bonorum possessio petenda vel admittenda est intra centum dies vtiles, quibus scierint defunctum esse eum, de cuius bonis agitur, & quibus delatam bonorum possessionem petere & admittere potuerint. Denique quibus scierint & potuerint petere, *l.* 2. *quis ord. in bonor. possess.* Sicut iure ciuili hereditas adeunda est intra 100. dies, quibus, vt est in formula cretionis siue aditionis, *heres scierit poteritque*, id est, intra 100. dies vtiles, *l. si Titio* §. 1. *quando dies leg. cedat. l.* 3. §. *etsi heres, de minor. l.* 2. *de iur. delib.* Et ita dies aditionis, dies legitimus, scilicet aditionis accipiendus est in *l. pen.* §. *si filiusfam. de iur. & fact. ignor. & l. Pannonius, de adquir. hered.* Tempora ergo illa petendæ vel admittendæ bonorum possessionis scientibus duntaxat cedunt, & imputantur, non ignorantibus. At duplex est scientia, duplex item ignorantia. Scientia vel ignorantia iuris, & scientia vel ignorantia facti, id est, rei gestæ, siue ὑποκειμένου πράγματος. Et scientibus quidem factum & ius, vel scientibus factum tantum. Ius autem ignorantibus tempora petendæ bonor. possess. cedunt. Ignorantibus autem factum & ius, vel ignorantibus factum tantum, scientibus vero ius, tempora non cedunt, non currunt, non imputantur. Quod variis exemplis propositis Paulus demonstrat in hac leg. vt puta, si quis nesciat vita decessisse eum, cuius bonorum possessio ei defertur, tempora petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis ei non cedunt, non computantur, quia in facto errat, facti ignarus est. Error vel ignorantia facti non nocet. Sed si sciat quidem cognatum intestatum vita decessisse, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem vnde cognati, sibi deferri, quæ est species legis 2. *C. qui admitti*, aut si sciat, se heredem scriptum esse, nesciat autem scriptis heredibus deferri bonorum possessionem secundum tabulas, prætore nempe eam in edicto promittente heredibus scriptis testamento obsignato non minus quam septem testium signis: ei proculdubio, id est, scienti factum & ignoranti ius, cedit tempus petendæ vel admittendæ bonorum possessionis, eoque præterito excluditur a commodo bonorum possessionis, & defertur successio ex edicto successorio ad sequentem gradum. Ergo erranti in iure, non etiam in facto. Hic error iuris nihil prodest, quo minus tempus ei cedat. Iuris ciuilis, vel prætorij ignorantia nocet. Idemque est, vt Paulus hic ostendit, si quis fratrem suum consanguineum, id est, ὁμοπάτριον, ex eodem patre, sciat quidem intestatum vita decessisse, sed nesciat, in eius successione potiorē se esse matre defuncti fratris consanguinei: quia & hic errat in iure, quo comparatum est, fratrem consanguineum prorsus excludere defuncti matrem, *l.* 3. §. *si mater, de Carb. edict.* §. *præferuntur, Instit. de SC. Tertull. l.* 2. *C. Theod. de sec. nuptiis.* Frater consanguineus in successione intestati fratris consanguinei

guinei omnino præfertur matri defuncti, etiam si quæsitus sit per adrogationem, non natura, vt indicat *l.* 7. *ad SC. Tertull.* Quod ius omne Iustinianus immutauit, & quidem varie & inconstanter. Primum enim *l. vlt. C. de SC. Tertull.* matrem cum fratre, aut fratribus consanguineis filij defuncti vocauit in virilem portionem: deinde *Nouella* 118. distinctionem adhibuit inter fratres consanguineos ex eodem patre, eademque matre, cum quibus matrem vocauit in virilem portionem, & fratres consanguineos matre diuersos, quibus prætulit omnino defuncti matrem. Recte autem Paulus hic ait, *idem est, si frater consanguineus defuncti credat matrem potiorem esse.* Recte frater consanguineus: nam frater vterinus, qui non est consanguineus, non est agnatus, sed cognatus tantum: non erat potior matre defuncti: neque etiam frater naturalis, id est, quæsitus ex concubinatu, defuncto fratre legitimo quæsito ex iustis nuptiis. Quamuis (quæ est species *l. Lucius, de vulg. & pup. substit.* summe notanda) Quamuis, inquam, testamento patris filius legitimus, id est, quæsitus ex iustis nuptiis, & filius naturalis, id est, quæsitus ex concubinatu, heredes instituti sint, & inuicem vulgari modo substituti, & frater legitimus impubes intra pubertatem vita decesserit, quia hoc casu in substitutione vulgari facta inuicem, in substitutione vulgari reciproca, non inest pupillaris, quia alter fuit pubes, alter impubes, nec in vtrumque potuit cadere pupillaris substitutio, vulgaris potuit. Itaque mortuo filio legitimo impubere mater ei succedit, excluso fratre naturali, qui ei in secundum casum substitutus esse non intelligitur: fratrem autem naturalem certum est consanguineum non esse, quia nunquam fuit in familia patris. Sequitur in hac l. eum, qui nescit se esse cognatum defuncti intestati, interdum in iure, interdum in facto errare. In iure errare, si sciat, ex quibus parentibus natus sit, & se esse liberum hominem, iura autem cognationis se habere nesciat. Et ideo ex die mortis temporis præstituti ad petendam successionem rationem haberi, ex die mortis tempus ei cedere. In facto autem errare, si ex quibus parentibus natus sit ignoret, forte a matre proiectus & expositus, vt ait, qui ὑποβολιμαῖος Theocrito, si expositus, inquam, sit, & ab, eo qui eum sustulit, quasi seruus educatus: vt olim iis, qui expositos sustulissent, permissum erat, eos habere seruorum loco *l.* 1. *Cod. Theod. de expositis*: Seneca controuers. 33. *Expositi*, inquit, *in nullo numero sunt, serui sunt, hoc legumlatori visum est.* Et ita vero, qui ignorat, se defuncti cognatum esse, quia ignorat, quorum parentum sit, ei ignorantia prodest, quo minus dies petendæ bonorum possessionis cedat, quoad scierit, quorum parentum sit. Et similiter ei, qui per errorem facti putat cognatum gradu proximiorem accepisse defuncti cognati bonorum possessionem, quam non accepit, vel non omisisse bonorum possessionem quam omisit; hic error; hæc ignorantia, hæc opinio, vel credulitas prodest, quo minus ei tempus cedat. Sed si sciat cognatum proximiorem repudiasse, vel omisisse bonorum possessionem, id est, non petiisse eam intra tempus constitutum; nesciat autem sibi bonorum possessionem competere ex capite siue edicto successorio, quo prætor pollicetur bonorum possessionem sequentis gradus cognato, eo qui gradu præcedebat repudiante, vel intra tempora non admittente bonorum possessionem. Ex successorio capite, inquit, id est, ex successorio edicto. Basilica, ἐκ τῆς ἐπαναβάσεως, id est, ex transmissione, quæ fit ad insequentem gradum, ex parte successoria, ex edicto successorio. Ei vero, qui ita, vt proposui, facti gnarus, iuris autem, id est, edicti successorij ignarus non petiit bonorum possessionem intra 100. dies, dies cessisse intelligitur. Itaque post 100. dies vtiles submouetur a successione defuncti, quia dies cedunt iuris ignaro, si modo facti ignarus non fuerit. Eodemque modo, vt proponitur in extremo huius legis, si quis nesciat extare tabulas testamenti, quibus heres scriptus sit, tempus petendæ vel admittendæ bonorum possessionis secundum tabulas ei non cedit, non currit, quia in facto errat, vel quia facti ignarus est. Sed si

A sciat extare tabulas, quibus heres scriptus sit ex asse, & putet tamen per imperitiam iuris, se ante apertas tabulas bonorum possessionem petere non posse, tempus ei cedit, quia in iure errat. Iure enim is, qui ex asse heres scriptus est, statim a morte testatoris ante apertas tabulas potest petere bonorum possessionem secundum tabulas, non etiam heres scriptus ex parte. Heres scriptus ex parte non potest admittere bonorum possessionem ante apertas tabulas. Quod præter hunc locum ostendit etiam *l. nullam, in fine, de condit. & demonstrat. & l. in bonorum, de bonor. possess. & l.* 1. *§. sufficit, de bonor. possession. contra tab.* Et inde Vlpianus *lib. singul. regul. tit. de caducis*, caducam fieri hereditatem, si ex parte heres scriptus post mortem testa-B toris ante apertas tabulas vita decesserit, id est, ante aditam hereditatem, agnitamue bonorum possessionem secundum tabulas. quæ distinctio iuris veteris, quam abrogauit Iustinianus, seruabatur tantum in extraneis heredibus, non in suis aut necessariis, *l. ex parte, de adquir. hered. l.* 3. *C. de iure delib.* Rem omnem ita concludamus, vt tempus petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis secundum tabulas, vel cuiuscunque alterius, cedat & imputetur, sat est, si is, cui bonorum possessio defertur, cui bonorum possessionem prætor promittit, sciat se heredem scriptum ex asse; nec necesse etiam est, vt sciat heredi scripto ex asse competere bonorum possessionem etiam clusis tabulis testamenti. Sat namque est, si copiam habuerit iurisperitorum, quos consuleret. iuris ignorantia nocet non vtique semper, sed in vrbe potissimum, vbi licet consulere pru-C dentiores. Neque enim ab eo, cui defertur successio, iuris scientia exigitur eadem quæ Iurisconsultis inest: sed ea, quam quis per se habet, aut quam consulendo prudentiores adsequi potest, *d. l. in bonor. de bon. poss. l.* 2. *§. vlt. quis ord. in bonor. possess. seru. l. pen. §. sed iuris, hoc tit.* Hanc iuris scientiam, quam consulendo prudentes, adsequi potest, si aspernatus fuerit, plane ignorantia iuris ei nocebit, quia ignoratio fuit vincibilis, vt Theologi loquuntur, non male, minus latine tamen. Quia vincibilis est, quæ facile vincitur, vt in Phormione, *causa vincibilis.* Illi ignorantiam vincibilem vocant, quæ facile vinci potest, consultis peritioribus. M. Tullius 1. de Orat. *Iuris*, inquit, *vtilitas* D *ad quamque causam iuris repente, vel a peritis, vel de libris depromi potest.* Quod congruit superioribus legibus. Et hæc sunt, quæ pertinebant ad legem 1.

Ad l. 3. Quis ord. in bonor. possess.

Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignoranti filio non nocet.

QVibus adiecit Paulus quod est in *l.* 3. *quis ord. in bon. possess.* circa tempora petendæ bonorum possessionis scientiam patris filio ignoranti non nocere, vt si sciat pater filium heredem scriptum, filius nesciat, scientia patris nescienti filio non nocet: & generaliter, vt ait lex 5. *in princ. hoc tit.* iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius, quam suam nocere. Nec obstat legi 3. *l.* 7. *§. vlt. de* E *bonor. possess.* quæ ait, dies, quibus pater scit, cedere, neque enim dicit eos cedere filio. fateor eos cedere patri, maxime si filius infans sit, quia infantis nomine pater solus accipere aut repudiare bonorum possessionem potest, *l.* 1. *de bonor. possess. fur. infanti, muto comp. d. l.* 7. *§. pen.* non cedunt tamen filio. Et ideo si filius antequam scierit se heredem scriptum esse, emancipatus sit, postea cognito testamento petere bonorum possessionem potest, etiamsi 100. dies præterierint.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum XLV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 2. Si quis aliq. test. prohib.

L. 2. Si quis dolo malo fecerit, vt testes non veniant, & per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi: deneganda sunt actiones ei, qui dolo fecerit: siue legitimus heres sit, siue priore testamento scriptus. 1. §. *Fratris autem factum fratri non nocet.* 2. §. *Si fidei eius, qui dolum admisit, commissum est, vt hereditatem restitueret: ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet, vt commodum legis Falcidiæ fiscus sentiat: dodrantis autem fideicommissarius.*

Rejeci *l. 2. si quis aliq. testari prohib.* in lib. 45. qui est de testamentis. Qua de re illa lex 2. quamquam & aliquatenus posſit accommodari ad bonorum poſſeſsionem, vt ex interpretatione eius manifestum fiet, a qua incipiam. Initio lex ait. Ei qui cognatum, cui ab initio ſucceſſurus est, vel ei, qui eum, a quo priore testam. heres ſcriptus est, prohibet facere, aut mutare teſtamentum data opera, forte, ne conueniant ſignatores, vel claſſici teſtes: ſic proprie vocantur teſtes teſtamentarij, vel ne teſtamentarius, id eſt ſcriptor teſtamenti, ſiue ὀνόματος, ſic appellatur, introducatur teſtamenti ſcribendi cauſa, atque ita, vt non ſit illi copia & facultas teſtamenti faciendi, aut mutandi, ei, inquam, denegari hereditarias actiones, atque etiam poſſeſſorias, vt indicat lex *vnica quibus non compet. bonorum poſſeſſ.* & hereditatem, quæ ab initio, vel ex priore teſtamento ei defertur, & quæ forte iam ab eo adita eſt, ei auferri & eripi quaſi indigno, & fiſco vindicari. Quod eſt ex conſtitut. Adriani, vt indicat lex 1. *hoc tit.* Et denegantur vero actiones hereditariæ, vel poſſeſſoriæ, veluti petitio hereditatis ciuilis, aut petitio hereditatis poſſeſſoria, quæ prætoria eſt actio, aut actio famil. erciſcund. ſi coheredes habeat. Ei, inquam, ex hac cauſa denegantur actiones: vel, vt autumat Accurſius oppoſita exceptione doli mali, vel quod magis eſt, citra exceptionem officio prætoris, vt in *l. veluti, de verbor. obligat.* Subiicit autem Paulus, factum fratris, fratri non nocere: factum coheredis coheredi ſiue conſorti non nocere: vt ſi duo ſunt fratres, qui parentis inteſtati legitimi heredes futuri ſint, quorum vnus prohibeat parentem facere teſtamentum, quo forte eum exheredaturus erat, alter non prohibeat, pars tantum prohibentis caduca fit, nec factum eius fratri innocenti quicquam nocet. Alterius ſcilicet dolus alteri non nocet, *l. electio* §. *vlt. de noxal. act.* Verum huic ſententiæ obloqui & repugnare videtur lex 1. §. *ſi dominus, hoc tit.* & *d.* lex *vnica, quibus non compet. bonorum poſſeſſ.* quæ leges dicunt, factum domini vel patris, qui dolo malo fecit, ne teſtamentum mutaretur, in quo ſeruus aut filius eius heredes ſcripti erant, ſeruo vel filio poſtea manumiſſo, vel emancipato nocere, ac proinde ei denegari hereditarias, vel poſſeſſorias actiones, & fiſco locum eſſe, quamuis ipſe non prohibuerit: Sed vt breue faciam, hoc ideo, quia ſeruus vel filius non habent defuncti ſupremam voluntatem, cum mutaturus teſtamentum fuerit, ni pater, vel dominus obſtitiſſet. In ſpecie autem propoſita frater, quia non prohibuit parentem facere teſtamentum, non poteſt videri non habuiſſe defuncti patris voluntatem. Imo factum fratris, qui prohibuit, argumentum eſt, eum ſolum non habuiſſe defuncti voluntatem, eum ſolum parenti nec gratum, nec acceptum fuiſſe. Separari etiam hac in re oportet factum fratris a ſcientia patris. Scientia patris filio non nocet circa tempora petendæ bonorum poſſeſsionis, vt ſupra didicimus ex *l. 3. quis ord. in bonorum poſſeſſ.* quia filius ex voluntate, ex iudicio defuncti venit. At *in dicto* §. *ſi dominus*, & in *d. l. vn.* factum patris filio nocet, quia filius non venit ex iudicio defuncti, quandoquidem pro filio defunctus poſteriore teſtamento alium heredem facturus erat, ni pater obſtitiſſet. Poſtremo additur in §. *vlt. huius legis.*

Ad §. vlt.

SI heres priori teſtam. ſcriptus, & rogatus eodem teſtamento alij hereditatem reſtituere dolo malo fecerit, ne teſtamentum mutaretur, eam hereditatem caducam fieri cum onere fideicommiſsi, cum onere reſtituendæ hereditatis, ita ſcilicet, vt fiſcus retineat Falcidiam, quam heres ſcriptus retenturus erat, & dodrantem fideicommiſſario reſtituat ex Senatuſconſultum Trebelian. vt *l. 3.* §. *vlt. ad Trebell.* Quod generaliter ſeruatur in omnibus caducis: nimirum, vt ſemper caduca fiant cum ſuis oneribus, quæ ſcilicet ab heredibus ſcriptis recidunt in fiſcum, ita vt fiſcus ſit heredum loco, *l. quidam* §. *quotiens, de leg.* 1. *l. in facto* §. *vlt. de cond. & demon.* Obſerua autem in hoc §. *vlt.* Paulum loqui de hereditate non de legato: nam ſi legatarius teſtatorem prohibuerit mutare teſtamentum, legatum ei relictum non fit caducum ſi id alij reſtituere per fideicommiſſarium rogatus fuerit, *l.* 1. §. *pen. hoc tit.* Et ratio eſt euidens, quia legatarius oneratus fideicommiſſo non vtitur beneficio legis Falcid. Quare nec ex legatarij perſona quicquam cadere in fiſcum poteſt, & fideicommiſſum integrum debetur fideicommiſſario. Et hæc ſunt, quæ pertinent ad illam *l. 2. ſi quis aliqu. teſt. prob.* Sequitur *l. 9. de cond. inſt.* quæ apertiſsima eſt.

Ad l. 9. de cond. inſt.

L. 9. Conditiones quæ contra bonos mores inſeruntur, remittendæ ſunt: Veluti ſi ab hoſtibus patrem ſuum non redemerit: ſi parentibus ſuis, patronoue alimenta non præſtiterit.

AIt, conditiones inſtitutionibus, extraneorum heredum ſcilicet, adſcriptas contra bonos mores, veluti ſi patrem ſuum ab hoſtibus non redemerit, ſi parentibus ſuis, aut patronis alimenta non præſtiterit, quod eſt, ſi impius erga parentes aut patronos fuerit, haſce conditiones non vitiare inſtitutionem, ſed vitiari ipſas, aut haberi pro non ſcriptis, aut ipſo iure videri remiſſas, vt *l. 14. eod.* Dixi *extraneorum heredum*: nam filiorum ſuorum heredum inſtitutiones factæ ſub conditione turpi & probroſa vitiantur, *l. 15. hoc tit.* hac ratione, quia filij ſui heredes, qui ſunt in poteſtate inutiliter inſtituuntur ſub conditione, quæ non eſt in eorum poteſtate. At conditio turpis non intelligitur eſſe in noſtra poteſtate.

Ad l. 9. teſt. quemadm. aper.

Si mulier ventris nomine in poſſeſſione ſit: aperiendæ ſunt ſecundæ tabulæ, vt ſciatur, cui mandanda ſit curatio.

APeriuntur tabulæ teſtamenti ſtatim poſt mortem teſtatoris, in foro, aut Baſilica, præſentibus teſtibus & ſignatoribus teſtamenti, vel optimæ opinionis viris, honeſtis viris. Et hoc ideo, ne mora fiat heredibus ſcriptis, aut legatariis, aut libertatibus, aut fiſco, vt Paulus ſcribit aperte 4. Sent. *tit. de viceſima.* heredibus, inquam, extraneis ſcriptis ex parte, qui ante Iuſtinianum adire hereditatem non poterant ante apertas tabulas teſtamenti, vt ſupra didicimus ex *l. 1.* §. *vlt. de iur. & fact. ignor.* vel etiam heredibus ſcriptis ex aſſe, qui mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum ex edicto Diui Adriani non poſſunt ante apertas tabulas teſtam. *l. filiam, ad Trebell. l. 3. C. de edicto Diui*

Diui Adriani toll. Legatariis autem & libertatibus, quia A per legem Papiam legatorum dies cedebat ex apertis tabulis demum, & libertatum ex die aditæ hereditatis, vt constat ex tit. *de cad. toll.* Vt autem fisco mora non fiat, quia ex apertis tabulis fisco debebatur vicesima hereditatum extraneis relictarum. Quod a Paulo in supradicto loco appellatur necessarium vectigal: *Aperiendæ,* inquit, *sunt testam. tabulæ statim, ne mora fiat necessario vectigali,* id est, vicesimæ hereditatum. Aperiendæ autem sunt principales tabulæ testamenti, quas sibi paterfam. fecit, non etiam secundæ tebulæ, id est, tabulæ pupillares, quibus continetur substitutio pupillaris, quam pater fecit liberis impuberibus, quos habuit in potestate, vel postumis relicta vxore prægnante. Pupillares, inquam, tabulæ non sunt aperiendæ, antequam exstiterit casus substitutionis pupillaris, videlicet si separatim eas pater signatas reliquerit septem testium signis. Potest pater & suas, id est, principales B tabulas, & pupillares tabulas simul obsignare septem testium signis, vtrisque sufficiunt 7. signa testium *l. patris de vulg. subst.* Sed potest etiam seorsim suas obsignare 7. testium signis, & similiter pupillares seorsim totidem testium signis. Et hoc ita si fecerit, pupillares tabulæ temere non sunt aperiendæ, sed causa cognita tantum, vt ait *l.* 8. *hoc tit.* Ad quam statim iustæ causæ exemplum subiicitur in *l.* 9. hic: Si ei, qui est in vtero vxoris, pater fecerit substitutionem pupillarem, eiusque nomine vxor missa sit in possessionem, & de curatore ventri bonisque dando agatur & quæratur, nunquid vt substitutum, ita & curatorem ven- C tri dederit pater: nam vt hoc sciatur, hæc sat iusta est causa aperiendarum pupillarium tabularum, quia etsi iure nullus curator testamento detur, tamen confirmari solet curator, qui a patre datus est. Et ita est explicanda *l.* 9. Verum ad causam aperiendarum tabularum testamentum etiam refero *l.* 5. *ad municip.* quæ etiam huic libro adscribitur, & docet hoc tantum.

Ad l. 5. ad municip.

L. 5. Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex æquo negotietur, nusquam domicilium habere. Quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, aut domicilium habere: quod verius est. D

PLuribus quem locis domicilium habere posse, nec verum esse, quod Labeo indicauit, eum, qui in pluribus locis æqualiter moratur & negotiatur, nusquam domicilium habere, quia, imo omnibus locis domicilium habere intelligitur. Ad quod facit *l. eius* §. *Celsus, eod. tit.* Nihil denique vetat plurium quem ciuitatum ciuem aut incolam esse: Incolam esse, est domicilium habere. Vnde in aperiendis tabulis testamenti mittendæ sunt tabulæ, vbi signatores testamenti sunt, vt ait aperte *l.* 7. *test. quemadmodum ap.* vt signum quisque suum & manum agnoscat: nam reuocari eos signi sui cognoscendi causa onerosum est. *Quippe,* vt ait, *l.* 7. *sæpe, cum magna captione* a rebus suis reuocentur, & iniquum sit, damnosum cuique esse E officium suum. ergo non sunt euocandi signatores, sed mittendæ sunt ad eos tabulæ, vt signa sua cognoscant. Vnde si signatorum aliquis pluribus locis domicilium habeat (ita l. 5. huic tractatui accommodanda est) non quemlibet in locum tabulas mitti fas est, sed eo mitti tabulas oportet, quo loco ipse nunc consistit, & diuersatur. nemo potest omnibus locis, omnibusue domiciliis eodem tempore consistere. Non tam igitur spectatur, vbi domicilium habeat, quia & pluribus locis habere potest, quam vbi nunc sit, vbi degat. Porro ex hoc libro est etiam *l.* 9. *si quis omiss. caus. test.*

Ad l. 9. si quis omiss. caus. test.

Sed & si adhuc parendi conditioni tempus habeat, hac parte edicti non tenetur.

SVb hoc tit. proponitur edictum prætoris, quo legatariis subuenitur, & fideicommissariis, & seruis testamento manumissis directo, vel per fideicommissum, quorum scilicet in fraudem testamento heres scriptus, qui forte & ab intestato rem habere potest quasi proximus agnatus defuncti, qui deserit testamentum, qui repudiat hereditatem ex testamento, & eam amplecti mauult ab intestato, vt scilicet exoneret se præstatione legatorum, aut fideicommissorum, aut libertatum: Nam huic calliditati hoc edicto occurrit prætor palam edicens, teneri eum legatariis & fideicommissariis, perinde atque si ex testamento hereditatem adiisset. Verum addendum est, non teneri tamen eum, qui omissa causa test. ab intestato possidet hereditatem, iis quibus dare, vel facere iussus est, puta heredem institutum sub conditione, *si Titio decem dederit,* si omittat testamentum, & ab intestato gerat se pro herede, non teneri Titio decem dare, quia Titius legatarius, aut fideicommissarius non est, *l.* 8. *hoc tit. l. Mæuius, in fine, de condit. & demonstrat.* nec si heres institutus Titio decem dederit conditionis implendæ causa, legatum id dicitur aut fideicommissum, sed dicitur mortis causa capio, *l. mortis causa cap. de mort. caus. donat.* Ex qua quidem mortis causa capione, vt hoc fiat manifestius, etiam interueniente lege Falcid. non detrahitur quarta, *l.* 1. §. *item si legatum, & l. acceptis, ad leg. Falcid.* quæ tamen detrahitur ex legato. Ergo mortis causa capio non est legatum. Vnde, vt ex Paulo traditum *l.* 9. si quis heredem instituerit sub conditione dandi Titio 100. præstituta etiam die, intra quam daret, quamuis adhuc parendi conditioni heres tempus habeat, & ab intestato hereditatem possideat, Titio tamen ex hoc edicto tenetur vt numeret 100. quia legatarius non est, aut fideicommissarius aut manumissus testamento. Et huius tantum generis personis hoc edicto succurrit prætor.

Ad l. 16. De iniur.

Sed non esse æquum, pro maiore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri, Pedius ait. Et ideo officio iudicis portiones æstimandæ erunt.

HVic etiam lib. 45. adscribitur lex 16. *de iniuriis,* sed falso cum sit adscribenda 55. vt & complures aliæ leges in eo tit. de iniuriis sunt ex *lib.* 55. quadragesimus quintus de testamentis fuit, non de iniuriis. Verum breuiter exponamus, quod est in ea lege 16. in qua refertur a Paulo sententia Pedij IC. qui seruo communi plurium facta atroci iniuria, dicebat singulis dominis competere actionem iniuriarum, & damnationem fieri pro portione dominica, id est, pro portione, qua quisque serui dominus esset. Et ita officio recuperatoris vel iudicis, portiones domini esse æstimandas. Nihil præterea. Cui sententiæ obstat §. *si communis, Instit. de iniur.* Pedius dicebat, æquum esse damnationem fieri, verba sunt legis, *pro portione, qua quisque dominus esset.* Contra ille §. ait, *æquum esse æstimationem iniuriæ non fieri pro portione domini, sed ex persona dominorum:* adiecta optima ratione, quia ipsis dominis iniuria facta est. iniuria nulla fit seruo, sed dominis. Et ideo ex persona dominorum iniuriæ æstimatio facienda est, non ex persona serui, habita ratione dominij, quod quisque in seruo habet. Pedius vero quasi seruo facta esset iniuria, non dominis, quod est falsum, portiones, quas in seruo habuerint, ac si per seruum acquisisset actionem iniuriarum, spectandas esse putabat. Ceterum non ex persona serui adquirunt actionem iniuriarum, quæ in nullo numero est, sed ex persona sua, quia ipsis facta est iniuria. Itaque æquior est sententia §. *si communis.* Qui locus est singularis in iure, & satis apertus, quum ait, *quia ipsis dominis fit iniuria,* quamuis non nominet Pedium, refellit tamen sententiam Pedi.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XLVI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 6. De SC. Syllan.

L. 6. Etsi percussor certus sit: tamen habenda quæstio est, vt cædis mandator inueniatur. Vtique autem ipse maxime quæstioni dabitur, quamuis & ceteri puniantur.

1. §. *Quamuis alias in caput domini serui non torqueantur: recte tamen fiet quæstio, etiam si heredem accuset, siue extraneus heres, siue ex suis sit.*

2. §. *Si vnus ex dominis non compareat, quærendum est de casu eius per seruos, quos communes habuerunt, magis enim de salute aut vltione domini non comparentis, quam in caput præsentis torquebuntur.*

3. §. *Si appetitus sit, nec occisus dominus: nihil Senatusconsulto cauetur. Ipse enim in familiam suam potest animaduertere.*

IN hoc libro 46. sunt tantum duæ leges, lex 6. & 8. *de S*[.] *Syllan.* Ex SC. Syll. quod factum est Augusti temporibus. Dolabella & Syllano consulibus hereditas eius, qui a familia sua, a seruis suis occisus esse dicitur, non potest adiri, neque bonorum possess. peti, antequam de omni familia quæstio publica habita sit tormentis adhibitis: de omni, inquam, familia, quæ sub eodem tecto fuerit, vel vt vno verbo est apud Festum, *quæ subfuerit.* Quo verbo hic Neratius vsus videtur. Quod ita Festus interpretatur, *quæ sub eodem tecto fuerit,* eo scilicet tempore, quo dominus occidebatur: alioquin hereditas adita ante quæstionem de familia habitam sumptumque supplicium de noxiis, caduca fit, & heredi, qui adiit, aufertur quasi indigno, *l.* 3. §. *vlt. ad SC. Trebell. l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Liquere autem prius semper debet, dominum scelere peremptum, scelere suorum, non sua manu: & rursus scelere, non obsequio, veluti imperante domino, vt se occidat seruus, vt vitam sibi eripiat. Liquere igitur primum debet scelere occisum dominum, deinde quæstionem haberi, *l.* 1. §. *item illud, hoc tit.* Vnde & hodie priusquam homicidij quæstio introducatur, liquere debet de occiso, nec tamen temere credendum est morienti domino, qui se a seruo illo, vel illo occisum dixit, nisi potuerit id probari, vt eleganter ait *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Vnde nec hodie si quis mortifere vulneratus moriens dixerit, se ab illo occisum, non est ei temere credendum, quia potuit hoc errans dixisse, ipso scilicet momento moriendi. Sed si certum eius rei iudicium protulerit, non dubito, quin credendum ei sit. De familia autem quæstio habetur non tantum, si incertus sit percussor, sed etiam si certus, vt Paulus ait initio l. 6. etiam si certus sit percussor, non ideo minus habendam esse quæstionem de familia, nimirum vt cædis mandator, si quis sit, inueniatur. Sic enim hæc verba Pauli accipienda sunt, *Etsi percussor certus sit, tamen habenda est quæstio,* de familia scilicet, non vt glossa de percussore qui certus est: vt, inquit, cædis mandator inueniatur: nam & de percussore subiicit, ipsum maxime quæstioni dari ob eam rem, nempe vt prodat mandatorem. Et hoc est, quod ait: *vtique autem ipse maxime quæstioni dabitur.* Ipse percussor scilicet non vt de se interrogetur, cum certus sit, sed vt interrogetur de mandatore, quo mandante facinus admisit, qui quidem mandator ipse, perinde atque percussor est puniendus, *quamuis,* inquit, *& ceteri quoque puniantur.* Quid hoc est? Ceteri scil. serui. Non punitur tantum percussor aut mandator, sed etiam ceteri serui, qui sub eodem tecto fuerint & auxilium non tulerint. Ceteri ergo, id est, ceteri serui, non vt glossa, *ceteri mandatores,* quæ hanc Pauli sententiam non intellexit, neque etiam de sequenti quicquam affirmare ausa est. Certus autem percussor, ne hoc ignoremus, est is qui confitetur, qui etsi de consciis interrogari & torqueri non debeat, qui desperat de sua salute, qui de se confitetur, etsi de consciis interrogari & torqueri non debeat aut possit, *l. repeti* §. 1. *de quæst. l. vlt. C. de accusat.* tamen interrogari potest de mandatore, *l. prius* 17. *hoc tit.* conuictus autem reus potest interrogari de quolibet, de consciis, participibus mandatoribus. Sequitur in hac lege: *Quamuis alias in caput domini serui non torqueantur.* Vetustissimum ius est, quod obtinuit etiam in republica, vt ex Miloniana constat, *seruos, in caput dominorum non torqueri,* non interrogari. Sunt enim natura, vt est in prouerbio, hostes dominorum: *quot serui tot hostes.* Excipiuntur tamen tres casus triave crimina, adulterij, perduellionis, & fraudati census, siue vectigalis, in *l.* 1. *C. de quæst.* Quibus casibus addi potest quartus ex hoc §. 1. si suus heres, qui statim a morte testatoris heres existit, siue aditione, siue cretione, siue bonorum possessione, & consequenter statim seruorum hereditariorum dominus fit, si hic, inquam, suus heres testatorem occidisse dicatur: nam & hoc casu serui in heredem dominumque suum torquentur, & generaliter, vt definit Paulus hoc loco, qui non habet alium sensum Accursius adfert tres aut quatuor. vt, inquam, definit Paulus hoc loco, & 3. Sententiarum hoc titulo. De familia habetur quæstio, etsi heres testatoris occidisse dicatur: nec interest, inquit, extraneus, an ex liberis sit, hoc loco ait, siue extraneus heres, siue ex suis sit.

Ad §. penult.

AD hæc notandum est ex §. *pen. huius legis.* Si vnus ex dominis alterum, qui nusquam comparet, occidisse dicatur, de seruo communi haberi quæstionem, quia hoc pro domino fore videtur, qui occisus est, potius quam contra dominum, qui accusatur. Et ita est proditum aperte, quem locum omisit glossa *in lege extraneo,* §. *pen. de quæst.* vel, vt Paulus ait in hoc §. *pen.* eodem sensu, *magis de salute, aut vltione domini non comparentis, quam in caput præsentis torquebitur.* Præsentis, qui insimulatur homicidij: alias vero, vt idem Paulus ait 5. *Sent. tit. de seruor. quæst.* *Communi seruus in caput alterius ex dominis torqueri non potest.* Sed in hac specie magis torqueri videtur pro domino, id est, pro salute aut vltione domini. Et hoc colore siue prætextu etiam dicitur in *l.* 2. *Cod. Theodos. ne præter crimen maiestatis serui dominos accusent*: In crimine perduellionis, quod ad salutem principis pertinet, seruos audiri contra dominum proprium: quia, hæc est colorata ratio, *pro salute domini rerum,* id est, Principis, interuenire videntur.

Ad §. vlt.

IN §. vlt. huius legis ostenditur, Senatusconsulto Syll. locum esse, si dominus occisus sit. Senatusconsultum loquitur de occiso, non ergo, si duntaxat dominus ferro aut insidiis appetitus sit, non occisus, quia inquit, hoc casu ipse in familiam suam, quæ auxilium non tulit, vel quæ ipsum appetiuit, animaduertere potest. Qua ratione etiam dicitur, si seruus domino furtum fecerit, necesse non habere dominum, vel extraneum aduersus furem agere furti, cum ipse in furem statuere possit, *l. serui, aut filij, de furt.*

Ad leg. 7. eod.

Et in libertos extraordinarium auxilium habebit.

ET iis additur statim in *l.* 7. *h.t.* libertos, in quos patronus animaduersionem non habet, quia liberi homines sunt, si patroni vitam appetierint, licet rem non peregerint

rint, extra ordinem coerceri tanquam ingratos, & inofficiosos extra ordinem, quia legibus siue iure ordinario non est prodita actio ingrati, sed præbetur hoc casu in libertos extra ordinem: sicut & in donatarios, *l. 1. C. de libert. & cor. lib.* Iudicium, inquit, extra ordinem præbetur, quod optime congruit his verbis legis 7. vbi ait idem Paulus, & *& in libertos*, qui scilicet patronum gladio appetierint, *extraordinarium auxilium habebit*, id est, extraordinariam actionem ingrati. De libertis etiam hoc notandum ex constitutione Traiani, patrono occiso, & de libertis, qui sub eodem tecto mansitarunt quæstionem haberi, & supplicium sumi: quos scilicet viuus manumiserit. Primum autem de seruis tantum quæstio habetur ex Senatusconsulto Syll. qui sub eodem tecto fuerunt, deinde de libertis etiam testamento manumissis quæstio habetur, & supplicium sumitur patrono occiso ex Senatuscons. Pisoniano, siue Neroniano, vt constat ex Cornelio Tacito 13. Annalium. *De his*, inquit, *seruis, qui testamento manumissi essent.* Post ex constitutione Traiani, cœpit etiam quæstio haberi de liberis, quos qui occisus est, viuus manumisisset, id est, inter viuos, etiamsi illi liberti iure annulorum aureorum donati essent. Quod ostenditur in *l. 10. §. vlt. & l. seq. hoc tit. Idem erit*, inquit, *de iis libertis, qui ius annulorum petierint.* Non ergo, vt arbitror, de iis libertis, qui natalibus restituti sint: quoniam hi sunt prorsus ingenui, non ij, qui aureo tantum annulo aut facultate gestādi annuli donati sunt. Qui natalibus restituti sunt, plane ingenui sunt, & difficilius torquentur ingenui, quam libertini: nam & libertini perraro torquentur. Hoc tantum casu torqueri possunt, si ipsi eodem loco fuerint, quo occisus patronus est, ex const. Traiani. Qua de re exstat epistola Plinij lib. 8. ad Aristonem Iurisconf. de libertis Afranij Dextri consulis cum de cæde eius quæreretur. Et ante Traianum quoque Dio scribit, Domitianum Imperatorem de Epaphrodito liberto Neronis sumpsisse supplicium, quod Neroni opem non tulisset, cum occideretur. Et apud Corn. Tacit. 14. *Annal.* tempore Neronis etiam Varro in senatu censuit, vt liberi quoque, qui sub eodem tecto fuissent, cum patronus occideretur, Italia deportarentur. Transeamus ad *l. 8.*

Ad l. 8. eod.

L. 8. SC. Pisoniano cauetur, vt si pœnæ obnoxius seruus venisset, quandoque animaduersum in eum esset, vt venditor pretium præstaret: ne emptori iniuriam fecisse videatur senatus. 1. §. Si filiusfam. qui in castrensi peculio testatus est, occisus sit: omnimodo id defendendum est, vt ex quibus casibus ad fiscum patrisfam. bona pertinent; his casibus & huius peculium potius quam ad heredes, qui deliquerunt in adeundo & similibus, vltiue non sunt.

INitio huius legis 8. proponitur aliud caput SC. Pisoniani siue Neroniani, quod scilicet factum est Nerone & Pisone Consulibus, vt si domino a familia occiso post quæstionem familiæ heres vendiderit, & tradiderit noxium quendam seruum: pœnæ, inquit, quendam obnoxium seruum ob cædem domini, bonæ fidei emptori, sumatur quidem supplicium de seruo vendito ex SC. Syllan. sed absque iniuria emptoris: quoniam venditorem emptori pretium reddere oportet. Sumi debent supplicia & pœnæ sine iniuria cuiusquam (quod notandum) sed hac ratione quia noxius venierat. At venditor non prædixerat, noxia solutum esse, fateor: nec tamen ideo minus debet emptori pretium restituere. Alioquin Senatus iniuriam faceret emptori, si illi eriperet seruum, eumque raperet ad supplicium, a venditore ei pretio non restituto. alioquin si seruus venditus post venditionem noxiam fecerit, periculum est emptoris, *l. Lucius, de euict.* In altera parte legis 8. ostenditur, non tantum patrisfamil. hereditatem, sed etiam filiifam. peculium castrense vel quasi castrense, si de eo testamentum fecerit, caducum fieri, si filiofam. a familia sua, a seruis suis castrensibus occiso, heres scriptus contra SC. Syll. peculium siue hereditatem castrensem filiifam. adierit, vel si aperuerit tabulas testamenti ante quæstionem habitam de fam. vel etiam si mortem filiifam. testatoris sui inultam reliquerit: quia ex hac causa heredi aufertur hereditas quasi indigno, qui vel non vindicauit necem domini siue testatoris, vel non ante habuit quæstionem de famil. quam adiret hereditatem. Alioquin non ex omnibus etiam aliis caussis, ex quibus publicatur patrisfam. hereditas, etiam publicatur castrense peculium, sed retinetur a patre iure peculij, si filiusfam. testamentum non fecerit, *l. 1. C. de bon. proscript.* Vt si deportatus sit paterfam. in insulam, tacito iure omnia eius bona publicantur: sed si filiusfam. deportatus sit, non publicantur castrensia, vel quasi castrensia, sed remanent apud patrem superstitem. Ceterum heredibus filiifam. auferuntur, videlicet si testamentum fecerit de castrensi peculio, vel quasi castrensi. Libri sequentes sunt de seruitutibus realibus, & personalibus.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XLVII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 66. De vsufr.

Cum vsufructuario non solum legis Aquiliæ actio competere potest, sed & serui corrupti, & iniuriarum, si seruum torquendo deteriorem fecerit.

PAulus libro 47. egit quidem aliquantulum de seruitutibus personarum & rerum, verum obiter, vt animaduertit: neque enim eius hoc fuit propositum principale, sed præcipue, vt tractaret de cautionibus siue stipulationibus prætoriis, vt & Vlpianus post tractatum de testamentis, de iisdem cautionibus tractauit lib. 51. 52. & 53. Ac primum quidem egit Paulus, vt opinor, de stipulatione fructuaria; sic appellatur in *l. 4. §. vlt. de verb. obligation.* qua scilicet vsufructuarius proprietario stipulanti promittit datis fideiussoribus, vt ostenditur in *l. 13 de vsufr.* finito vsufructu se restituturum, quod inde exstabit, & interim se viri boni arbitratu vsurum fruiturum, id est, se rem causamue vsusfructus, & proprietatis, deteriorem non facturum, *l. 1. vsufruct. quemadmodum cau.* Vnde & re deteriore facta a fructuario, cum eo dominus proprietatis statim ex stipulatu agere potest. Quamquam & aliæ eo nomine ei sint cum vsufructuario actiones, vt, quod Paulus ostendit in *l. 66. de vsufructu*, quæ est ex hoc lib. cum fructuario proprietarius agere potest actione legis Aquil. si forte, exempli gratio seruum fructuarium iniuria occiderit, quod etiam ostendit *d. l. 13. §. de præteritis, eod. tit.* Itemque actione serui corrupti proprietarius cum vsufructuario agere potest, si vsufructuarius seruum fructuarium bonæ frugi ad delinquendum perpulerit. Quod etiam ostendit *l. 9. §. si in seruo, de ser. corr.* Itemque actione iniuriarum, si vsufructuarius torquendo seruum fructuarium deteriorem fecerit, si flagellis cæciderit: neque enim vi eum torquere, neque flagellis cædere potest, *l. 23. in fine, hoc tit.* Paulus 3. Sententiarum tit. de leg. *Seruos*, inquit, *neque torquere, neque flagellis cædere, neque in eum casum facto suo perducere vsufructuarius potest, quo deteriores fiant.* Et secundum hanc interpretationem igitur recte Florentini in hac lege, *cum vsufructuario non solum actione l. Aquiliæ*, vt in Basil. quod idem est ἁρμόζει κατὰ τοῦ χρῆσιν ἔχοντος ὁ ἀκύλιος. Accursius legit

male sine præpositione, *vsufructuario*: nam vsufructuario hæ actiones non competunt, sed earum exemplo vtiles tantum, siue in factum, quod & leges, quas adducit Accursius probant. Sequitur *l. 26. de seruitut. præd. rustic.*

Ad l. 26. De seruit. præd. rustic.

Si via, iter, actus, aquæductus legetur simpliciter per fundum: facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere seruitutem: si modo nulla captio legatario in seruitute sit.

SI cui simpliciter, id est, ἀορίστως testator legarit viam, vel iter, vel actum, vel aquæductum per suum fundum, nec dixerit per quam partem fundi, Paulus in hac l. 26. ait, electionem non esse legatarij, per quam partem fundi seruitute legata vtatur, sed electionem & facultatem esse heredi, per quam partem fundi velit constituere seruitutem, cum modo tamen æquo & pari, ita scilicet, vt id faciat ex vsu & commodo legatarij, sine captione, sine incommodo legatarij. Cur sententiæ Pauli statim opponitur quod Celsus scribit in *l. 9. de seruit.* si cui simpliciter, vel, vt ibi est scriptum, si cui simplicius per fundum via relinquatur, quod est, legetur (viui cedunt viam, morientes autem relinquunt legati genere, aut fideicommissi) si cui, inquam, simpliciter per fundum via legetur, legatario facultatem esse, per quam eius fundi partem viam munire & ire agere velit: modo, vt ait, id faciat ciuiliter: nam vt eleganter ait, in sermone omni indefinito quædam semper tacite excipiuntur, quem modum etiam suæ sententiæ adiecit Paulus in hac *l. 26.* his verbis, *si modo nulla captio legatario in seruitute sit.* Sed Paulus electionem dat heredi, Celsus legatario. Itaque in summa, re diffident inter se & discordant. Verum missis glossarum & Dd. traditionibus ex veteri iure vtroque hæc adhibenda distinctio est: Aut seruitus legata est per damnationem, *Heres meus damnas esto, illi viam dare cedere per fundum illum*: Et hoc casu electio est heredis, quia & sermo dirigitur ad heredem: Aut legata est per vindicationem, *lego tibi viam per fundum meum*, & electio est legatarij, per quam partem ire agere velit. Quæ distinctio etiam seruatur in homine, vel alia re simpliciter, siue generaliter, non nominatim legata: nam si homo legatus sit simpliciter siue generaliter per vindicationem, legatarij electio est, quem ex vniuersa familia testatoris malit accipere: ciuiliter modo: neque enim optimum eligere potest, veluti seruum actorem, cuius amissio sæpe euertit totam domum, vt ait *l. vlt. de offic. præf.* Denique optimum eligere non potest. Et ita est scriptum in *l. legato generaliter, de leg. 1.* Sin vero homo legatus sit per damnationem, heredis electio est, ita tamen vt non pessimum præstet, non compeditum, aut compunctum notis, non noxium. Et cum modo igitur semper vel heredis, vel legatarij electio est, secundum speciem, genusve legati, *l. si a substituto §. 1. de legat. 1.* Vlpianus *lib. sing. reg. Optione*, inquit, *legati per vindicationem data, legatarij electio est, veluti hominem optato, eligito.* Sequitur idemque est (vt restitui) si generaliter legauerim Titio hominem: *At*, inquit, *si ita: heres meus damnas esto hominem dare, heredis electio est, quem velit dare.* Hæc Vlpianus. Et est apertissimum. Vnde & M. Tull. de Inuent. *Cum paterfam. sic vxori suæ legauit: heres meus vxori meæ vasorum argenteorum 100. pondo, quæ volet, dato*, quod est legatum per damnationem, recte ait, *refelli heredem, qui se, quæ ipse vellet, debere dicit, quive sibi arbitrium eligendi permissum esse adserit:* nempe muliere obiiciente, si heredis voluntati testator permittere velit, electionem vasorum, nihil attinuisse adscribi, *Quæ volet*, quia eo etiam non adscripto, nihil inesset dubitationis, quin heres quæ ipse vellet, daret: quia scilicet legatum relictum est per damnationem. Ex quo sequitur hæc verba, *quæ volet*, aut esse superuacua, si referantur ad heredem, aut potius sic esse accipienda, *quæ volet legataria, id est, quæ volet vxor.* Hac vero de re egit Paulus in *hac l. 26.* cum tractaret de stipulatione damni infecti, vel de operis noui nuntiatione, nam qui viam munit, sternit, vel iter, vel aquæductum format per certam partem fundi, sine damno domini, aut vicinorum id facere debet, vt & qui munit viam publicam, *l. 15. §. si quid in via, l. 31. de dam. infec.* Et ideo cauere etiam debet de damno iufecto, quod contigerit in via munienda: de damno nondum facto, quod tamen futurum veremur. Et generaliter non tantum qui dominium fundi habet, sed & qui seruitutem in fundo habet, cauet de damno infecto, *l. qui bona fide §. 1. de dam. infec.* De qua cautione etiam hic egisse Paulum indicat *l. 3. eiusd. tit.* quæ est ex hoc libro: In qua & quasi plura tractaturus de cautione huiusmodi damni, & damnationis notationem exposuit: quasi scilicet hæc dicta sint ab ademptione & quasi deminutione patrimonij, vt apud Varronem *4. de lingua Latina*, eodem prorsus modo, *damnum a demptione*, inquit, *quum minus refactum, quam quanti constat.* Vnde, & apud Gellium, *Lunæ aucta vel damna, vices augendi, vel minuendi.* Et hunc quoque tractatum de cautione damni infecti Paulus persecutus est libro 48.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum XLVIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 31. de seru. vrb. præd.

Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, seruitutemque præstaret, deposuit ædificium: concedenda erit legatario vtilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum ædificium conabitur.

AC primum lege 31. *de seruit. præd.* si damnatus sit heres, ne officeret luminibus vicini, & seruitutem vicino præstaret, id est, cederet, altius ædes non tollendi, *l. luminum, & l. hæc autem, hoc tit.* & heres deposuerit ædes, id est, prorsus ædes solo æquauerit, ac deinde eas restituat, legatario, inquit, vtilis actio dabitur, actio confessoria scilicet, siue vindicatio seruitutis legatæ, qua nempe prohibeat heredem, si supra priorem modum ædificium, quod restituit, extollere velit, quod congruit cum *l. cum luminibus, hoc tit. & l. 1. C. de seruit. & aq. & constit. Zenonis, de ædificiis priuatis.* Ideo autem vtilis actio datur legatario, vtilis vindicatio legatæ seruitutis, non directa, quia si quis strictius interpretetur, quod & glossa intellexit, aliud est ædificium, quod restituitur, quam quod fuit id, cui seruitus imposita est, *l. seruitutes §. si sublatum, hoc tit.* Sed vtilitas exigit, vt idem esse intelligatur, quod reponitur, vtque legatario liceat intendere, ius heredi non esse, nec id quoque extollere supra priorem modum, quod restituit, quamuis non ei proprie imposita sit seruitus altius non tollendi. Quin, quod addendum est, & heredi ædificanti, restauranti ædificium supra priorem modum legatarius opus nouum nuntiare potest, *l. inter seruitutes, hoc tit. l. de pupill. §. & belle, & l. non solum, in princ. de nou. op. nunt.* Ac præterea legatario postulanti, heres qui restaurat ædificium, cauere debet damni infecti, quod ostenditur apertissime in *l. qui bona fide §. si quis opus, de dam. infec.* nec dubito quin & verba huius legis 31. subiunxerit Paulus. Verum his addamus etiam ex hoc libro legem decimam, *de interrogat.*

Ad l. 10. de interrog. in iur. fac.

L. 10. Non alienum est, eum a quo damni infecti stipulari velimus,

velimus, interrogare in iure: an ædes eius, vel locus ſit, ex quo damnum timeatur: & pro qua parte: vt ſi neget ſuum prædium eſſe, nec caueat damni infecti: aut cedere, aut reſiſtendum putauerit, quaſi dolo verſatus, tradere compellatur.

QVæ aperte ſcripta eſt de cautione damni infecti, & ait, vicinum a quo ſtipulari volumus damni infecti de ruina ædium ſuarum imminente, vicinum illum in iure id eſt, apud prætorem, vel præſidem interrogare poſſe, an ædes, vel an pars ædium, an locus, ex quo ruina vel damnum timetur, eius ſit, pro qua parte videlicet, vt ad eam partem damni infecti ſtipulationem accomodemus, vt rite concipiamus ſtipulationem, *l. qui ſeruum* §. *vlt. hoc tit.* aut ſi falſo neget prædium ſuum eſſe, ædes ſuas eſſe, nec caueat damni infecti, aut decedere debet (ſic hic locus eſt accipiendus) de poſſeſſione prædij, ſiue ædium vice cautionis, quam non præſtat, aut ſi poſſeſſione decedere nolit, ſi reſiſtendum putat, quaſi dolo malo verſatus, & mentitus, totius prædij poſſeſſionem tradere compellitur vicino, cui non cauit, non ex edicto (vt gloſſa voluit) de damno infecto, & ſecundum eius edicti ordinem ex primo & ſecundo decreto, neque enim illius edicti ordo in eum, qui ſe falſo negat eſſe prædij vitioſi dominum, ſeruatur, ſed ex hoc edicto de interrog. in iure fac. ſtatim conuenitur ex proprio mendacio, ex proprio dolo. Quod & in hunc locum Græci notant, ἐκ τῆς ἰδίας ἐρωτήσεως ἢ τοῦ ψεύδους, οὐκ ἐκ τῆς τοῦ πραίτορος αὐθεντίας. Quia dolo malo verſatus eſt, ſtatim aut iubetur decedere de poſſeſſione, aut cauere: vel ſi nolit cauere, aut decedere poſſeſſione, compellitur viribus imperij, tradere poſſeſſionem ædium, quarum falſo negauit ſe eſſe dominum. Longe alius eſt ordo edicti de damno infecto: Nam qui non cauet damni infecti, non ſtatim decedit de poſſeſſione, ſed is, cui non cauetur, ſtatim mittitur in poſſeſſionem ex primo decreto, ita vt ſimul cum eo ſit in poſſeſſione ædium ruinoſarum. Ergo non ſtatim cedit poſſeſſionem: ſed ſi poſt primum decretum adhuc pergat non cauere damni infecti, expellitur poſſeſſione, & vicinus, cui non cauit ex ſecundo decreto, iubetur ædes poſſidere iure dominij. Qui ordo oſtenditur in *l. ſi finita, de damn. inf.*

Ad l. 17. vt legat. nom. cau.

Si ab vno ex heredibus legatorum ſatis accipimus, cum ab omnibus heredibus nobis legatum eſſet, ſi pars coheredis adcreſcat promiſſori, in totum fideiuſſores tenentur, ſi ſolidum legatum is cœperit debere.

PRæterea in *l.* 17. *vt legat. nom. caueatur*, quæ eſt etiam ex hoc lib. 48. duas cautiones prætorias coniunxiſſe videtur, cautionem legatorum in diem, vel pure, vel ſub conditione relictorum: Nam de pure legatis aliquando cauetur, & cautionem damni infecti. Sententia legis hæc eſt: ſi legato relicto ab omnibus heredibus vnus heres legatario cauerit legati nomine datis fideiuſſoribus & poſtea portio coheredum repudiantium hereditatem ei adcreuerit cum ſuis oneribus, fideiuſſores, quos ille dedit, tenentur in ſolidũ legati præſtandi cauſa & ſeruandi. Quod & a ſimili belle confirmari poteſt ex *l. vlt. in princ. quod legatorum.* Et videtur etiam hoc loco Paulus accommodaſſe ad cautionem damni infecti, hoc modo: *ſi vnus ex heredibus ſuo nomine promiſerit damni infecti prædij hereditarij ruinoſi nomine deliberante coherede, aut coheredibus deliberantibus, & poſtea coheredum portio ei adcreuerit, ex ſtipulatione damni infecti quam præſtiterit, tenetur in ſolidum*, quia retro ſolus ipſe heres fuiſſe intelligitur, *l. quia retro, ad leg. Aquil.* Alioquin in partem duntaxat teneretur, ſi coheredes omnes adirent, *l. ex damni* §. *item ſi plurium, de dam. inf.*

Paul.

Ad l. 10. de damn. inf.

Quamuis alienus vſusfructus ſit, dominum promittere oportere Caſſius ait. Niſi proprietarius in totum repromittat, vel fructuarius ſatiſdet: mitti oportet in poſſeſſionem eum, cui non caueatur. Sed niſi proprietario repromittenti fructuarius caueat: denegandam ei fructus petitionem Iulianus ſcribit. Sed ſi fructuarius de ſoli vitio quid præſtiterit, ius domini ad eum transferri oportet.

VT perſequar cætera, quæ de cautione damni infecti lib. 48. Paulus ſcripta reliquit, explicanda eſt primum *l.* 10. *de dam. infect.* Cuius ſatis compertum eſt, ex edicto prætoris, quod proponitur in *l.* 7. *hoc tit.* cautionem damni infecti, vel nudam cautionem eſſe ſine fideiuſſoribus, quæ repromiſſio dicitur: vel ſatiſdationem eſſe, id eſt, dationem fideiuſſorum: ſatiſdare dicitur, qui dat fideiuſſores ſiue adpromiſſores, quod idem eſt. *Repromittit* autem, qui ſolus promittit, qui fidem ſuam ſolus obſtringit. Et cautionem damni infecti, nudam cautionem eſſe, nudam repromiſſionem, ſi quis ſuo nomine de re ſua caueat damni infecti, ſiue ſit dominus prædij vitioſi, ſiue bonæ fidei emptor, ſiue quis alius, qui in alieno prædio proprium ius ſeruitutis habeat, *l.* 13. *in princ. &* §. 1. *hoc tit.* Satiſdationem vero eſſe, ſi quis timenti damnum alieno nomine caueat, veluti procurator nomine mandatoris. hic ſatiſdare debet, nedum repromittere, aut etiam ſuperficiarius. Nam & ſuperficiarius nomine eius, qui ſoli, & per conſequentiam ſuperficiei dominus eſt, quia ſuperficium cedit ſolo: ſuperficiarius, inquam, cauet damni infecti cauſa, non ſuo, ſed domini nomine, qui & ſoli, & ſuperficiei dominus eſſe intelligitur. Quamuis ipſe ſuperficiarius in ſuperficie ius, quod dicitur ſuperficiarium, ſiue ἐμβατευτικὸν habeat. Fructuarius quoque ſatiſdare debet, *l. prox.* §. *vlt. ſup.* quia prædij dominus non eſt: & domini nomine cauet in totum, ad quem dominum, id eſt, proprietarium totum etiam prædium pertinet: & pertinere dicitur, etiamſi vſusfructus alienus ſit, *l. recte totum, de verb. ſignificat.* Et hoc eſt quod ait Paulus initio huius legis 10. quamuis vſusfructus prædij alienus ſit, dominum, id eſt, proprietarium damni infecti repromittere, non ſatiſdare: ipſum autem fructuarium ſatiſdare oportet. Et ſubiicit, proprietario non repromittente damni infecti cauſa, in totum, vel fructuario non ſatiſdante in totum vti oportet, id eſt, & de ſoli, & de ædificij, & de arborum vitio, vicinum, cui non cauetur mitti in poſſeſſionem prædij vitioſi ex primo decreto, quo genere prætorium pignus conſtitui dicitur, ac deinde etiam iuberi poſſidere prædium ex ſecundo decreto, & prædium ei auferri. Primum decretum poſſeſſorem non facit, ſed in poſſeſſione facit, ita vt poſſideat cum eo, qui damni infecti cauere detrectat. Neque enim primum decretum dominum deiicit poſſeſſione, vel eum, qui cauere debet damni infecti: at ſecundum deiicit poſſeſſione. Ergo ſi neque proprietarius repromittat damni infecti, neque fructuarius ſatiſdet, is, cui non cauetur, mittitur in poſſeſſionem prædij, ex quo damnum timetur, ac deinde ſi vicinus perſeueret non cauere, etiam prædium poſſidere iubetur, & vſucapere. Proprietario autem repromittente, & ceſſante fructuario, ſi & viciſſim proprietario, qui repromiſit, damni infecti fructuarius non caueat, de indemnitate ſcilicet, aut cum aliquid ex ſtipulatione proprietarius præſtitit, ſi fructuarius nihil ei conferat pro rata vſusfructus, vt in *l.* 22. *inf.* ait, a proprietario vſufructuarium recte prohiberi vti frui, eique denegari perſecutionem, ſiue vindicationem vſusfructus, vt *l.* 15. §. *vlt. inf.* Et vice verſa fructuario ſatiſdante damni infecti, proprietario ceſſante, ſi quid fructuarius ex ſtipulatione de ſoli vitio præſtiterit, quod dominus, id eſt, proprietarius ei refundere nolit, ait, ius domini in proprietarium transferri: vel, vt ait *d. l.* 22. in poſſeſſione ſoli fructuarium conſtitui, non quidem, vt gloſſa ait, ex ſecundo

do decreto, quia & primum & secundum decretum interponitur pro eo, cui cauendum fuit, hoc est certissimum, non pro eo, qui cauere debet, sed extra ordinem hoc fit prætoria potestate, contumaciæ proprietarij vel fructuarij plectendæ causa, ita tamen, vt si quid fructuarius ex stipulatione damni infecti præstiterit, antequam vicinus ex primo decreto mitteretur in possessionem, tunc fructuarius id habeat, donec præstetur ei damnum, siue æstimatio damni pro rata proprietatis, siue pro rata soli: id, inquam, habeat quod vicinus haberet, si missus esset in possessionem nemine cauente damni infecti, id est, vt in possessione soli fructuarius sit, vtue solum retineat, non etiam habeat iure dominij, vt *d. l.* 22. Sin autem ex contrario latere fructuarius misso iam vicino in possessionem ex primo decreto satisdederit damni infecti, cessante domino, & collapsis ædibus, quarum nomine satisdedit, ex stipulatione conuentus damnum vicino resarcierit, antequam ex secundo decreto vicinus iure dominij possidere iuberetur, vt tunc id habeat fructuarius, donec dominus pro rata contulerit, quod vicinus haberet, si ex secundo decreto possidere iussus esset, puta, vt ius domini & possessoris ad fructuarium transferatur, id est, vt fructuarius prædium iure dominij possideat, domino possessione deiecto. Quæ est sententia Pauli in fine huius l. 10. Transeamus ad leg. 12. *ex eod. lib.*

Ad leg. 12. eod.

His qui pignori rem acceperunt, potior est is, cui damni infecti non cauetur, si possidere, & per longum tempus rem capere ei permissum fuerit.

IN leg. 12. agitur de creditore pigneratitio, quem, si prædium pignori acceperit, damni infecti satisdare debere constat ex *l.* 15. §. *item quæritur, hoc tit.* Quia dominus non est, & cauet igitur domini nomine, alieno nomine. Sed si neque creditor satisdet damni infecti, neque debitor, qui dominus est, repromittat, & vicinus, cui cauendum fuit post primum decretum, ex secundo decreto iussus sit possidere, & consequenter per possessionem & vsucapionem rei dominium adquirere, quia prætor non potest facere dominium sed possessorem tantum. Itaque ei, quem possessorem fecit expulso domino, necessaria est vsucapio, vt præter possessionem vel potius, vt per possessionem dominium adquirat iure ciuili, nempe vsucapione. Quod ostenditur in *l.* 5. *in princip. l.* 15. §. *Iulianus, l.* 18. §. *non solum, hoc tit. l.* 1. *de fund. dot.* Si igitur neque creditor, cui ædes ruinosæ pignori datæ sunt, satisdet damni infecti, neque debitor repromittat, creditori denegatur persecutio pignoris, sicut fructuario non satisdanti, ex eadem causa denegatur persecutio vsusfructus. *d.* §. *item quæritur.* Et hoc est, quod ait Paulus in hac lege 12. creditoribus, qui pignori rem acceperunt, non ex conuentione nuda, vt glossa ait, sed per traditionem constituto pignore, vt accipiatur proprie: creditoribus igitur, qui pignori rem traditam acceperunt, potiorem esse vicinum, cui damni infecti non cauetur, si eam rem ex secundo decreto, iure dominij, vt loquitur *d. l.* 15. §. *postea autem,* id est, tanquam dominus, animo & cogitatione domini, ciuiliter possidere, eiusque dominium vsucapere, adquirere permissum ei fuerit, his, inquit, qui pignori rem traditam acceperunt, id est, creditoribus pigneratitiis potior est is, cui damni infecti non cauetur, si possidere ex secundo decreto, & per longum tempus vsucapere rem ei permissum fuerit: si possidere, inquit, ei permissum fuerit. Quod notandum. Ergo si tantum in possessionem missus fuerit ex primo decreto, non ideo statim creditori denegabitur persecutio pignoris, id est, actio pigneratitia, hypothecaria, vel fructuario non ideo statim denegabitur persecutio vsusfructus, vindicatio vsusfructus. hoc suadet hæc lex 12. a contrario sensu, & apertissime *d.* §. *item quæritur.* pugnare tamen videtur cum *l.* 9. §. *vlt. sup.* qui quidem §. eum, qui in possessionem missus erat, ex primo decreto igitur, ait fructuarium, qui non satisdedit, vti frui prohiberi, ergo fructuario denegari persecutionem vsusfructus, fructuarium expelli possessione fundi, aut prædij. Pugnare etiam videtur *l.* 15. §. *si qua iura, hoc tit.* quæ generaliter ait, *si qua iura sint debita iis, qui potuerint satisdare de damno infecto, nec satisdederint, denegandam esse ob eam causam eorum iurium persecutionem aduersus eum, qui in possessionem missus erit,* quasi scilicet post primum decretum statim denegetur persecutio iuris, quod in ea re alij competit, veluti vsusfructus, aut ἐμφυτεύσεως, aut pignoris. Sed ne fallamur, sciendum est, & illis duobus locis, & aliis quamplurimis hoc tit. & in aliis partibus iuris imperfectam & inchoatam hanc orationem esse, *qui in possessionem missus erit,* quæ pro re subiecta sit supplenda hoc modo: *qui in possessionem missus & possidere iussus erit,* id est, si interuenerit vtrumque decretum, vt in *l.* 44. §. *damni infecti, hoc tit.* Damni infecti nomine missus in possessionem, quamuis non addat, *& possidere iussus,* tamen subsequentia ostendunt satis, & hæc quoque subintelligenda esse. Et eodem modo prorsus in *l. iubere, de iurisd.* iubere cauere prætoria stipulatione, damni infecti scilicet, quæ lex est de stipulatione damni infecti, & in possessionem mittere imperij est magis, quam iurisdictionis; quid? an non etiam iubere possidere etiam imperij magis est quam iurisdictionis? Sane multo magis. Et id igitur quoque supplendum est, aut subintelligendum. ergo non satis est, si quis missus sit in possessionem, vt denegetur persecutio iuris sui, ei qui potuit satisdare damni infecti, nec satisdedit, sed necesse est etiam, vt secundum decretum subsecutum fuerit, id est, vt idem possessor factus fuerit siue dominus possessionis, expulso vetere possessore siue domino. Ad hæc notandum, nequid dubitationis supersit in *l.* 44. §. *damni,* quod dicitur, creditori non denegari pignoris persecutionem, ne dominio quidem vsucapione quæsito ab eo, qui missus in possessionem & possidere iussus est; id locum habet in creditore tantum, qui pignus non possidebat ipse, sed debitor eo tempore, quo decreta interposita sunt de missione in possessionem & de possessione: tunc integra est creditori actio hypothecaria. Creditori autem qui pignus possidet, nec satisdat damni infecti vicino postulanti: vicino, inquam, cui cauendum fuit possidere iusso, proculdubio denegatur persecutio pignoris, quia potuit, & debuit satisdare desideranti satisdationem, quandoquidem ipse possidebat. Quæ distinctio est apertissima, & memini me eam exponere ad Africanum in *d. l.* 44. Veniamus ad *l.* 14. *hoc tit.*

Ad l. 14. eod.

In causa cognitione etiam longinquitas soli, & operis magnitudo spectanda est.

STipulationi siue cautioni damni infecti dies certus præstitui solet, intra quem, si quid prædij vitio damni contigerit, stipulatio committatur, id est, locum habeat: finitus quidem dies potest reuocari a prætore, renouari ex causa, sed ab initio præstitui solet dies certus, intra quem, si prædium vitium fecerit, & vicino nocuerit, stipulatio locum habeat. Id cauetur fere iis verbis: *Quod ædium tuarum vitio intra diem illum damni mihi contigerit, siue quid ruet, siue scindetur, fodietur, ædificabitur, eius rei nomine mihi heredique meo, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari.* Diem autem præstituit prætor, vel breuiorem, vel longiorem causa cognita, *l.* 13. §. *vlt. hoc tit.* habita scilicet æstimatione ex causa, habita moderatione temporis, finitione temporis, ex causa, id est, ex origine rei, vt recte Albericus interpretatur, & ex qualitate eius damni, quod contingere speratur, vt ait *d. l.* 13. *in fine.* Speratur, id est, timetur, vt apud Virgil.

Tantum sperare laborem.

& apu

& apud Terentium: *Quod tu speres, propulsabo facile*, id est, facile pulsabo quod times. Ex causa igitur, ex origine rei, ex causa vitij, & ex qualitate eius damni, quod contingere quis timet, & vt addit Paulus in hac *l.* 14. ex longinquitate loci, Basil. ἐκ διαστήματος τῆς ὁδοῦ: *ex internallo viæ & longo spatio itineris*: vt, si is locus, ex quo damnum timetur, longe remotus sit ab eo, qui eius dominus est, quique ibi non moratur. Longinquioris enim loci tuendi & conseruandi cura minor est. Itemque, vt ait, ex magnitudine operis, de cuius vitio sibi quis promitti postulat: facilius enim ruit magnum opus. glossæ hæc verba l. 14. non perceperunt. His etiam addamus *l.* 16.

Ad l. 16. eod.

Antequam damnum detur, impunitum est factum eius, qui neque promisit, neque admisit in possessionem: si tamen ante damnum datum vel cauit, vel possessione cessit.

IS qui damni infecti non promittit, dominus scilicet vitiosarum ædium exempli gratia, nec etiam admittit a prætore missum in possessionem, qui neutrum facit, qui moratur, frustratur, tenetur actione in factum ex hoc edicto: sed non antequam damnum datum sit, veluti non antequam ædes ceciderint & damnum dederint. Extenditur & hæc actio in factum in id tempus, quo damnum datur, quo damnum committitur, vt ait *l. proxima* §. 1. *sup.* in id tempus, quo damnum datur, nec ante damnum datum licet agere in factum ob id, quod quis neque cauerit, neque admiserit missum in possessionem. Et ideo, vt ex Paulo subiicitur in hac l. 16. quæ male in quibusdam libris adscribitur 60. & rectius, vt in ora libri adnotatum est in Florentinis redditur huic libro 48. In *l.* 16. inquam, ex Paulo subiicitur: *Antequam damnum detur, impunitum esse factum eius, qui neque promisit* (damni infecti) *neque admisit* in possessionem, missum ex primo decreto: impunitum est factum eius, qui neutrum fecit: facere etiam dicitur, qui non facit, vt in Comœdia: *Quod laudi ducis quod non fecisti inopia.* Et vt soleo in hanc rem dicere ex philosophis, etiam priuatio actionis actio est. Sequitur in hac *l. si tamen ante damnum datum, vel cauit, vel possessione cessit.* Quæ oratio profecto mutila est, & est ita supplenda, vt si is, qui ab initio neque cauit, neque admisit in possessionem, corrigat factum re integra, id est, si ante damnum datum vel cauerit, vel possessione cedat, postea damno dato non teneatur actione in factum: moræ semel commissæ, re integra emendatio est. Et ita hic locus explicandus est. Sequitur *l.* 18. in qua multo plura continentur ea de re.

Ad l. 18. eod.

L. 18. *Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est: sed etiam cuius periculo res est.*

1. §. *Sed quod opere facto consecutus sit dominij capione promissor, non teneri eum eo nomine, Pomponius ait: quia nec loci nec operis vitio, sed publico iure id consecutus sit.*

§. 2. *Ei, cuius vsusfructus ædium est, de vitio earundem ædium caueri oportet, etsi alias vicinas habeat: quia reficiendi habet facultatem: Nam qui viri boni arbitratu vti deberet, reficiendi quoque potestatem consequitur. Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caueri a fructuario ædium nomine quas vicinas fructuario habeat. Quia habet cum fructuario actionem, vt viri boni arbitratu is fruatur.*

3. §. *Sed inquilino meo, si vicinas ædes habeat, cauere debebo damni infecti propter eas ædes.*

4. §. *Ei, qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cauere non debebit, nec soli domino superficiarius: quia inuicem ex conducto & locato habent actiones. In quas tamen actiones vltra culpam nihil venit damni infecti, quod quidem vitium eius esse dicitur.*

Paul.

5. §. *Si is, qui vnas ædes habebat, stipulatus fuerit, deinde vicinas comparauerit: an earum quoque nomine, quas post interpositam stipulationem comparasset, promissorem obligaret, quæsitum est. Iulianus scribit videndum, ne earum duntaxat nomine cautum habeat, de quibus inter eum & promissorem initio actum fuerit. Cui consequens videri posse, vt, & cum ædium communium nomine duo socij stipulentur, de eo duntaxat damno caueri videatur, quod in parte ædium cuique socio datum fuerit. Siue ergo redemerit alteram partem quis ex his, siue adiudicata fuerit: non augeri promissionis obligationem. Pomponius relata Iuliani scriptura, dicit non se improbare.*

6. §. *Si autem res aliquas post stipulationem interpositam in domo habere cœperit stipulator, quæ ex ruina vicinarum ædium perierint: agere ex stipulatu potest, licet tunc cum stipularetur, hæ res non fuerint.*

7. §. *Emptor prædij, si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit.*

8. §. *Venditorem autem ædium priusquam possessionem tradat, stipulari oportet: quia huius quoque rei culpam præstat.*

9. §. *Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit, & ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit, reuoluitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit: quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam emptori præstare, & quod alia actione quæri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.*

10. §. *Sed si venditor interposuerit stipulationem: etiam id damnum continebit, quod post traditionem emptori contigerit, quod esse iniquissimum Aristo ait: quoniam si emptor quoque damni infecti stipulatus esset, duobus promissor eiusdem nomine obligaretur: nisi forte id contra se habeat: quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit: vt possit videri nihil interesse iam venditoris stipulatione damni infecti interposita.*

11. §. *Sabini sententia vera est existimantis, vt, si dum ædificatur, intra diem stipulationi comprehensum, supra parietem meum domus deciderit, eumque vitiauerit, licet post diem stipulationis paries decidit, possim agere, quia damnum iam tunc acceperim, cum paries vitiosus factus sit: nec quicquam obstare, quo minus etiam antequam decidat, agi possit. Et si ita concussus sit paries, vt nulla ratione recipi possit, ideoque deponendus est, non minoris litem æstimandam, quam si decidisset.*

12. §. *Si vicinas ædes habemus, & inuicem desideremus damni infecti caueri: nihil obstabit, quo minus & ego in tuarum possessionem mittar, & tu in mearum.*

13. §. *Si pupillus prohibuit iri in possessionem damni infecti: placet in eum non iniuste competere hanc in factum actionem.*

14. §. *Si mandatu meo alius prohibuerit, in me hæc actio competit.*

15. §. *Non solum autem eum punit prætor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit. cum alioquin, si is, qui iussu prætoris cœperat possidere, & possidendo dominium capere, aut non admissus, aut eiectus inde fuerit, vtile interdictum vnde vi, vel Publicianam actionem habere potest. Sed si in factum actione egerit, his actionibus experiri non potest, cum prætor id agat, ne damnum faciat actor, non vt in lucro versetur.*

16. §. *Si procurator meus damni infecti stipulatus sit, causa cognita mihi ex ea stipulatione actio competit.*

DE cautione damni infecti multa extant in *l.* 18. *eod. tit.* quæ est ex eodem libro. Initio eius legis ostenditur, proposita breui definitione, quis stipulari possit damni infecti, vel quod idem est, cui caueri damni infecti oporteat. Et in vniuersum, vicino timenti damnum ex ædibus vicini, quæ damnosæ imminent, & desideranti sibi caueri de damno infecto, constat de damno infecto caueri oportere. Sed cui vicino? An cuilibet desideranti sibi caueri? Non vtique, sed vel domino ædium, quibus dominus timet, nequid damni contingat a contiguis & vicinis ædibus: vel inquilino eius, cui ædes locauit, vel vxori in-

quilini, vel hoſpiti, vt *l.* 13. §. *qui damnum, in fine*, *hoc tit.* vel ei, qui ius monumenti habet, nomine eius monumenti, ſi vereatur ne damnum monumento contingat ex prædio proximo, ex prædio vicino, *d. l.* 13. §. *ſi quis iuſta*, vel etiam ei, cuius periculo ædes ſunt: vel, vt ita dicamus, aut etiam non domino, cuius tamen periculo ædes ſunt, quarum nomine ſibi caueri damni infecti deſiderat. Cuius, inquam, periculo ædes illæ ſunt, id eſt, quæ ſi corruant, ruentibus vicini ædibus, & in eas decidentibus, perituræ ei ſunt, veluti fructuario, vel ſuperficiario, quibus peribit ius vſusfructus, vel ius ſuperficiorium, ſi ædificium corruat. Et ideo etiam vſufructuario & ſuperficiario de damno infecto caueri oportet, *l.* 7. §. 1. *de vſufruct. l.* 5. §. *vlt. l.* 39. §. *damni*, *& l.* 13. §. *ſuperficiarium*, *hoc tit.* Vbi id hodie conſtare ait, & vſufructuario & ſuperficiario caueri oportere de damno, quod futurum eſt, quodue futurum extimeſcit. Id, inquam, hodie conſtare, quaſi ſcilicet ſoli domino olim competierit ſtipulatio damni infecti. Sicut & in *l. tutor* §. *vlt. de pign. act.* dicitur, hodie ſuperficiario dari vtilem actionem in rem vindicandi ſuperficij, quæ ſcilicet olim dabatur ſoli domino. Æquiſſimum etiam refragante Marcello Vlpianus eſſe arbitratur, vt creditori pigneratitio, qui pignus tenet, caueatur damni infecti, *l.* 11. *in fine*, *hoc tit.* Sed non etiam bonæ fidei poſſeſſori, licet poſſideat animo domini, opinione domini, bonæ fidei poſſeſſori inutiliter cauetur damni infecti, *d. l.* 11. *& d.* §. *ſuperficiarium.* Atque ita licet bonæ fidei poſſeſſor iure exigatur cautionem damni infecti, licet bonæ fidei poſſeſſor poſtulantibus vicinis cauere debeat damni infecti, *d. l.* 13. *in princ.* non tamen etiam ei cauendum eſt cautione eadem: non quicunque cauere debet damni infecti, & ei quoque vtiliter cauetur. Et ratio differentiæ harum perſonarum inter ſe hæc eſt, quia fructuarius primum vindicationem vſusfructus, qui pars dominij eſt, etiam aduerſus dominum habet: hoc eſt certiſſimum. Superficiarius quoque vindicationem ſiue vtilem in rem actionem etiam aduerſus dominum habet, *l.* 1. §. *his autem*, *de ſuperfic.* Et creditor pigneratitius ſiue hypothecarius ſimiliter aduerſus dominum actione hypothecaria agere poteſt, quæ eſt actio in rem. Bonæ autem fidei poſſeſſor aduerſus dominum in rem agere non poteſt, *l. vlt. de Publ. in rem act.* Quia nullum in re ius habet. Bona fides non eſt pro iure. Igitur bonæ fidei poſſeſſore potior dominus eſt: Illis autem, id eſt, fructuario, ſuperficiario, creditore hypothecario dominus potior non eſt. Et merito igitur illi quaſi quidam domini eſſe cenſentur, & quaſi domini recte poſtulant ſibi caueri damni infecti, non etiam bonæ fidei poſſeſſor. Emptori etiam ædium non cauetur de damno, quod ante traditionem ædium datum factumue erit, quod explicabo latius in §. *emptor*, *inf. hic.* De ædibus autem hactenus loquuti ſumus exempli tantum gratia: nam & in agris huic ſtipulationi ſiue cautioni locus eſt, ſi quid arborum, lociue vitio acciderit, *l.* 24. §. *item apud*, *ſup. & l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Hæc vero ſunt, quæ pertinent ad initium huius legis, ad hæc verba ſcilicet, *damni infecti ſtipulatio competit*, id eſt, is poteſt ſtipulari damni infecti, non tantum, cuius in bonis res eſt, qui dominus rei eſt, cuius nomine deſiderat ſibi caueri de damno futuro, ſed etiam, cuius periculo ea res eſt. Quæ verba ſatis explicata ſunt.

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. *ſed quod opere facto.* quæ verba valde obſcura videntur. Verum eorum ſenſus hic proculdubio eſt: Stipulari quidem, quod initio dixi, de damno infecto poſſe non tantum eum, cuius in bonis res eſt, cuius nomine ſtipulatio interponitur, ſed etiam eum cuius periculo ea res eſt. Sed, vt ſubiicit, non teneri tantum ei promiſſorem ex ſtipulatione, heredemue eius, ſi in prædio eius bona fide vti oportet, opus aliquod fecerit, idque vſuceperit, id eſt, ex ſua promiſſione non præſtare damnum, quod ſtipulatori vſucapio attulerit. Vſucapio coniuncta eſt ſemper cum damno alterius, *l.* 18. *&* 19. *ex quibus cauſis maior. in integ.* Sed id genus damni non venit, aut non deducitur in ſtipulationem damni infecti, quia vſucapio iure publico introducto eſt ex 12. tabulis, & bono communi, bono publico, vt ait *l.* 1. *de vſurpat. & vſucap.* Et quod bono publico introductum eſt, prope eſt, vt nemini damnoſum eſſe videatur, bona fide interueniente, *l. ſi quis fundum, de adquir. poſſeſſ.* Et vt eſt in regula iuris, *non videtur damnum dare iniuriamue facere, qui iure publico vtitur.* Ergo quod vſucapione promiſſor damni infecti in prædio vicini conſecutus fuerit, eo nomine ex ſtipulatu non tenetur, quia id iure publico conſecutus eſt, non loci, vel operis ſui vitio, quod ſolum venit in ſtipulationem damni infecti. Et ita perſpicue Baſilicῶn auctores hunc locum interpretati ſunt. Adferam verba ipſa: *εἰ δὲ ποιήσας ἔργον ὁ ἐπερωτηθεὶς ἰδιώσεται αὐτό, οὐκ ἀπέχεται τούτου ἕνεκεν*, id eſt, *ſi is, qui promiſit damni infecti, operis a ſe facti dominium ceperit, quod eſt vſuceperit, eo nomine non tenetur.* Sequitur §. *ei cuius.*

Ad §. ei cuius.

QVod diximus, fructuario caueri damni infecti, verum eſt, ſi deſideret ſibi caueri de ruina ædium vicinarum, fructuariis ædibus, quæ alterius ſunt: non etiam ſi deſideret caueri ſibi a domino proprietatis, de ruina aut vitio earundem ipſarum ædium, quarum vſumfructum habet, etiamſi fructuarius alias ædes in vicinia proprias habeat, quarum nomine, ſiue propter quas deſideret ſibi caueri a domino fructuariarum ædium, neque enim dominus ei cauere ea de re cogitur, quia refectio ædium fructuariarum ad fructuarium ipſum pertinet, *l.* 20. *inf. hoc tit.* Ibi Florentini perperam, *non pertinet.* Nam proculdubio eſt, pertinere refectiones neceſſarias, atque etiam voluptarias ad fructuarium, quod & hic §. *ei cuius* oſtendit, & *l.* 7. §. *quoniam*, *& l. vlt. de vſufr.* Refectio, inquam, ad fructuarium pertinet. Alioquin corruente re fructuaria, ius ſuum amiſſurus eſt, vſusfructus amittitur rei peremptione, rei mutatione. Refectio, inquam, pertinet ad fructuarium, niſi paratus ſit derelinquere vſumfructum, *l.* 64. *de vſufr.* Sed ſi velit vti frui, æquum eſt, vt & onus refectionis ſubeat, vtque ſarta tecta tueatur. Idque etiam continetur ſtipulatione fructuaria his verbis: *boni viri arbitratu ſe vſurum fruiturum*, tanquam re ſua ſcilicet, & refecturum igitur. Nam, vt Paulus ait hoc loco, qui boni viri arbitratu vti debet, reficiendi quoque poteſtatem conſequitur, nec poteſt prohiberi quo minus reficiat, *d. l.* 7. §. *vlt. de vſufr.* Sicut nec arare prohiberi poteſt, aut colere. Quinimo & cogi poteſt ex ſtipulatione fructuaria ad refectionem, vel ad culturam. Itaque, qui boni viri arbitratu vti frui debet, reficiendi quoque non poteſtatem tantum, ſed etiam neceſſitatem habet. Quæ ratio efficit, vt non poſſit fructuarius de vitio, aut ruina ædium, quarum vſumfructum habet, cautionem damni infecti deſiderare a domino proprietatis Ex diuerſo quoque, quod notandum, eam quoque cautionem proprietarius a fructuario deſiderare non poteſt: fructuarius domino proprietatis cauere non debet de ruina ædium, quarum vſumfructum habet, ſi forte dominus proprietatis alias ædes vicinas habeat, ſic eſt ponendus caſus, in quas vereatur, ne decidant ædes fructuariæ. Et hoc eſt, quod ait Paulus: *Ergo nec proprietarius audiri debet, ſi velit ſibi caueri a fructuario ædium nomine, quas vicinas fructuario habeat:* Sed interiectum eſt in aliis hoc verbum, *ædium nomine quas vicinas fructuario habeat.* Perperam quoque in aliis, *ædium nomine, quas vicinas fructuarius habeat.* Vtraque lectio in Florentinis notatur, vtraque reiicienda. Scribe pro *fructuario*, vel *fructuariis*, *fructuariis ædibus* ſcilicet, hoc eſt ſperpicue verum. Legito igitur in hunc modum: *Ergo nec proprietarius audiri debet, ſi velit ſibi caueri a fructuario ædium nomine, quas vicinas*

nas fructuariis habeat. Quod vero ait; *ergo nec proprietarius,* ex eo sequitur, qua ratione proprietarius ea de re fructuario non cauet, vt ante dixi, eadem quoque ratione nec fructuarium cauere proprietario nomine fructuariarum ædium, quia scilicet refectio ad fructuarium pertinet ex stipulatione fructuaria, ad quam etiam cogi potest ex ea stipulatione, qua proprietario cautum est satis, vt non sit necessaria cautio damni infecti. Nemo debet onerari superuacua cautione, *l. hæc stipulatio, in fine, vt legat. nomine cau.* Et vt in fine huius §. ostenditur, longe aliam esse rationem inquilini, cui scilicet dominus ædes suas locauit. Nam si inquilinus vicinas ædes proprias habeat, dominus conductarum ædium ei cauere debet de ruina, aut vitio ædium conductarum, propter ædes inquilini proprias, id est, nomine ædium inquilini propriarum, quia earum nomine ei cautum non est, non etiam propter ipsas ædes conductas locator cauere inquilino debet, *l. 13. §. de illo, h. t.* Et ratio est euidens, quia ab initio vitiosas conduxit, aut ruinosas, aut male materiatas, & habet igitur quod sibi imputet. At si postea ædes in vitium inciderint, ex conducto cum locatore agere potest, vt eas reficiat, vt fulciat: nam refectio ad locatorem pertinet, non ad conductorem, *l. ex conducto, in principio, locati.* Ad hæc notandum est inter proprietarium & fructuarium, quamuis locum non habeat cautio damni infecti de ruina ædium fructuariarum, vt diximus supra, locum tamen habere alia de re, nempe proprietarium fructuario cauere debere de vitio soli, & fructuarium proprietario de vitio operis, quod ædificat forte. Et ita est proditum *in l. 20.* Verum, vt mox ostenditur, in §. *ei, qui in conducto.*

Ad §. ei, qui in cond.

SVperficiarius etiam, qui in solo conducto posuit ædificium, his verbis in hoc §. significat, superficiarium. Superficiarius est, qui in solo conducto posuit ædificium sub pensione certa, quæ *solarium* dicitur in iure nostro. Et huic quoque superficiario dominus cauet de vitio soli: & retro superficiarius domino cauet de vitio ædificij siue superficij: quia, vt eleganter Paulus declarat in hoc §. vt idem consimili pene ratione vtitur in specie *legis si serui, vsufruct. quemadmodum caueat, lib. 40.* quia, inquam, etsi eo nomine superficiarius & dominus inuicem habeant actiones ex conducto & locato, plenior tamen est cautio damni infecti, quia in eam venit quodcunque vitium soli vel operis. In actione autem ex locato & conducto venit tantum id, quod culpa eorum contigerit, non quodcunque vitium. Quia igitur plenior est cautio damni infecti, etiamsi aliæ suppetant actiones, quæ non adeo pingues & plenæ sint, & superficiario dominus cauere debet de vitio soli: & vice mutata superficiarius domino de vitio operis siue ædificij, quod solo imposuit.

Ad §. si is qui.

VT recto ordine persequar cætera, quæ sunt in *d. l. 18. de damno infecto*, in §. *si is, qui vnas*, ex Iuliano & Pomponio ostenditur, eum, qui vicinas ædes habebat, si earum nomine stipulatus fuerit de damno non facto, quod ex proximis ædibus L. Titij futurum verebatur, & postea alias ædes comparauerit, non ædes L. Titij, sed alias ædes vicinas, stipulationem, quam interposuit de damno futuro, non porrigi ad ædes postea comparatas, quia de his non est actum inter stipulatorem & promissorem, sicut, si ædium communium nomine duo socij de damno infecto stipulati fuerint, pro ea scilicet quisque parte, qua ædium dominus est, & eorum aliquis postea alteram partem redemerit, vel etiam si altera pars eorum alicui postea adiudicata fuerit iudicio communi diuidundo, stipulatio ad eam tantum partem pertinet, pro qua quisque dominus ædium fuit tempore interpositæ stipulationis, non etiam ad partem postea quæsitam: nec enim videtur quisquam sibi prospicere cautione eius rei nomine, quæ neque in bonis, neque periculo eius est, quia nec postea quæsita res, retro eius fuisse intelligitur. Aliter quam (hæc est vna exceptio,) si postea pars socij ei accesserit iure accrescendi, quia hæc pars & retro eius fuisse intelligitur, *l. quia retro, ad leg. Aquil.* Quod & hoc ipso libro probaui in *l. 17. vt legat. nomine cau.* Eo quod ibi proponitur de cautione legatorum, protracta etiam ad cautionem damni infecti. Aliter etiam (hæc est secunda exceptio) si ædes, quarum nomine stipulatio damni infecti interposita est, exustæ, & aliæ deinde eodem loco restitutæ fuerint: Nam prior illa stipulatio pertinet etiam ad ædes restitutas, quia nec videntur aliæ ædes esse, quæ restitutæ sunt, cum area siue solum, quæ pars ædium maxima est, permanserit semper eadem; cuius etiam ius noua superficies sequitur, *l. qui res §. vlt. de solut. l. domo, de pignerat. act. l. Paulus §. penul. de pignor.* Aliud tamen Fulgosio iudicium est, sed perquam infirmum. Item, vt subiicit Paulus hoc loco (quæ est tertia exceptio) si quis cum ædium suarum nomine stipulatus esset damni infecti, qui & earum rerum nomine stipulatus esse intelligitur, quæ sunt in ædibus, postea post stipulationem interpositam, in eas ædes res quasdam mobiles intulerit, quæ tempore interpositæ stipulationis ibi non erant, eas quoque res, quæ postea illatæ sunt, stipulatio continet, quia ædium appellatione etiam ea continentur, quæ quandoque in eas inuecta vel illata fuerint. Itaque, si quæ postea illata sunt, ex ruina vicinarum ædium perempta fuerint, corrupta fuerint, quanti ea res est, stipulatio committitur. Et ita tabernę negotiatoriæ appellatione continentur etiam merces quandoque in eam illatæ, adeo vt taberna pignori obligata, merces etiam postea a debitore, priusquam vita decederet, in eam illatæ pignori esse credantur, *l. pen. de pignor.* Et nihil est præterea, quod pertineat ad hunc §. Sequitur §. *emptor.*

Ad §. emptor.

HVnc §. glossa prima nullo modo intellexit, cæteræ omnes intellexerunt. Itaque nec primam arbitror esse Accursij. Sciendum est, emptionem venditionem contrahi & perfici nudo consensu, nuda voluntate, statim atque conuenit de re certa, certoque pretio, etiamsi res nondum tradita sit, aut pretium numeratum, & hoc præcipue distare emptionem venditionem a permutatione, *l. 1. de contrah. empt.* emptionem, inquam, quæ pure contrahitur, perfici nudo consensu, impleri autem traditione & numeratione, vt nuptiæ perficiuntur nuda voluntate, implentur concubitu, id est, συνουσίᾳ. Sed hoc ipsum, quod dicimus implere emptionem venditionem etiam perficere est, vt in *l. contractus, C. de fid. instrum.* Et quidem multo magis, quia negotij adimpletio, id est, executio obligationis empti venditi, summa contractus perfectio & absolutio est. Nudus consensus parit obligationem. Hæc est prima, quæ contractui additur perfectio. Traditio autem exequitur obligationem, quia rei venditæ dominium aut vsucapionis occasionem præbet emptori: hæc est suprema perfectio, & contractus consummatio. Post contractam autem nudo consensu emptionem venditionem, statim, vt recte ait *l. 11. §. Arist. quod vi aut clam.* periculum rei venditæ spectat ad emptorem, non expectata traditione, quod, vt quædam lex ait *in C. Th.* toto iure cautatum est & verissimum, sub hoc modo tamen, quod notandum, si ante traditionem custodiam & diligentiam venditor in seruanda re vendita talem præstiterit, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet, *si le vendeur a fait son devoir,* ante traditionem, *l. eum qui, de furt. l. quod sæpe §. si res, de act. emp.* Nam si in seruanda re vendita, interim, ante traditionem scilicet, venditor desidiosus fuerit, periculum siue damnum quodcunque contigerit, ad ipsum pertinet, non ad emptorem. Pars autem custodiæ & diligentiæ est, si verbi gratia, ædibus venditis vicinæ ædes ruinosæ immineant, interim ante traditionem damni infecti stipulatio-

nem interponit. Et ideo ſi id venditor neglexerit, & hanc ſtipulationem non interpoſuerit, culpæ nomine emptori tenetur actione ex empto, *l. venditor, de act. emp.* Quid ergo? an ſolius venditoris eſt, ante traditionem ſtipulari de damno infecto, an non etiam emptor ante traditionem eadem ſibi cautione proſpicere poteſt? Sic videtur. Verum, vt initio huius §. oſtenditur, ea cautio, quam emptor interpoſuerit ante traditionem, ad id duntaxat damnum emptori vtilis eſt, quod poſt traditionem, id eſt, poſt adquiſitum rei emptæ dominium contigerit: Nam de damno, quod ante traditionem contigerit, ſatis emptori cautum eſt actione ex empto, quam habet aduerſus venditorem culpæ nomine, negligentiæ nomine, ſi negligens venditor fuerit in interponenda ſtipulatione damni infecti. ſtipulatio damni B infecti prætoria eſt, nullaque ſtipulatio prætoria ſuperuacuo interponitur. Hæc ſunt certiſſima. At quærit hic Paulus, quid ſit dicendum, *ſi venditor ſine culpa ſtipulari non potuerit?* Quæ verba Pauli ſic ordinanda ſunt, *ſi venditor ſine culpa non ſtipulari potuerit* (eſt ſæpe maxime in Florentinis obſcurus ordo verborum) *quid igitur fiet*, inquit, *ſi venditor ſine culpa ſtipulari non potuerit, quid ſi ſine culpa ſtipulationem damni infecti omittere potuerit?* Hoc vult, ſi quo caſu cuſtodia rei venditæ ad venditorem non pertineat, vt puta, ſi ante traditionem venditor emptorem in venditis ædibus precario morari permiſerit, retenta adhuc penes ſe poſſeſſione ædium; denique emptori ipſe peregre abſuturus cuſtodiam ædium tradiderit, commiſerit. Qui caſus proponitur in *l.* 38. *inf. hoc tit.* vbi quod ait, *abſuturus*, recte gloſſa de venditore accipit, & Baſilica quoque, in quibus ita eſt, ἀποδημοῦντος τοῦ πράτου, *abſuturo* C *venditore*. Et ita hoc caſu, quum ſine culpa poſſet venditor omittere ſtipulationem damni infecti, ceſſante venditore, ſi ideo emptor ſtipulatus fuerit damni infecti, hoc nempe caſu, ſi dicamus, hanc ſtipulationem, quæ ab emptore interponitur, id duntaxat damnum continere, quod poſt traditionem contigit, vt initio diximus, eueniet, vt damno forte contingente ante traditionem, id damnum patiatur emptor: ſi quidem verum eſt de eo damno nihil emptori cautum eſſe. Illo ergo admiſſo, quod dictum eſt initio: *nonne*, inquit, *damnum patitur emptor?* quod ſcilicet Paulus exiſtimat eſſe iniquum, ſi videlicet dicamus, hoc caſu etiam per ſtipulationem, quam interpoſuit emptor ſimpliciter, D vt fieri ſolet, non eſſe ei cautum etiam de damno, quod contigit ante traditionem. An vero, vt ſubiicit, quod effectu idem eſt, hoc damnum in aliena re accidit, id eſt, in re vendita, cuius adhuc ante traditionem venditor dominus eſt, non emptor, reuoluitur autem & redundat in emptorem, propterea quod ex empto cum venditore, a quo in propoſito caſu omnis culpa abeſt, agere eo nomine non poteſt, quod non interpoſuerit ſtipulationem damni infecti: *nonne igitur damnum patitur emptor?* Quod iniquum eſſe videtur, ſi dicamus, ei non eſſe cautum per ſtipulationem, quam ſimpliciter interpoſuit. In vtroque caſu ſiue poſt, ſiue ante traditionem, damnum contingat, an non a venditore reuoluitur ſtatim omne damnum ad emptorem: propterea quod regreſſum non habet aduerſus venditorem? quod proculdubio, etiamſi Paulus non exprimat, iniquum eſſe cenſuit. Et ideo ne in damno moretur E emptor, dicemus hoc caſu ſtipulationem ſimpliciter ab emptore interpoſitam, etiam ei proficere, etiam in id damnum, quod ante traditionem accidit & euenit. Et ita Paulus ſenſit proculdubio. Cæterum hoc caſu excepto, vt ſubiicit Paulus, nihil in hac cauſa proficit ſtipulatio emptori, niſi in id damnum, quod poſt traditionem acciderit. *In hac cauſa* dicit, id eſt, in themate generali, in propoſitione generali propoſita initio, qua regulariter venditor ante traditionem vacuæ poſſeſſionis cuſtodiam & diligentiam præſtare debet. Quod & ſequentia Pauli verba peruincunt: *Quia dum venditoris cuſtodia eſt, is ſtipulari debet, omnemque diligentiam emptori præſtare.* Ideo, inquit, nihil in hac cauſa proficit emptori ſtipulatio, quam interpoſuit, quia dum venditoris cuſtodia eſt, is ſtipulari debet, non

A emptor, omnemque diligentiam emptori præſtare, vt *l. venditor, de act. emp.* Et quod emptor actione ex empto conſequi a venditore poteſt, quod fuerit negligens in exigenda cautione damni infecti, & generaliter quodcunque alia actione quæri poteſt, quam actione damni infecti, vt in ipſa eadem *l. §. ei, cuius.* & in *l.* 13. §. *de illo, hoc tit.* Quodcunque, inquam, alia actione quæri poteſt, id in ſtipulationem damni infecti omnino non deducitur. Vnde hac in re poſſet videri differentia eſſe aliqua inter emptorem, & venditorem, quaſi ſcilicet emptoris ſtipulatio, dum venditori cuſtodia rei incumbit ante traditionem, id tantum damnum contineat, quod poſt traditionem contingit, non quod contingit ante traditionem: venditoris autem ſtipu-B latio vtrumque contineat, quod ante, quodve poſt traditionem contingit. Quod tamen, vt Paulus docet, Ariſto iniquiſſimum eſſe aiebat, puta ſi & emptori & venditori dominus vitioſarum ædium promiſiſſet damni infecti, & damnum cōtigiſſet poſt traditionem, nempe iniquiſſimum eſſe aiebat, vt eiuſdem damni nomine promiſſor duobus in ſolidum obligaretur, emptori & venditori, & quidem cum effectu, ita vt a duobus in ſolidum exigeretur, quod nec in duobus reis credendi vel ſtipulandi ius patitur. Neque enim vtriſque eiuſdem pecuniæ exactio competit, ſed exactio vnius debitorem liberat ab vtroque, *l. 2. de duob. reis, l. ſi reum §. vlt. de nouat.* quod hic gloſſa non aduertit. Nemo iure exigere idem a duobus poteſt ſeparatim, *l. pen. §. vlt. naut. caup. ſtab.* Et ita quoque nemo duobus ſeparatim idem ſoluere compellitur. Et ratio Ariſtonis maſcula eſt. Concludit autem Paulus hic, ſtipulatione damni infecti C ab vtroque interpoſita, emptore ſcilicet & venditore, ex ſtipulatu emptorem vtiliter experiri de eo tantum damno, quod poſt traditionem datum factumve erit, venditorem vero ex ſtipulatu vtiliter ſiue efficaciter de eo tantum damno experiri, quod ante traditionem, non etiam de eo, quod poſt traditionem contigerit: optima ratione, quia hæc ſtipulatio damni infecti in id quod intereſt, id eſt, quanti ea res eſt, concluditur, & poſt traditionem nihil venditoris intereſt in ea re damnum non fieri, quæ ſua eſſe deſiit. Et hoc eſt quod ait Paulus in fine huius §. *niſi forte id contra ſe habeat*, niſi illa forte differentia inter emptorem & venditorem aliter ſe habeat: *Quia*, inquit, *in hoc fit* D *hæc ſtipulatio, in hoc concipitur, quanti ea res eſt*, id eſt, quanti ſtipulatoris intereſt: vt poſt traditionem merito poſſit videri, nihil venditoris intereſſe, quia ædium damno adfectarum deſiit eſſe dominus. Itaque ſola emptoris ſtipulatio aduerſus promiſſorem efficax eſt: venditoris, inefficax. hoc articulo, *niſi*, vt recte ſentit gloſſa, Paulus corrigit ſe auctoreſve ſuperioris differentiæ, vt in *l. ſolent, de præſc. verb. l. ſi mihi pure, de legat. 2.* & ait modeſte, *niſi id forte*, vt & Ariſtoteli ſapientiæ magiſtro, & omnibus iuriſprudentibus ſcribere amicum & familiare eſt: ergo, forte, ἀληθινὸν ἐστὶ, οὐκ ἀπορηματικὸν, *forte adfirmantis eſt*. Sed ne quid omittamus, ſi venditor ſolus damni infecti ſtipulatus ſit, non emptor, dico etiamſi nihil venditoris interſit poſt traditionem, vel in hoc ſaltem, vtilem ſtipulationem eſſe, vt actionem, quæ ex ea competit, cedat emptori, vt & quamcunque aliam actionem quæſitam ante traditio-E nem venditor emptori cedere debet. Et actionem igitur damni infecti, vt & de ea nominatim proditum eſt in *l. Iulianus §. ſi fructibus, de act. emp.* Ergo verbis quoque ſtipulationis damni infecti, quicunque ſiue rei ſiue iuris ſucceſſor continetur, vt conſtat ex *l.* 24. §. *addicitur, hoc tit.* Res omnis iam explicata eſt. Sed ex illa differentia inter emptorem & venditorem, quæ aliquatenus vera eſt, vt docui, maxime, ſi ſolus venditor ſtipulatus ſit, illud liquet, quam ſit falſum, quod vulgo Doctores generaliter ſtatuunt, *relatiuorum eandem eſſe rationem*, puta eandem rationem eſſe emptoris & venditoris, quo ſolo commento freti, beneficium, quod ſoli venditori iura dederint quodammodo reſcindendæ venditionis, ſi nec dimidia pars iuſti pretij ſoluta ſit, illi audent dare etiam emptori. Poſſim eadem ratione ſtatuere exemplo emptoris, qui nummos

cogitur

cogitur facere venditoris, & venditorem cogi rem facere emptoris. Quod tamen est falsum, *l.* 1. *de rer. permut.* Possim quoque eodem modo, exemplo venditoris, a quo exceptio rei iudicatæ transit ad emptorem, statuere, & ab emptore exceptionem rei iudicatæ transire ad venditorem, quod etiam falsum est, *l.9.§. vlt. de except. rei iudic.* Correlatiuorum igitur non semper est eadem ratio, imo sæpe longe dispar, distans, & diuersa.

Ad §. Sabini.

IN stipulatione damni infecti arbitrio prætoris dies certus præstitui solet, intra quem, si damnum acciderit ex ruina aut vitio vicinarum ædium, stipulatio committatur, *l.4.in princ.l.13.§. vlt.l.15. in princip. hoc tit.* Et vero committitur hæc stipulatio, non tantum, si ex ruina ædium promissoris ædes stipulatoris, pariesve aliquis ædium stipulatoris corruerit intra diem stipulatione comprehensum, sed etiam, si intra eum diem forte dum promissor in suo ædificat, supra parietem stipulatoris, ædes promissoris deciderint, eumque parietem vitiauerint, ita vt rimis finderetur & fatisceret, vel curuaturam ventremve faceret, vt ait *l. si quando, si seru. vindic.* licet post diem stipulationis corruerit paries, quia damnum iam tum datum videtur, quum paries vitiatus est. Itaque ex stipulatione damni infecti agi potest statim, atque paries vitium facere cœpit, etiamsi nondum deciderit. vitium facere dicitur vicinus paries, si curuatur, siue ad ruinam aliquam pateat, *l.15.§.si in plures, & l.32.hoc tit.* Plures autem parietes, pluresve partes ædium conuitium facere dicuntur, vt in illa inscriptione Veronensi, *conuitium refecerunt, tectum, parietes alleuarunt.* Agi autem potest statim, atque vitiatus fuerit paries, etiam antequam dies stipulationis præterierit, *l.si procurator, in fine, rem ratam haberi.* Et etiam antequam deciderit paries, nec inutilis actio est, etiamsi post diem stipulatione comprehensum deciderit, quia intra eum diem fingitur decidisse, eo ipso momento scilicet, quo paries vitium contraxit. Sicut qui mortifere vulneratus est, si postea ex vulnere perierit, eo tempore intelligitur occisus, quo vulneratus est, *l. huic scripturæ §.pen. ad leg. Aquil.* Qua de re quantumvis licet facillima & certissima Doctores nostri hic multa, vt solent, in re facili sæpe multi: in difficili, muti. Et id quidem omne ex Sabino in hoc §. proponitur. Ac præterea ex eodem Sabino, si ruentibus vicinis ædibus, si ruina collapsis, paries stipulatoris ita concussus fuerit, vt vitium illud refici nulla ratione possit, & omnino necesse sit parietem demoliri, statim perinde atque si paries decidisset, agi ex stipulatu posse, nec minoris litem æstimari, quam si decidisset. Recte *si refici nulla ratione possit.* Nam si refici possit, lis minoris æstimabitur, vt recte Fulgosius notat hoc loco. Legendum autem est *si refici*, non vt in Florentinis, (*recipi*) Sequitur *in §.seq.*

Ad §. si vicinas, & seqq.

NOnnunquam de damno infecto inter vicinos mutuam stipulationem interponi oportere, quia si vicinas ædes habitemus, & inuicem desideremus, suarum quisque nomine caueri damni infecti, quod & tua meis & ego a tuis damnum pertimescam, aut interponenda mutua cautio est, aut ex ordine huius edicti, ego in tuarum ædium possessionem mittar iussu prætoris, & tu vicissim in mearum. At si adhuc pergatur non caueri, ego tuarum ædium possessor efficiar, & tu quoque mearum. Et ita etiam mutua stipulatio interponitur in specie *leg.39.& l.43. §.cum parietem.hoc tit.* vbi sine controuersia ita legendum, *damni infecti vicino repromisit, ab eoque restipulatus est.* Quibus verbis significatur mutua stipulatio siue constipulatio. Quæ sequuntur in hac *l.* in *§.si pupillus, & in §.si mand. & §.pen.* omnia sunt de actione in factum pœnali, quæ ex hoc edicto in eum, qui missum a prætore in possessionem vice non præstitæ cautionis damni infecti prohibuit ne ingrederetur: quæ, inquam, in eum datur in id, quod damno dato præstare ei oporteret, si ea de re cautum fuisset, quasi ex tacita cautione, *l.7.l.15.§.vlt.hoc tit.l.vlt.ne vis fiat ei, qui in poss.* Qua actione in §. *si pupillus*, ait, etiam pupillum teneri, qui missum in possessionem non admisit, sed prohibuit. Ad quem locum recte in Basilic. additur hic οὗτος διορισμός, hæc determinatio, ἐὰν δόλου ἐστὶ δεκτικός, *si pupillus doli capax est*, vt puta si proximus pubertati est, & ob intelligat se delinquere. Nam hæc actio in factum ex delicto venit, id est, ex contemptu prætoriæ maiestatis. Vnde & seruo eius, cuius sunt ædes, prohibente, plerique putant noxalem actionem eius nomine competere, *l.17.in princ.sup.* Procuratore autem prohibente iri in possessionem damni infecti nomine, ait in §.*si mandato*, si id faciat procurator mandatu domini, in dominum, id est, etiam in dominum hanc actionem dari. Qui enim mandauit, in æquo est, quique mandatum exsecutus est. Sed si procurator id non fecerit mandatu domini, proculdubio in ipsum procuratorem tantum, non in dominum hæc actio datur. Sicut in actorem reipubl. siue syndicum, aut administratorem rerum ciuitatis, non in rempubl. in tutorem, non in pupillum, si tutor prohibuerit, non pupillus, *d.l.17.* His additur in §.*pen.* quod etiam est edicto expressum nominatim, quod est in *l.7.* hanc actionem dari non tantum in eum, qui actorem ex primo decreto in possessione esse, sed etiam in eum, qui actorem ex secundo decreto possidere prædium, quod damnosum imminet, passus non fuerit. Verum si is, qui iussu prætoris iam cœpit possidere, & possidendo vsucapere, nec dum tamen impleuerit vsucapionem, aut admissus non fuerit: vt si cum domum, quam iussu prætoris possidere cœperat, rediret, primo aditu vestibuloque prohibitus fuerit, aut si, cum ibi esset, eiectus fuerit, nihil refert eiiciatur quis, an dum redit prohibeatur introire: Hoc nomine etiam vtile interdictum vnde vi habere potest, *l.1.interdictum, de vi & vi arm.* & in Oratione pro Cæcinna: *Habere etiam potest vtilem actionem inrem*, id est, Publicianam, quasi bonæ fidei possessor, qui nondum impleuerit vsucapionem, quia iuste possidet, qui auctore prætore possidet, & Publiciana datur cuicunque iusto possessori, *l. & generaliter, de noxal. act.* Et præter has actiones eo nomine habet etiam actionem in factum ex hoc edicto. Sed si hanc elegerit, & egerit, atque in iudicium deduxerit, & quanti ea res est, id est, quanti sua interest, consecutus fuerit, illis actionibus experiri non potest, quia vt eleganter Paulus ait, *prætor id agit, ne damnum patiatur actor, non vt in lucro versetur.* Præda est, idem iterum consequi ab eodem vel ab alio, *l.si minoris, de adm.tut.* vel vt ait lex *si quis dolo, in fin.de re iud.* improbus est, qui vult iterum consequi quod accepit. Ceterum licet damni infecti stipulatio, quæ & actio dicitur damni infecti, *l.3.§. si vicinus, l.supra iter §. officium, tit. seq.l. Iulianus §.si fructibus, de act.emp.* Quimino omnis stipulatio prætoria dicitur instar actionis obtinere, *l. actionis, de oblig.& act.l.non solum, de proc.l.non solum, rem rat. hab.& l.si ambo §.pen.de compensat.* quia scilicet, vt ex hoc titulo multis in locis apparet, stipulatio prætoria petitur, datur, competit vt actio, formula eius etiam quasi actionis a prætore concepta. Verum licet, vt cœpi dicere, damni infecti stipulatio, vel actio non concurrat cum alia actione, quia non superuacuo vnquam dantur prætoriæ stipulationes, *§.ei, cuius, & §.emptor*, in hac *l.13. §.de illo, supr. l.32.inf.* hæc tamen actio in factum, de qua agimus cum alia actione concurrere potest, veluti cum Publiciana & cum interdicto vnde vi, sed vna actione quam elegerit & prætulerit, contentus actor esse debet. Et iis non est dubitandum, quin adiunxerit Paulus etiam quod de hac actione in factum iam habuimus supra in *l.16.* Sequitur §. *vlt.*

Ad §. vltim.

IN §.vlt.ostenditur, ex stipulatione damni infecti a procuratore interposita forte absente domino, a procuratore scilicet, vel voluntario, vel mandatario domino

dari actionem causa cognita, vt ait *l. causa cognita*, id est, A actionem vtilem, non directam, non legitimam actionem: decretalem, non edictalem, vt *l. 15. §. eleganter, sup. prætor.* inquit, *si putat, quod vtiliter actionem daturus sit, decernat.* Et sic in edicto de iniuriis prætor pollicetur, se filiofamilias iniuriam passo, causa cognita daturum iudicium iniuriarum, *l. sed si vnius §. ait prætor, de iniur.* id est, actionem vtilem, actionem decretalem. Actio edictalis, vel directa datur de plano, sine causæ cognitione: decretalis autem vel vtilis actio datur pro tribunali causa cognita. Directa autem actio in proposito casu ex stipulatione procuratoris domino non competit: quia iure ciuili, quæ definitio est certissima, per liberam personam actio nobis adquiri non potest: vtilis tamen decernitur causa cognita. Quod & hic Paulus subiecerat seruari in omnibus prætoriis stipulationibus, vt patet ex *l. 5. de prætor. stipulat.* quæ est ex hoc libro, B quod confirmat etiam lex 27. *§. vlt. & l. 28. de procur. & l. Iul. §. si procurator, de act. emp.* Et addit Paulus in *d. l. 5.*

Ad l. 5. de prætor. stipulat.

In omnibus prætoriis stipulationibus hoc seruandum est, vt si procurator meus stipuletur mihi, causa cognita ex ea stipulatione actio competat. Idem est & cum institor in ea causa esse cœpit, vt interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis. Succurrere enim domino prætor debet.

PAri humanitate domino subueniri data vtili actione ex contractu liberi hominis, puta institoris mercibus vendendis præpositi, si eas vendiderit, ac si dominus C rem aliter seruare non posset, vt *l. 2. de institor. act.* Si dominus rem amissurus sit, forte propter inopiam institoris, quomodo & in *§. vlt. l. prox.* & in *l. 5.* hæc verba, *Causa cognita domino actionem dari ex stipulatione damni infecti a procuratore interposita*; accipienda sunt, vt scilicet in causæ cognitione versetur, an rem seruare possit a procuratore, ac tum non discedatur a regula iuris, nec domino detur actio ex contractu procuratoris. Sed si rem a procuratore vel vicino aliter seruare non possit, tum, vt domino succurratur data vtili actione. Igitur in stipulatione damni infecti a procuratore interposita, quæ semper concluditur, quanti ea res est, vt didicimus ex *l. 18. §. emptor, in fine.* hæc verba, *quanti ea res est*, referuntur ad vtilitatem domini, id D est, quanti domini interest, non quanti procuratoris, vt *l. pen. si quis caut.* Ad hanc quoque stipul. damni infecti etiam pertinet quod est ex hoc libro relatum in *l. 66. de regul. iuris.* Et ad id, quod docuimus in *l. 10. de dam. infect.*

Ad l. 166. De reg. iur.

Qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur.

EX hoc edicto damni infecti causa dominum suo nomine repromittere sine satisdatione, sine fideiussoribus: Procuratorem autem alieno nomine satisdare, quia procurator ædes alienas defendit, *l. 9. de damno infecto.* & qui rem alienam defendit, vt ait hæc lex, nunquam locuples & idoneus habetur sine satisdatione. At suæ rei quisque semper defensor idoneus esse intelligitur etiam sine E satisdatione. Quod & innumeris locis proditum est, *l. 26. de minor. 25. annis, l. qui proprio, §. qui alium, de procurat. & l. 18. § vlt. de castr. pec. l. 17. de accus.*

Ad l. 72. De leg. 1.

L. 72. Si quis legauerit fundum Cornelianum, exceptis vineis, quæ mortis eius tempore erunt: si nullæ vineæ erunt, legato nihil decedit.

PRæter cautionem damni infecti egit etiam Paulus libro 48. de cautione siue stipulatione legatorum & fideicommissorum, vt constat ex *leg. penultim. vt legat. nomine caue.* quæ iam a me exposita fuit. Et ad cautionem quoque legatorum referendum est, quod ex hoc libro relatum est in *l. 72. de leg. 1.* Legatum est inutile si id legetur, quod in rerum natura non est, nec speratur esse, *l. si seruus legatus §. quicunque, de legat. 1.* Inutilis etiam exceptio, vt pote quæ legatum non minuat, si id excipiatur ex legato, quod legato non insit tempore mortis testatoris: vt, quæ est species legis 72. Si quis fundum Cornelianum legauit exceptis vineis, quæ mortis eius tempore erunt. nam si nullæ erunt mortis tempore, licet fuerint testamenti tempore, inutilis exceptio est, quæ legato nihil derogat. denique propter eam exceptionem legato fundi nihil decedit. Itaque & de legato fundi totius sine vlla exceptione, aut deductione cauendum est. Egit etiam hoc libro Paulus de stipulatione, quæ interponitur ex causa noui operis nuntiationis. Per hanc stipulationem ei, qui vicino ædificanti nuntiauit nouum opus, dicenti, ius sibi esse prohibere vicinum, vel ædes altius tollere, vel quodcunque aliud nouum opus facere, vicinus, si ædificare velit, promittit de opere, quod fecerit restituendo siue demoliendo, arbitratu boni viri, si secundum actorem, eumque stipulatorem res iudicata erit, id est, si iudicatum erit nuntiationem iustam & iustam prohibitionem esse, nuntiatorem ius prohibendi habuisse: hac cautione præstita molitio operis vicini non impeditur *l. stipulatio §. 1. de noui operis nuntiat.* Hæc cautio eandem vim habet, quam remissio nuntiationis a prætore facta: relaxatio nuntiationis a prætore facta. Et ad hoc genus cautionis ex hoc libro respicit *l. 4. & 8. de noui op. nuntiat.* Et l. 4. primum docet.

Ad l. 4. de nou. op. nunt.

Nam reipublicæ interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere.

SI quid noui operis fiat in loco publico contra leges, omnes ciues per nuntiationem noui operis opus inhibere posse, nisi reipublicę caueatur de opere restituendo. Omnes ciues, inquit, in *l. 3. §. vltim.* opus nouum nuntiare possunt: omnes, id est, singuli, *vt in l. penultima, si fam. furt. fec. dic. & l. 9. de noxal. act.* omnium seruorum nomine, quod singulorum seruorum nomine, in *l. 1. §. 1. si fam. furt. fec. dic.* Et similiter omnibus annis, id est, singulis annis *l. 22. de vsufr. leg. l. si quis mihi mandauerit, mandati.* Et apud M. Tull. 2. de legibus, *fortunam huiusce diei*, quæ & sic appellatur a Plinio 34. & a Publio Victore in regione Palatij ponitur, & a Plutarcho in Mario τύχη ἐκείνης ἡμέρας, *fortunam huiusce diei, valere in omnes dies*, id est, in singulos dies: quod in præsidis cuiusdam formularij mentem venire non potuit. Ideo autem dicit, singulos ciues amoliendi operis, quod fit in publico nuntiandi noui operis facultatem habere: quia, vt ait l. 4. eleganter, & potest aptari ad similes casus, causasque plures, *reipublicæ interest quamplurimos ad defendendam suam causam admittere.* Sequitur l. 8.

Ad l. 8. eod.

L. 8. Non solum proximo vicino, sed etiam superiori opus facienti nuntiare opus nouum potero. Nam seruitutes quædam interuenientibus mediis locis vel publicis vel priuatis, esse possunt.

1. §. Qui opus nouum nuntiat, si quid operis iam factum erit, in testationem referre debet, vt appareat, quid postea factum sit.

2. §. Si cum possem te iure prohibere, nuntiauero tibi opus nouum: non alias ædificandi ius habebis, quam si satisdederis.

3. §. Quod si nuntiauero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias: promittere debebis: quoniam de eo opere, alieno iure contendo, non meo: & tanquam alieni iuris petitor, repromissione contentus esse debeo.

4. §. Sciendum sit, facta operis noui nuntiatione: cui nuntiatum est, abstinere oportere, donec caueat, vel donec remissio nuntiationis fiat: tunc enim, si ius ædificandi habet, recte ædificabit.

5. §. Sed

5. §. *Sed vt probari possit, qui postea ædificatum sit, modulos sumere debet is qui nuntiat: qui vt sumantur, conferantur Prætor decernere solet.*

6. §. *Morte eius qui nuntiauit, exstinguitur nuntiatio, sicut alienatione: quia his modis finitur ius prohibendi.*

7. §. *Quod si is, cui opus nouum nuntiatum erat, decesserit, vel ædes alienauerit: non exstinguitur operis noui nuntiatio. Idque ex eo apparet, quod in stipulatione, quæ ex hac causa interponitur, etiam heredis mentio fit.*

AC primo in l. 8. ostenditur, non tantum proximo vicino ædificanti, sed etiam superiori, Basil. πορώτερῳ vlteriori, *l. 17. §. licet, de aqu. & aqu. pluu. arc. & l. 1. §. quod ait, de cloacis*, superiori vel vlteriori vicino ædificanti nouum opus nuntiari posse, quia superiores ædes nostris seruire possunt, nostris debere possunt seruitutem altius non tollendi, licet intermediæ ædes siue publicæ, siue priuatæ nostris etiam non seruiant. Quod ostenditur in *l. 4. §. vlt. & l. 5. si seruit. vindic. & l. si quis duas, in princip. l. in tradendis §. interpositis, communia præd.*

Ad §. 1.

SEquitur in §. 1. eum, qui vicino ædificanti nouum opus nuntiat, in testationem redigere debere, si quid operis iam factum erit, vt scilicet appareat, vtque probari possit ex testatione, quid post nuntiationem factum sit, ante remissionem aut satisdationem ex noui operis nuntiatione. Idque quod postea factum erit contra nuntiationem destruatur per interdictũ restitutorium de noui operis nuntiatione, vel per interdictum, quod vi aut clam. in testationem redigitur nuntiatio ipsa primum, deinde quod operis iam factum est, ac si prætor ipse sit, qui ædificet, qui faciat nouum opus inuito vicino, cui vicinus nouum opus nuntiare cupiat, nec iure possit, tamen sicut nec potest, quandiu magistratum gerit, sicut nec eum in ius vocare, tum in testationem interim redigit, testibus adhibitis consignatisque tabellis, se non posse nuntiare, vt si nuntiauerit postea, & quod retro ædificatum erit, destruatur, quasi repetito die nuntiatione facta, quasi retroacta nuntiatione, vt ait *l. 5. §. si quis ipsi, hoc tit.* Et prætor etiam ipse, si nuntiator in testationem nuntiationem suam modumque operis iam facti non redigat, nonnunquam, vt ostenditur in *§. pen. huius legis*, decernit cessante nuntiatore, nonnumquam prętor decernit modulos operis iam facti sumi oportere, & conferri cum opere postea facto. Modulos vocat dimensionem siue mensuram quæ sumitur, vt Vitruuius docet *1. capit. 1.* vel ex crassitudinibus vlnarum, vel triglifo instrumento quodam, vel balistæ foramine, quod vt ait, πρόσφυσις vocatur. Recte autem his additur in *l. pen. § pen. quod vi aut clam*, non tantum soli, sed & cœli mensuram esse faciendam: quod quædam in solo opera fiant, quædam in cœlo alieno, vt in solum alienum inuito domino nihil possis, ita nec in cælum alienũ. Porro testatio hæc, de qua hic agitur, plenam fidem facit, vt & in aliis plerisque caussis, *l. Lucius, de his qui not. inf. l. si filiusfamilias, ad Maced. l. vlt. pro derel. l. vlt. de custod. reor. l. 27. in princip. de rei vindicat. l. non idcirco, C. de cont. emp.* Et concipi solebant hæ testationes a iurisperitis, & inde maior earum fides. Quod & Quintil. docet 12. cap. 3. & Ouid. de Ponto, illo loco: *Confiteor testere licet, signate Quirites. Nil opus est legum viribus, ipse loquor*, Et ita vero in *l. 1. §. recte, vsufquemad. caueat*, suadetur, vt fructarius, quum vti frui incipit, in testationem redigat, qualis res sit, vt inde possit apparere, an & quatenus eam rem peiorem fructuarius fecerit. Quod & in vsu in plerisque causis frequentissimum est.

Ad §. Si cum possem.

POst hæc in §. *si cum possem te iure*, ostenditur, quo casu stipulatio de noui operis nuntiatione satisdationem exigat, & quo nuda repromissione contenta sit; quo scilicet casu, de opere restituendo, vicinum, cui nuntiatum est nouum opus, aut satisdare, aut repromittere oporteat. Quod etiam ostenditur in *l. 1. §. stipulationem, de præt. stip.* Ac primum quidem, quæ distinctio seruatur etiam in cautione damni infecti ex edicto prætoris, *l. 7. in princip. tit. seq.* qui suo nomine cauent ex noui operis nuntiatione, sicut qui cauent damni infecti suo nomine, & de re sua, ij repromittunt, qui alieno nomine, siue de re aliena, satisdant. Ac præterea, quæ tamen distinctio non seruatur etiam in cautione damni infecti, de opere, quod in publico fit contra leges, repromitti oportet, quoniam de eo opere ciuis, qui desiderat sibi caueri, quive nouum opus nuntiat, iure alieno, hoc est, communi, iure publico contendit, non suo proprio, & vt ait Paulus, *tanquam alieni iuris petitor repromissione contentus esse debet.* De eo autem opere, quod fit in priuato, satisdari oportet, quia de eo is, qui nuntiauit nouum opus, suo iure contendit, *de eo meo iure contendo*, inquit. Et initio huius §. *si cum possem te iure prohibere*, recte Glossa, *iure priuato, iure meo, iure dominij, aut iure seruitutis mihi competentis*. Alioquin non spectatur iure ne fiat nuntiatio, an iniuria: Nam quoquo iure, quave iniuria fiat nuntiatio, is, cui nuntiatum est nouum opus, non potest id exsequi, antequam satisderit de opere restituendo, vel nuntiationem prætor ei missam fecerit causa cognita. Neque vero antequam ita, vti oportet, cautionem de noui operis nuntiatione, id est, vel satisdationem vel repromissionem præstiterit is, cui opus nouum iure, vel iniuria nuntiatum est, vt indicat *l. 1. h. tit.* non ante ius ædificandi habet. Hinc vero quæritur, cur ex causa damni infecti, si in publico opus fiat, satisdetur ei qui desiderat sibi caueri damni infecti: Sin autem in priuato opus fiat, satis sit ei repromitti? hoc est certissimum. cur longe aliud seruatur in nuntiatione noui operis, nempe vt si fiat in publico nouum opus satis sit, eum, qui denuntiatus & prohibitus est repromittere, si in priuato necesse habeat satisdare? Quærenda est ratio differentiæ, quam tradam crastina die. Repetam primum differentiam inter cautionem damni infecti, & cautionem ex noui operis nuntiatione quam attuli ad *§. si cum possem.* deinde an & quatenus ea differentia vera sit, quæve eius ratio sit, inquiram. Qui opus facit in loco priuato suo iure nuntiatori noui operis, si opus inchoatum exsequi velit, de opere quod fecerit restituendo, id est, destruendo, si secundum stipulatorem iudicatum erit, satisdare debet, vt ostenditur in hoc §. Qui vero opus facit in loco publico, satis habet repromittere, vt in hoc §. *& l. 1. § stipul. de præt. stipul.* Contra, qui in priuato opus facit, vicino, qui desiderabat sibi caueri de damno infecto suo nomine, satis habet si repromittat: qui vero opus facit in flumine publico, ripaue eius, vel in via publica, vel in alio loco publico, eadem de re satisdare debet, *d. l. 1. §. item ex causa, de præt. stipul. l. 15. §. deinde ait prætor, tit. seq.* Et huius varietatis ratio pendet magis ex qualitate & differentia personarum, actoris scilicet & defensoris, & ex genere actionis aut defensionis, differentiave rerum, quæ defenduntur, vel de quibus agitur, quam ex cautionum conditione, aut iure diuerso. actor exigit cautionem, defensor præstat. Item qui agit, ius sibi esse nuntiandi & prohibendi, ne tu ædifices in suo contra libertatem prædij sui, vel ne ędifices in tuo contra seruitutem sibi debitam, de iure suo, de re sua agit, & ideo merito satisdationem desiderat, vt ius suum collocet in tutum. Qui autem agit, ius sibi esse prohibendi, ne quis ædificet in publico, de iure alieno agit: nam quod publicum est, alienum est, non suum. Et ideo repromissione contentus esse debet, *petitor*, inquit Paulus, (quæ sententia perpetuo notanda) *alieni iuris repromissione contentus esse debet, nec potest satisdationem desiderare.* At is, qui ędes suas defendit, & ne eis careat, vicino cauet de damno infecto, vt *l. 9. in princ. tit. seq.* rem suam defendit. Et ideo satis est, si repromittat, quia locuples esse videtur, qui ædes, quas defendit, habet & possidet sibi. Locuples autem non satisdat, *l. pen. in princ. qui satisd. cog. l. 1, de custod. reor.* Qui autem locum

publicum defendit, vt ne non possit inædificari aut muniri, vicinis cauet damni infecti, rem alienam defendit, & ideo satisdare debet, *l.30. tit. seq.* Nam etsi locupletissimus sit, non intelligitur esse locuples idoneus vel assiduus, vt 12.tab.loquuntur, sine satisdatione, quia res, qua de agitur, eius non est. Est quidem in bonis, in facultatibus amplis forte, sed non est in re, qua de agitur, *l. 166. de reg. iur. l. minor, in fi. de procur.* Flumini publico adiunximus ripam eius, quia & vsus eius publicus est, & iurisgentium, sicut ipsius fluminis, in qua munienda tamen dicitur in *l. vnica, inf. de ripa mun.* vicinis de damno infecto caueri, id est, repromitti, vel satisdari. Sed additur, vt hoc breuiter expediam, *secundum qualitatem personæ, Caueri*, inquit, *de damno infecto, vel satisdari secundum qualitatem personæ §. sed & hodie, Inst. de satisd. & l. vlt. C. de petit. hered.* Quod & de quolibet loco publico dici potest. Virum enim illustrem & summa dignitate præditum proculdio repromittere satis erit, imo & eum, qui amplissimas facultates habet, *l. 1. de cust. reor. l. quotiens, C. de dignit. lib. 12.* Ex iis autem, quæ diximus liquido constat, initio propositam differentiam, non cautionem facere diuersas species, sed varietatem rei, qua de agitur, personasve, quæ cauent, quibusve cauetur de re sua, vel aliena. Et ita hæc explicanda sunt omissa glossa. Præterea quod Paulus ait in hoc §. eum, qui nouum opus in publico facit, repromittere de opere restituendo, ei obstat *l. 20. §. hoc autem interdictum, h. t.* quæ docet ei, qui cœpit ædificare in loco publico quique repromisit de opere restituendo, non ante permittendam esse consummationem operis, quam si appareat, quo iure ædificet. Sed respondendum est, ibi agi de interdicto prohibitorio ne vis fiat ædificanti, quod datur tantum ei, qui satisdedit, vt ex verbis edicti apparet, non etiam ei qui repromisit, licet in publico ædificare velit, nisi prius de iure suo docuerit. repromissio sola sufficit ædificanti in publico, vt ædificare pergat, non vt agat illo interdicto.

Ad §. Sciendum.

Sequitur in hoc §. facta operis noui nuntiatione, eum, cui denuntiatum est, confestim cœpto opere abstinere debere donec caueat, id est, repromittat vel satisdet secundum superiorem distinctionem. Si secundum stipulationem iudicatum erit, de opere restituendo, vel donec remissio nuntiationis a prætore fiat, vt *l. 1. de remiss. l. 1. l. 20. §. 1. hoc tit.* tunc enim, vt ait, id est, post remissionem, vel post cautionem, quæ vice remissionis est, *si ius*, inquit, *ædificandi habet, recte ædificabit.* Integra enim actori manet actio legitima, ius non esse ædificandi, & defensoris quidem post satisdationem vel remissionem molitio non impeditur, etiamsi reuera ius immoliendi, vel inædificandi non habuerit: Verum recte non ædificabit. Quia, id quod ædificauerit, iudicio superatus restituere compelletur. Is igitur recte tantum ædificat post satisdationem, aut post remissionem nuntiationis, qui ius ædificandi habet, & aliud est ædificare, aliud recte ædificare. Restat §. vlt.

Ad §. vlt.

Nuntiatio noui operis exemplum sequitur rei vindicationis. Vindicatio alienatione finitur. Definit enim habere rei suæ dominium, & consequenter vindicationem, qui eam alienat. Ergo nuntiatio etiam alienatione prædij sui finitur: nuntiatio fit hoc obtentu, quasi ius prohibendi habeat is, qui nuntiat *l. 1. § nuntiatio fit, h. t.* Finito ergo iure prohibendi, quod vtique alienatione finitur, & per consequentiam nuntiatio exstinguitur & finitur, & nouo rei successori opus est nuntiatione noua: sic morte domini finitur vindicatio, ergo & nunciatio noui operis, & nouo domino, id est, heredi opus est nunciatione noua, alioquin vicinus impune ædificabit. Quod si quis eandem comparationem, idemve argumentum ita retorquere velit, vindicatio transit in heredem. ita est, ergo & nuntiatio noui operis. Respondebo, vindicationem transire in heredem, sed heredem vindicare oportere, agere oportere, & ita quoque nunciationem transire in heredem, sed necesse esse heredi denuo nuntiare, quia ius nuntiandi transit, non ipsa nuntiatio, quam fecit defunctus; nec similis est nuntiatio litis contestationi. si quis lite contestata moriatur, heredi eius nón est opus actione noua. si quis facta nunciatione moriatur, heredi eius opus est nunciatione noua. Nec obstat, quod dicitur in *l. 20. hoc interdictum perpetuo, h. t.* heredi nuntiatoris competere interdictum de opere restituendo, quod contra edictum prætoris contraque nuntiationem factum est: Nam hoc ita est accipiendum, vt heredi illud interdictum non competat, si denuntiatus opus fecerit post mortem nuntiatoris, atque adeo post finitam nuntiationem, ante nouam nuntiationem heredis: sed vt heredi competat, si denuntiatus opus fecerit viuo nuntiatore, quia a defuncto interdictum cœpit, & ab eo transiit in heredem. Idem dici potest de stipulatione ex noui operis nuntiatione, vt ex ea heredi non competat actio, si post mortem nuntiatoris iudicatum erit, ius denuntiato non esse ædificandi, sed si eo viuo, id est, si actio ex stipulatu cœperit a defuncto. Et hæc de morte nuntiatoris, & de alienatione a nuntiatore facta; vtroque modo exstingui nuntiationem. Morte autem denuntiati de qua nunc agendum est, denunciati, id est, eius cui nouum opus est nuntiatum, vel alienatione, nuntiatio non finitur, quia nec personæ facta est, sed operi vel rei. Itaque rem & rei possessorem sequitur; rei cohæret, non personæ, *l. 10. l. vlt. hoc tit.* Quod adeo verum est, vt nuntiatio possit fieri cuilibet vel intelligenti, vel non intelligenti, qui in eo loco sit, vbi opus sit, veluti furioso, vel infanti, aut fabro ædium, fabro operis, cui in eo loco nihil iuris est, *l. 10. & 11.* Nouus igitur dominus, id est, vel heres, vel emptor, si sciens contra edictum, contraque nuntiationem opus fecerit, tenetur opus restituere, destruere tenetur, inquam, interdicto restitutorio. Quamvis interdictum illud nunquam venditorem, aut defunctum tenuerit, vel etiam si aduersus successorem denuntiati iudicatum sit, successor tenetur ex stipulatione de opere restituendo, cui se venditor aut defunctus obstrinxit, quamvis eum tenuerit nunquam, id est, quamvis in eius persona stipulatio fuerit commissa nunquam. Dixi, si sciens fecerit: nam ignorans successor si fecerit: non tenetur, nisi vt patientiam præstet tollendi operis, non etiam impensas, *l. 3. §. opus*, qui est ita accipiendus de alienatione mutandi iudicij causa. Rursus dixi, si successor fecerit: quia si non ipse fecerit, sed venditor, vel defunctus, successor similiter patientiam tantum præstare debet, non impensas, nisi iam lis fuerit contestata cum defuncto, *l. pen. hoc tit. l. 19. §. tamdiu, quod vi, aut clam, l. 6. §. vlt. l. 7. l. 12. de aq. & aq. pluu. arc.* Hanc vero differentiam quam exposui, quæ est in hoc §. vlt. inter denuntiatum & denuntiatorem, ex eo apparere Paulus docet, quod in formula stipulationis ex operis noui nuntiatione, mentio fit heredis eius, cui nuntiatum est nouum opus, non heredis eius, qui nuntiauit. Verba eius formulæ hæc sunt: *si ea res intra eum diem aduersus te, heredemve tuum indicata erit, quod opus factum erit, id opus boni viri arbitratu restitui, aut quanti ea res erit, tantam pecuniam dari.* non dicit, *si secundum me, heredemve meum res iudicata fuerit*, sed, *si aduersus te heredemve tuum.* Formula, ius formulæ differentiam facit inter heredem eius, cui denuntiatur, & heredem eius, qui nuntiat, hunc enim non nominat, illum nominat. Denique hoc vult demonstratque formula, nunciationem quæ fit ab eo, qui intendit, ius sibi esse prohibendi, esse personalem, id est, cohærere ius personæ, nec commeare ad heredem eius, id est, morte exstingui: eam autem nuntiationem fieri, non in personam eius, cui nuntiatur, sed in rem, & ideo heredem sequi; ad quem res transit, nec morte denuntiati finiri,

IACOBI

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XLIX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 2. De aqua & aq. pluu. arc.

L. 2. In summa tria sunt, per quæ inferior locus superiori seruit, lex, natura loci, vetustas, quæ semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.

1. §. Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam exstare, quando facta est. hanc inferior vicinus non purgabat. Sic fiebat, vt ex restagnatione eius aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, aquæ pluuiæ arcendæ cum inferiore agi posse, vt aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.

2. §. Præterea si in confinio fossa sit, neque purgari vicinus patiatur eam partem, quæ tibi accedat: posse te magis agere aquæ pluuiæ arcendæ, Labeo ait.

3. §. Cassius autem scribit: si quæ opera, aquæ mittendæ causa, publica auctoritate facta sint: in aquæ pluuiæ arcendæ actionem non venire. In eademque causa esse ea, quorum memoriam vetustas excedit.

4. §. Apud Ateium vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, siue exstet fossæ memoria, siue non exstet.

5. §. Item Varus ait: Aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquæ deiecit. per quod effectum est, vt aqua pluuia mihi noceret. Varus ait: si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquæ pluuiæ arcendæ actione, vt eum reponat, vel reponi sinat. Idemque putat, & si manu factus fuit, neque memoria eius exstaret. Quod si exstet: putat, aquæ pluuiæ arcendæ actione eum teneri. Labeo autem, si manufactus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse vt reponatur. Nam hac actione neminem cogi posse, vt vicino prosit, sed ne noceat, aut interpellet facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquæ pluuiæ arcendæ actio, attamen opinor vtilem actionem, vel interdictum mihi competere aduersus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est. hæc æquitas suggerit, etsi iure deficiamur.

6. §. Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, & ex restagnatione superiori agro noceat: posse cum inferiore agi, vt sinat purgari: Hanc enim actionem non tantum de operibus esse vtilem manufactis, verumetiam in omnibus, quæ non secundum voluntatem sint. Labeo contra Namusam probat: Ait enim, naturam agri ipsam a se mutari posse, & ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, æquo animo vnumquemque ferre debere, siue melior, siue deterior eius conditio facta sit. Idcirco & si terræ motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit: neminem cogi posse, vt sinat in pristinam loci conditionem redigi, sed nos etiam in hunc casum æquitatem admisimus.

7. §. Idem Labeo ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excauauit, aquæ pluuiæ arcendæ actione agi non posse tecum a vicinis. Plane si fossa iure facta sit, aut cuius memoria non exstat: agi tecum posse aquæ pluuiæ arcendæ vt reficias.

8. §. Idem Labeo ait, cum quæritur, an memoria exstet facto opere, non diem & consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum: hoc est, si factum esse non ambigatur, nec vtique necesse esse superesse, qui meminerint, verumetiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.

9. §. Idem Labeo ait: si vicinus flumen torrentem auerterit, ne aqua ad eum perueniat, & hoc modo sit effectum, vt vicino noceatur: agi cum eo aquæ pluuiæ arcendæ non posse: aquam enim arcere, hoc esse, curare ne influat: quæ sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, vt tibi noceat: sed ne sibi noceat.

10. §. Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit: si fundus tuus vicino seruiat, propterea aquam recipiat: cessare aquæ pluuiæ arcendæ actionem: Sic tamen, si non vltra modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo puta: si quis vicino cesserit, ius ei esse aquam immittere: aquæ pluuiæ arcendæ eum agere non posse.

Liber 49. est de actione aquæ pluuiæ arcendæ. Itaque huic libro merito initium facit *l. 2. de aq. & aquæ plu. arc.* Hæc actio sicut superior actio damni infecti, est etiam de damno futuro, non de præterito, *l. 11. §. offic. ad finem, l. 14. §. in hoc iudicium, hoc tit.* Verum illa de damno est, quod metuo ne prædio meo contingat ex labe & ruina vicini prædij: hæc vero quæ in hoc tit. proponitur, est de damno quod metuo ex opere a vicino meo facto, aquæ pluuiæ ex suo agro in meum me inuito auertendæ causa. De superiore damno, antequam fiat, datur concipiturque stipulatio a prætore, qua mihi prospiciam. non datur tamen ex ea stipulatione actio, antequam damnum factum sit: de posteriore autem damno, quod veremur, actio statim atque opus factum est, aquæ deriuandæ causa, licet nondum damnum factum sit, competit, vt scilicet aqua coerceatur, quæ quandoque nocitura est, restituto opere, sublato opere, vel vt quanti interest opus restitui, actori præstetur. Item (quæ est alia differentia) actioni damni infecti locus est & in vrbe, & in agris *l. 38. §. 2. sup. tit. prox.* Actio aquæ pluuiæ arcendæ in agris duntaxat locum habet, *l. 1. §. item sciendum, hoc tit.* Item, actio damni infecti prætoria est, nempe quia stipulatio prætoria est, & actio igitur ex stipulatione est prætoria: actio autem aquæ pluuiæ arcendæ est legitima, *l. 22. in fin. hoc tit.* id est, ex 12. tabul. *l. Labeo, de statuliber.* quibus etiam 12. tabul. alia actio huic proxima tribuitur a Paulo in *l. 5. ne quid in loco*, ex 16. *ad Sabinum*, quo libro & tractasse illum *de act. aqua pluu. arcendæ*, constat ex *l. 12. 15. 23. hoc tit.* Si in publico opus factum sit, quo aqua pluuia priuato quandoque nocere possit, priuatus aquæ pluuiæ arcendæ agere non potest in rempublicam, quia hac actione solus dominus tenetur, & loci publici nullus intelligitur esse dominus, *l. 18. hoc tit.* Aliter quam si opere manufacto in loco municipij, vel cuiuslibet ciuitatis, aqua pluuia priuato noceat: hoc enim nomine priuato actio est aquæ pluuiæ arcendæ cum municipibus, *l. pen. quod cuiusque vniuers.* Quod & Paulus illo libro 16. ad Sabinum significauit *l. 23. §. 1. hoc tit.* cum ait, actioni aquæ pluuiæ arcendæ etiam in vectigalibus agris, qui sunt agri municipiorum dati in emphiteusim, *l. 15. §. si de vect. sup. tit. prox.* dum, inquam, Paulus ait, actionem aquæ pluuiæ arcendæ habere locum in agris vectigalibus: nam agri vectigales siue emphyteuticarij semper in iure nostro agri municipiorum dicuntur. Ideo autem in agris municipiorum, si quod opus in eis fiat, quo aqua pluuia quandoque priuato nocitura sit, locus est actioni aquæ pluuiæ arcendæ, quia municipia loco priuatorum sunt, *l. 16. de verb. signific.* At publica, populi Romani scilicet, omnino separantur a priuatis, & nullius esse intelliguntur. Bona municipiorum priuatorum esse intelliguntur, municipia loco priuatorum hominum sunt. At si per publicum locum riuus aquæ pluuiæ ductus priuato nocebit, reapse in præsenti, recte idem Paulus in eod. lib. 16. id est, in *l. 5. ne quid in loco publ.* actionem quidem, quod subaudiendum est, aquæ pluuiæ arcendæ, priuato non competere, quod riuus, qui deducitur per locum publicum, priuato noceat, id est, riuus aquæ pluuiæ. Sed ex iisdem 12. tabulis, quæ actionem aquæ pluuiæ introduxerunt, aliam in hunc casum actionem esse comparatam damno iam facto, in hoc scili-

cet, vt noxa, id eſt, damnum, quod iam factum eſt, domino ſarciatur, ſoluatur, pręſtetur. At alij codices,& inter hos Florentini in illa *l.5.* habent, *vt noxa domino caueatur.* quod neceſſario, ſi caſta lectio eſt, ita accipi oportet; *vt noxa*, id eſt, vt de noxa futura, de damno nondum facto, *domino caueatur.* Quæ lectio recta non videtur eſſe: Nam actio ſiue cautio damni infecti originem non cepit a 12. tab. alioquin non eſſet prętoria cautio,ſed ciuilis, & legitima. Alij vero habent,vt noxa domino ſarciatur, quod proculdubio verbum eſſe 12. tab. ex Seruio Sulpitio Feſtus ſcribit,& conſtat ex *l.qui ædes,de incend. ruin. & nauf.* & ex Gellij 11.cap.18.*noxam ſarcito*,id eſt,præſtato damnũ quod contigit,quod datum,factumve eſt.Et ſane eo etiam modo Baſilicῶn auctores legiſſe videntur.Nam in Baſilicis ita eſt: κινῶ παθεῖν τὸ ἐπὶ τὸ παθεῖν τὸ ἀζήμιον, *Ago vt mihi præſtetur indemnitas,vt damno indemnis ſeruer, & ne patiar*,τὸ ἀζήμιον,id eſt,*indemnitatem.*Quod eſt rectius.Eſt enim de damno dato actio vetus ex 12. tab.*l.1.ad l. Aqu. l.pen.ſi fam.fur.fec.dic. l.56.de obl. & act.* Verum, vt ad actionem aquæ pluuiæ arcendæ reuertamur:hac actione tenetur is,qui opere manufacto id egit, vt aqua pluuia aliter flueret, quam natura fluere ſoleret,atque ita, vt agro meo nocere poſſet, ſi quidem id egerit citra voluntatem meam.Voluntate enim mea iure aquam immittit,aut deriuat in fundum meum,vt puta, ſi ceſſero ius ei eſſe, aquam in meum fundum immittere, vel corriuare, videlicet hac ſeruitute fundo meo impoſita, vt ex eius fundo decurrentem aquam excipiat. Quod ita proponitur *in §.vlt.h.l.2.*cum hac exceptione tamen,ſi non vltra modum aqua vicino noceat,quam iure ſeruitutis impoſititiæ in eius fundum corriuet,non vltra modum nocet. Suus cuique ſeruituti modus eſt, & vitioſum vbique eſt, quod nimium, *l. complures §. nimium, de adm. tut.* Quid enim ſi nimietate aquæ vaſtetur ager eius? Omnino ſeruitutes quæ conceſſæ ſunt, ciuili modo & pari vtendum eſt, non immodice. At præterea hæc ſeruitus aquæ immittendæ, vel quæ alia ſeruitus ruſtica, non tantum priuata conuentione conſtituitur,ſed & publica,vt ſi ab iis, qui primi agros conſtituerunt, vt loquitur *l.23.in princip. hoc tit.* qui primi agros condiderunt, (vnde conditiones agrorum dicuntur,*l. 1. §. vlt. hoc tit.* Et apud Siculum Flaccum, cuius etiam libet inſcribitur *de conditionibus agrorum*, & conditores agrorum ſimiliter,conditores coloniarum: vt conditores vrbium apud Iulium Frontinum) Si, inquam, ab iis, qui veteranis pro merito prædia adſignarunt, quive colonias deduxerunt,certæ leges agris dictæ ſint, has leges dicere eſt agros condere, puta, vt hic ager excipiat aquam ex illo agro defluentem, vel quum per agrum aliquem tranſit magnum aliquod flumen, vt domino vicini agri liceat in altero agro aggerem vel foſſam habere. Quod exemplum etiam proponitur in *l.1.§.vlt.* Hygenus 2.de limitibus conſtituendis: *Agri*, inquit, *leges accipiunt ab iis, qui veteranos deducunt.* Et ita propriam obſeruationem lex dicta præſtat in agris. Vnde apparet, quid ſit lex in illo §. *& in principio huius leg.2.*non eſt pactio facta inter conuenientes, vt voluit gloſſa. Quanquam in iure lex accipiatur pro pactione, verum non pro quacunque pactione, ſed pro ea,quæ contractui adiicitur,vt lex commiſſoria. hoc loco, lex eſt conditoris agri, vel coloniæ. Quod ſi ab initio in condendo agro,dicta lex non ſit,in *d.§.vlt.* oſtenditur, naturam agri, vel loci ſeruandam eſſe, nec de arcenda aqua pluuia, aqua Iouiali, quæ loci vitio & natura nocitura eſt,aquæ pluuiæ arcendæ agi poſſe.Quod & Marc.Tull. ſcribit in Topicis: *non magis,inquam, aquæ pluuiæ arcendæ agi poſſe,quod aqua pluuia naturaliter nocitura ſit, quam ſi ea ſit lex agri ab initio dicta a conditore agrorum, vt aqua ex eo defluens adfini vel vicino nocere poſſit*, De aqua, quæ opere a vicino manu facto nocitura eſt hæc actio competit, non de aqua quæ natura nocitura eſt, ſine manu alterius,non de aqua, quæ ex lege agro dicta in conditione eius,nocitura eſt. Natura autem ſemper inferior ager ſuperiori ſeruit, hanc nimirum inferior ſeruitutem ſuperiori debet, vt ex ſuperiori naturaliter profluentem aquam excipiat, *d.l.1.§.pen. & vlt.* Nam vt & ibi ſcriptum eſt,& pro hoc incommodo naturali,aliud inferior ager commodum ſentit, quod penſandum eſt cum illo incommodo. Commodum, inquam, ſentit ex pinguedine terræ agri ſuperioris, quæ ad eum decurrit. Itemque ex eo, quod & Siculus Flaccus ait, *quidquid inferior poſſeſſor in agro ſuo agit,damno ſuperioris agit,ſiue aret, ſiue fodiat.* Detrahit enim pendentes ex ſuperiori glebas. Itaque ſi lex agri non inueniatur,ſeruatur natura agri lociue. Adde, vel etiam ſeruatur vetuſtas, quæ, vt ait Paulus eleganter initio huius legis ſemper pro lege agri, ſcilicet dicta a conditore, habetur, *Minuendarum* ſcilicet, (hæc ſunt etiam Pauli verba) *litium cauſa.* Qua ratione etiam lex *vlt.inf. pro ſuo*, vſucapionem ait eſſe introductam, vt eſſet aliquis finis litium. Cicero, vt eſſet aliquis finis ſolicitudinis, & periculi litium. Sic vero & *l.1.§.1. hoc tit.* ait. *Vetuſtatem vicem legis tenere, legis agro innatæ, cum ipſa agri conditione.* Et *l. vlt. hoc tit. ſolere eos, qui iuri dicundo præſunt, tueri aquæductus, quibus auctoritatem vetuſtas daret,tametſi ius non probaretur*, id eſt,*titulus.*Vetuſtatem igitur eſſe pro iure,pro titulo,pro cauſa poſſeſſionis iuſta.Cedo autem quid voces *vetuſtatem?* Et dicimus vetuſtatem non tantum, quæ excedit memoriam hominum, vt in *§.1. huius l. & aliquot ſeqq.* & in *l.3. §. ductus, de aq. quot. & æſt.* ſed & vetuſtatem longi temporis, id eſt, 10. annorum inter præſentes, & 20. inter abſentes,vt indicat ſatis aperte lex 1. §. 1. *hoc tit. & l. ſi quis, ſi ſeruit.vind.*quæ eſt etiam de aquęductu, vt ille §. *ductus.*Et id etiam, quod Hygenus ait 2. de limitibus, *vetuſtatem longi temporis permutare conditionem agrorum.* Longum enim tempus ſemper in iure longave conſuetudo accipitur pro ſpatio continuo inter præſentes decennij, inter abſentes vicennij. Quod & ita Paulus definit *5.ſent.tit.2.& 5.* Vnde & in *l.2. C.Theod.de longi temp.præſ.*vbi ita ſcriptum eſt, *annorum 40.præſcriptio, quam vetuſtatem leges & iura nuncupari voluerunt*, titulus, qui eſt de longi temporis præſcriptione, exigit, vt legamus, *viginti*, non *quadraginta.* Sed his addemus alia quædam ad §.1.*huius l.2.*

Ad §.1.

Didicimus iam ſupra, vetuſtatem in agris vicem legis obtinere, id eſt, ſi quam obſeruationem, ſi quem tumorem, vt agrimenſores loquuntur, in agris vetuſtas introduxerit, perinde eſſe, atque ſi lex dicta agris, ab iis, qui primi agros condiderunt, eam obſeruationem conſtituiſſent: & vetuſtatem non tantum dici eam, quæ ſuperat memoriam hominum, ſed etiam vetuſtatem longi temporis; id eſt, decennij inter præſentes, & vicennij inter abſentes, quo quidem temporis ſpatio ſeruitutes adquiri conſtat ex *l. 1. §. vlt. h. tit. l. ſi quis diuturno, ſi ſeru. vindic.l. 5.§.pen.de itin. actuq. priu.* videlicet ſi quis longo tempore,longa conſuetudine, longa quaſi poſſeſſione, vt ait *l. ſi quis diuturno*, quia ſeruitus, cum ſit res incorporalis, proprie non poſſidetur. Sed ſeruitus quaſi poſſidetur,vſus pro poſſeſſione eſt. Si quis, inquam, longa quaſi conſuetudine vſus ſit itinere, via, actu, vel aquæductu, etiamſi ea ſeruitute vſus ſit ſine titulo,id eſt,etiam ſi iuſtum titulum, iuſtam cauſam quaſi poſſidendi non habuerit, non probarit, vt *l. vlt. h. tit.* Longus enim vſus vicem obtinet iure conſtitutæ ſeruitutis, longus vſus pro titulo & auctoritate, *l. 1. C. de ſeruit. & aqu.* Dummodo, hoc enim ſemper exigitur, bona fide vſus fuerit ſeruitute, non per vim,non clam, non precario, vt eſt in ſupra dictis legibus. Quoniam his tribus modis mala fide poſſidetur,vt vel Donatus ex iure ait, vt & ipſe profitetur in illum locum: *Tu hanc mihi vel vi,vel clam,vel precario fac tradas.*Ergo res ita ſe habet:Seruitutes prædiorum vſucapi quidem non poſſe, *l. 4. §. vlt. de vſurp. & vſuc.* longo tamen tempore adquiri poſſe,quę hodie eſt vſucapio Iuſtinianea. Ante Iuſtinianum vſucapio rerum mobilium fuit anni,& rerum immobilium biennij tantum. Neque vero huic definitioni de adquirenda ſeruitute longo tempore quidquam obſtat, quaſi exigatur

rendis seruitutibus. Nihil obstat *l.3.§.ductus, de aqua quotid. & æst.* quæ ait quidem, aquæductum, cuius origo memoriam excessit, iure constituti aquæductus loco haberi, veluti ex legato vel donatione, vel cessione, pactione, vel stipulatione, iure, inquam, constituti loco haberi, id est, perinde iure quęsitum esse, atque si quæsitus esset ex legati causa, vel quoquo alio iusto titulo acquirendæ possessionis, acquirendæ quasi possessionis. An ergo non aliter tempore aquæductus mihi quęsitus videtur, quam si eius origo memoriam excesserit? minime. Quod enim aquęductus, cuius origo memoriam excessit, habeatur loco iure constituti aquæductus, praua collectio est, si dicas: ergo aquæductus, quo quis vsus est longo tempore, pro iure constituto non habetur, cum & hunc aliæ leges superius adductæ apertissimo iure constitutum dicant. Ac præterea, possit etiam vsus, qui longo tempore quasi possessus est, remota origo eius esse ab hominum memoria. Non obstat etiam superiori sententiæ §.1. huius legis, in quo hæc species proponitur, quę est explicanda: In agris vicini erat vetus fossa, vetus receptaculum aquæ pluuiæ, quæ iam olim facta erat agrorum siccandorum causa, quod aqua maderent nimis, nec exstabat memoria, quando ea fossa facta esset. hanc inferior vicinus, in cuius fundo fossa erat, non purgauit. Et sic fiebat, vt restagnaret, & ex restagnatione eius aqua fundo meo noceret, id est, nocere posset, vt eo capite 12. tab. quo actio aquæ pluuiæ arcendæ defertur, id verbum accipi oportere ex eodem Labeone refertur in *l. Labeo, de statulib.* Et ita semel accipitur in hoc tit. Si noceat, id est, nocere possit. Nam actio est de damno futuro, non de iam facto. Et in specie proposita Labeonem dicere Paulus refert, vicinum inferiorem, quod illam fossam non purget, mihi teneri actione aquæ plu. arcendæ, vt vel purget fossam, vel me patiatur suis sumptibus eam purgare, & in pristinum statum eam reponere. Idem mox ait seruari in fossa, quæ facta est in confinio duorum fundorum, id est, in fossa finali. Nota hoc loco duo genera fossarum. Fossas finales, & fossas factas agrorum siccandorum causa: has esse proprias, illas plerunque esse communes vtriusque partis pro regione vtriusque fundi, vt Siculus Flaccus lib. *de conditionibus agrorum: Videndum* inquit, *quales sint fossæ, ne si quis siccandorum agrorum causa feceris, finales esse videantur. Et intelligi,* inquit, *potest ex ipsarum fossarum præstatione, vtrum propriæ, an finales sint, &c.* At quid si, vt ex eodem Labeone hoc loco refertur, fossam finalem purgari vicinus non patiatur eam partem quę fundo meo accedit? eo etiam nomine vicinus mihi tenetur actione aqu. pluu. arcendæ, & quidem multo magis, quam superiori casu vt ait, posse te multo magis aquæ pluuiæ arcendæ experiri. Cur multo magis? quia non patitur vicinum pro sua parte purgare volentem fossam finalem non facere. Facere, est prohibere. Superiore autem casu non purgare fossam siccandi agri causa factam, non est facere. Et in hac actione de facto tantum quæritur, *l.14.§.1. hoc tit.* At quia non facere, etiam facere est, *vt l.16. supr. tit. prox l.121. de reg. iur.* Hoc enim is qui non facit, facit vt nolit facere: Ideo & aduersus non purgantem fossam ab vligine & cœno omni, actio aquæ pluuiæ arcendæ accommodatur, quasi aduersus facientem. Et hæc est sententia huius §. 1. ex qua non possis sine calumnia colligere, adquirendæ seruitutis originem duci debere ex vetustate excedente memoriam hominum, non ex vetustate longi temporis. Nam de seruitute nihil in hoc §. agitur, neque etiam in *§. apud Alphenum.* quod tamen miror somniasse glossam. sed ideo proponitur non exstare memoriam, quando fossa facta sit, vt intelligamus actionem aquæ pluuiæ arcendæ competere, quod vicinus non repurget fossam, non etiam quod fossam illam in fundo suo habeat. Quia, vt subiicitur *in §. Cassius,* opus, cuius memoriam vetustas excedit, in iudicium aquę pluuię arcendę non venit, vt reponatur, *vt in §. item inf.* sicut nec opus, quod additur etiam *in §. Cassius,* quod publica auctoritate veluti principis, aut Senatus factum est, *vt l. 23. in princip. inf.* Denique in actione aquæ pluuię arcendę, de eo tantum opere quęritur quod factum est priuata auctoritate, ex quo aqua pluuia vicinis nocet: & pręterea, cuius memoria exstat. Et vt definitur *in hoc §.* idem. Labeo ait, qui huic loco non immerito copulatur, ex eiusdem Labeonis sententia, quum quęritur, an memoria facti operis exstet, memoria facti operis exstare intelligitur, si quis ex iis, qui vita superant, sciat aut meminerit, opus esse factum, licet exacte nesciat quo die, aut quo consule factum sit, satis est, si sciat, quando factum sit, videlicet intra annos tot, *Il y a huict ou neuf ans,* licet nesciat quo die & consule factum sit, satis est si tempus quo factum est, sciat aliquo modo, vel vt ait *l.28. de probat.* quę ad hanc actionem pertinet tota, ἐν παντί, παντάπασι, nec necesse est, vt temporis nouerit circumstantias omnes ad liquidum, vt ait *in illo* §. quo modo & in *l. 1. Cod. si sec. nups. mul. cui maritus.* ad liquidum deducere rationes, & T. Liuius, *ad liquidum veritatem explorare.* Et complures alij auctores. Et quod additur in illo §. *nec vtique necesse est superesse qui meminerit, verum si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.* Verba hęc sunt Pauli non Labeonis. Nam vt constat *ex dict. l.28. de probat.* non est necesse, vt operis memoria exstare intelligatur, vt sit aliquis, qui viderit, aut meminerit, quando factum opus sit, quod Labeo dicebat: sed sufficit, si audierit ab iis, qui meminissent, vel qui vidissent, *Il suffit que quelcun luy die qu'il l'a ouy dire.* Testimonium de auditione in hac causa recipitur. Quod & Basilica in *d. l.* 28. trahunt ad causam noui operis & finium regundorum. Quod tamen proprie ibi est scriptum de arbitrio aquę pluuię arcendę tantum. Alias vero testimonium de auditione non recipitur. Demost. in Eub. οὐδὲ μαρτυρεῖν ἀκοὴν ἐῶσιν οἱ νόμοι, οὐδ' ἐπὶ τοῖς φαύλοις, &c. id est, *ne in grauioribus quidem criminibus leges admittunt testimonium de auditione.* His nunc addamus, quod ex Ateio Capitone refertur in *§. apud Ateium,* conuenienter iis, quæ dixi & retuli in §.1. dominum scilicet inferioris agri, in quo fossa facta erat siccandi agri causa, hac actione compelli ad repurgandam eam, ne restagnet & refluat in superiorem agrum. Et ex diuerso quoque dominum superioris agri, si in eo fossa sit, ex qua ad inferiorem aqua descendat, ex hoc iudicio compelli posse, vt ipsam purget, aut impensam purgationis pręstet, siue exstet fossæ memoria, siue non. Quia etsi memoria eius penitus occiderit, non ideo hoc iudicio agi potest, quod fossam illam ita positam vicinus habeat: sed de ea purganda aut reficienda tantum, *vt §. plane si fossa, infra.* Vnde & in specie §. 1. nihil interest, memoria fossæ exstet, an non exstet. Quod etiam magis atque magis ostendit, quam nihil obsit ille §. superiori definitioni de acquirenda seruitute longo tempore. Hæc vero quæ hactenus relata sunt, confirmantur etiam *in §. item Varus,* hac specie proposita.

Ad §. item Varus.

Aggerem, qui erat in fundo vicini, vis aquæ deiecit: qua re effectum est, vt aqua plu. mihi noceret. si naturalis fuerit agger, veluti colliculus, cessat hæc actio, quia nihil vicinus fecit, quo aqua plu. mihi noceret: natura loci id fecit, non vicinus: id ergo ferre æquo animo debeo. Item si agger fuerit manufactus, modo si memoria eius interciderit *vt in §. Cassius* cessat etiam actio aquæ pluuiæ arcendæ. Sed si memoria eius adhuc vigeat, hæc actio competit in hoc, vt vicinus aggerem restituat, reponat in pristinum statum, aut reponi sinat suis sumptibus. Et hęc fuit sententia *Alpheni Vari.* A qua tamen discedit Labeo, & dissentit: qui etiamsi memoria aggeris manufacti exstet, ait, *directo aggere insolita vi aquarum hanc actionem cessare.* Sic enim omnino hæc verba in hoc *§. item Varus,* ordinanda sunt. Labeo autem si manufactus sit agger, etiamsi memoria eius exstat agi non posse, vt reponatur. Quod liquido demonstrat ratio, quæ sequitur, quia hac actione aquæ pluuiæ arcendæ nemo cogi potest, vt vicino prosit, quod cogeretur dominus superioris fundi, si deiectum aggerem reficere cogeretur: sed hac actione in id tantum vicinus adstringitur, ne noceat, vel ne ad finem vicinum interpellet, qui suo fun-

do propinquius adcolit id facientem quod suo iure facere potest, vt si ius ei concessum sit habendi aggeris in fundo vicini, ne eum habere aut reponere vetetur. Quo nomine si vetetur, etiam habet vtilem actionem aquæ pluuiæ arcendæ, vel interdictum quod vi aut clam, *l. 1. in fine hoc titulo*, secundum distinctionem legis 14. §. *pen. & l. 22. hoc titulo*. Quod & Labeo subiicit *in hoc §. item Varus*, illo loco *Quanquam tamen deficiat aquæ pluuiæ arcendæ actio, directa*. Ne vicinus noceat mihi, ago directa actione aquæ pluuiæ arcendæ: ne interpellet me vtentem seruitute, aut quasi seruitute, ne interpellet me facientem, quod iure facere possum, ago vtili actione aquæ pluuiæ arcendæ, quia dominus eius loci non sum, in quo agger reponendus est, *l. loci, si seruit. vindic.* Et hæc actio datur tantum domino, & in dominum. Eleganter autem ait aggerem, qui factus mihi prodesse potest, vicino vero nihil nociturus est, æquitatem suggerere, vt inuito vicino mihi liceat in agro eius reponere in pristinum statum. Recte autem ponit initio huius §. aggerem vi aquæ deiectum. Nam si facto vicini deiectus sit, vt eo sublato, vehementior aqua profluat vel corriuetur, proculdubio hoc casu competit actio directa, legitima aquæ pluuiæ arcendæ *l. 1. §. 1. h. t.*

Ad §. apud Namusam, & seq.

QVod dictum est in §. *huius legis* 2. si fossa, quæ facta est in inferiore agro, agri siccandi causa, dum non purgatur, superiori agro vicini noceat, locum esse actioni aquæ pluuiæ arcendæ, nempe vt inferior vicinus aut fossam purget, aut purgari sinat. Idem in hoc §. *apud Namusam* traditur: si aqua fluens per inferiorem agrum iter suum fimo obstruxerit aut limo, & ob hoc aqua redundans siue restagnans superiori agro noceat, superiori scilicet vicino, superiori domino agri superioris in inferiorem competere actionem aquæ pluuiæ arcendæ, vt iter aquæ purget, aut purgari sinat: vt purget, inquam, aut purgari sinat canale fluentis aquæ, hac ratione, vt ait, quia hæc actio non tantum est de operibus manufactis, sed etiam de omnibus iis, quæ non secundum voluntatem vicinorum sunt, id est, etiam de non factis: non tantum est de factis, sed etiam de non factis contra voluntatem vicinorum, aut in fraudem vicinorum. Nam & non facta, siue prætermissa facta esse censentur, & coercentur ab arbitro aquæ pluuiæ arcendæ, si prætermissa sint citra voluntatem vicinorum. Et hanc sententiam Paulus æquiorem esse putauit, quanquam Labeonis aliud iudicium esset, qui existimauit, hoc casu non esse locum actioni aquæ pluuiæ arcendæ, fretus hac ratione, quia naturaliter aqua fluens iter suum fimo obstruxisset. Et ideo restagnationes siue exundationes inde contingentes esse æquo animo ferendas: Contingere enim eas natura, non facto vicini: naturam a seipsa mutari posse, & vel meliorem vel deteriorem soli conditionem facere. Idque manifestius apparere, si terræ fragore, & motu, aut magnitudine tempestatis soli causa mutetur, quo casu proculdubio nemo cogi potest, vt vel restituat locum in pristinam causam, vel vt restitui sinat, *l. 14. §. 1. hoc titulo*. Quod certe nec Namusa, nec Paulus negarunt, quia hæc mutatio vis diuina est, quam adfert terræ motus, aut vis tempestatis maior, ira diuina, inuicta necessitas, cui necessario succumbimus. At illa fimi obstructio ira diuina non est, & facile tolli potest. Itaque æquior est Namusæ & Pauli sententia, nec comparatio illa Labeonis congruit, aut conueniens huic proposito est. Hinc vero obserua, arbitrium aquæ pluuiæ arcendæ dari superiori vicino aduersus inferiorem, vt iter aquæ fimo obstructum depleat, & aperiat, vt similiter in §. 1. si fossam agro siccando, quam inferior vicinus in suo positam habet, non repurget, hæc actio datur superiori aduersus inferiorem. Ex diuerso quoque eadem actio datur inferiori aduersus superiorem, *vt in §. apud Ateium supra*, si superior negligentior, remissior fuerit in purganda fossa, qua aqua ad inferiorem agrum descendit. Et sic *in l. 1. §. item sciendum, hoc tit.* & eodem prorsus modo in Platonis legibus Georgicis lib. 8. ostenditur superiori inferiorem hanc actionem dari, si inferior aquam, quæ natura fluit opere facto inhibeat per suum agrum decurrere, μὴ διδοὺς εὔροον, vt Plato ait, non dans *aquæ transitum, impediens aquæ transitum*. Et contra, inferiori dari hanc actionem in superiorem, si superior aliter aquam mittat in inferiorem fundum, quam fluere natura soleat, mittens sine vllo consilio modove, aquarum fluentiam. Et hic plane locus Platonis expressus est *in d. §. item sciendum*. Et multa quoque alia auctores nostri ex Platone mutuati sunt, edictum ædilitium totum sumptum est ex Platone, & interdicta pleraque. Sequitur *in §. sequ.* locum non esse huic actioni, si aquarum confligium siue concursus in agro tuo locum excauarit, fossamque fecerit, quæ recipiat magnam vim aquarum, vnde vicini metuant sibi a restagnatione: non, inquam, esse locum huic actioni, quia fossam eiusmodi natura fecit, non manus hominum. Alia est ratio fossæ manu factæ, alia naturalis fossæ. Nam subiicit statim, si fossa iure facta sit, vt si quis in suo duxerit fossam agri sui siccandi causa, etiamsi eius fossæ memoria non exstet, quamuis de ea replenda siue obsecanda agi non possit, propterea quod remota est a memoria hominum, tamen de ea reficienda & purganda hoc iudicio agi potest, vt dictum est *in §. 1. & §. Cassius & §. apud Ateium*, de naturali fossa reficienda agi non potest: de factitia agi potest. Nunc restat tantum §. *pen.* cuius sententia hæc est.

Ad §. penult. & vlt.

SI vicinus flumen aut torrentem auerterit, qui populabatur & sternebat agrum suum, vt ille ait, *sata læta boumque laborem*; si, inquam, eum auerterit forte ducto muro vel maceria in agro suo, vel aggere facto, ne aqua ad se perueniret: hocque modo sit effectum vt vicino noceat, non posse cum eo, qui flumen, vel torrentem a se repulit, agi aquæ pluuiæ arcendæ. Nam & qui maceriam in agro suo ducit, aquam arcet, ne influat scilicet in suum agrum. Arcere est curare, ne aqua influat, quod & ipse iure facit, ne scilicet influat in suum tanta vis aquæ, quam solent rapidi amnes, torrentesque adferre. Ac præterea id non facit hoc animo, vt vicino aqua noceat, sed vt non sibi noceat, & (vt idem Lab. ait, ex quo id proponitur in hoc §. *pen. & in l. 2. §. idem Lab. scribit, ne quid in loco publ.*) id non facit hoc animo, vt aquam immittat in agrum vicini, sed vt non recipiat in suo. Sapientis patrisfamil. est suum agrum munire aduersus vim torrentium & fluminum. Demosthenes in oratione contra Calliclem, qua & hanc ipsam rem tuetur, τοῦ τὸν [illegible] τὰ ἑαυτοῦ σωφρονεῖν ἡγοῦμαι: *eum, qui prædia sua munit sapere arbitror*: sepire prędia sua, sapere est. Et ita est explicanda sententia §. *pen.* Verum tria sunt, quæ ei obiiciuntur. primum *l. 1. §. Neratius hoc tit.* quę aquę pluuiæ arcendę ait, teneri eum, qui opere manufacto aquam auertit, aquam excludit, quę exundante palude proxima in agrum suum refluere solebat, videlicet, si eo opere aqua repulsa agro vicini nocitura sit: teneri, inquam, hac actione in hoc, vt aquam restituat. Quod est in Basil. εἰς τὴν προτέραν νομὴν καὶ φορὰν, *vt aquam suo pristino cursui & canali restituat*. Ita est. Verum hoc nihil obstat sententiæ huius §. pen. quia non de vi & impetu tumidi fluminis, aut torrentis repellendo ibi agitur, sed de aqua pluuia, siue de aqua palustri, quam aqua pluuia maiorem fecit, quæ & ipsa habetur pro aqua pluuia, pro aqua Iouiali: hanc propellere non licet cum detrimento vicini, & contra morem naturalis fluentis & increscentis aquæ. Et tantum abest, vt §. *Neratius* pugnet cum hoc §. *pen.* vt Harmenopulus 2. *epitomar. tit.* περὶ ὑδάτων vtriusque §. sententiam coniunxerit, differentię scil. ex oppositione ipsa demonstrandæ gratia. Non obstat etiam *l. 23. §. 1. h. tit.* vbi eum, qui aggerem fecerit in agro suo fluminis repellendi & auertendi causa, etiamsi ex eo opere noceatur iis, qui trans flumen sunt, dicitur, eum teneri actione aquę pluuiæ arcendæ, vt scil. aggerem tollat, aut tolli sinat. Idque ibi traditur ex Sabino, vt inscriptio demonstrat. Sed addita

Pauli

Pauli nota huiusmodi, quæ tollit obiectionem. Hæc sunt verba Pauli, *ita si memoria eorum exstet, & si fieri non debuerit*: ita scil. veram esse sententiam Sabini, si memoria aggeris exstet. Nam si memoria aggeris non exstet, de eo restituendo agi non posse, §. *Cassius sup.* & si agger vel aggeres, *inquit*, fieri non debuerint. Ita vero est sententia Sabini: si aggeres fieri non debuerint, vt puta si aggeres vicinus fecerit contra naturam locorum, aut vetustum morem, aut contra seruitutem fundo proximo debitam, hoc animo solo, vt vicino officeret. Quod etiam est exceptum nominatim *in hoc* §. pen. cui etiam nihil obstat *l. 2. §. idem Labeo scribit, nequid in loco publico*. vbi si ex opere, quod quis in suo faciat, aqua in via publica collecta, restagnet aut corriuetur in fundum vicinum, Neratius contra Labeonem ait, *eum teneri interdicto nequid in loco publico*. At breuiter non loquitur ille §. de hac actione, quæ priuata est, id est, quæ competit soli domino agri, cui aqua pluuia nocet, sed loquitur de interdicto illo, quod populare est, & patet omnibus. Ac præterea non ibi de flumine agitur, aut torrente, sed de aqua pluuia in via publica collecta per causam operis ab eo facti in agro suo. Sequitur lex 5.

Ad l. 5. eod.

L. 5. Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo aqua vicino noceat: Labeo respondit, colonum interdicto quod vi aut clam teneri, dominum vero fundi aquæ pluuiæ arcendæ actione, quia is solus restituere opus potest. Sed patientiam duntaxat eum præstare debere, si ei damni infecti stipulatione caueatur, & si quam impensam in restitutione operis fecerit, consecuturum a colono locati actione. Nisi si quis ideo non putet, quoniam non fuerit necesse, ipsum restituere. Sed si iussu domini fecisset, etiam interdicto dominum teneri.

Sciendum hanc actionem de aqua pluuia arcenda, dari soli domino agri, cui aqua opere manufacto nocet, aut nocitura est: & similiter in solum dominum, qui in suo opus facit, quo aqua pluuia vicino noceat. Et hoc ostendunt in hoc titulo multæ leges, *l. 3. §. penult. & §. vlt. leg. 4. in princ. & §. penult. l. 6. §. si quis, l. 14. in princip. l. 18. l. 22.* Itemque *in titulo de action. empti l. Iulianus §. si fructus.* Ex quo sequitur si colonus ignorante domino opus fecerit, ex quo aqua pluuia vicino noceat, quia colonus dominus fundi non est: neque enim locatio solet mutare dominium, *l. non solet, locati*, eum non teneri actione aquæ pluuiæ arcendæ, sed teneri interdicto, quod vi aut clam, vt patientiam & impensam præstet tollendi operis. Dominus vero fundi, in quo colonus opus illud fecit, tenetur actione aquæ pluuiæ arcendæ, etiamsi ipse opus non fecerit, aut ignorauit fieri a colono: quia illud opus, quod colonus fecit, iure soli ad eum pertineat: quia superficies cedit solo, ad eum quoque solum pertinet eius operis restitutio, aut patientia restituendi eius. Nam & qui alium patitur restituere, ipse videtur restituere. Et ideo cum eius operis dominus sit, solus ipse tenetur actione pluuiæ arcendæ, non colonus. Verum hoc iudicio, quia non ipse fecit, sed tantum factum habet, nihil amplius quam patientiam restituendi operis dominus præstare debet, si modo is, qui opus restituere, & tollere parat, ei caueat damni infecti, si quod videlicet ex ea restitutione fundo eius aut fructibus acciderit, vt in *l. proxim. §. penult. supr.* Dominus ergo tenetur hac actione aquæ pluuiæ arcendæ, vt patientiam tantum præstet, non impensam restituendi operis. Colonus autem tenetur interdicto, quod vi aut clam, vt etiam impensam præstet, factam in restituendo opere, & damnum quod ex ea re datum fuerit. Quam sententiam siue differentiam inter colonum & dominum, id est, locatorem, inter hanc actionem & interdictum quod vi aut clam, Paulus hoc loco attribuit Labeoni. Lex proxim. §. penult. eam Iuliano attribuit, quia Iulianus ipse, licet fuerit diuersæ scholæ, Labeonis sententiam approbat. Quæ & in procuratore seruatur eodem modo, qui opus fecit insciente domino, *vt leg. proxim. §. penult.* At quæritur, quid sit dicendum, si locator conuentus actione pluuiæ arcendæ vltro, cum non posset cogi, suis sumptibus opus restituerit, an sumptus a colono poterit recuperare actione locati? Quod Labeo existimauit. Sed corrigit eum Paulus in extremo huius *leg. 5.* his verbis: *nisi si quis ideo non putet*, locatorem scilicet impensam, quam vltro fecit, consequi posse actione locati a colono, *quoniam non fuerit necesse ipsum restituere.* Quæ ratio rectissima est. Habet enim colonus, quod imputet locatori, qui impensam fecit, quam facere non habuit necesse, quia patientiam tantum præstare debet, non impensam. Hac ratione nulla est melior. Nec enim hæc ratio pertinet ad causam locationis. Hoc imputat colonus stultitiæ locatoris, quod impensam fecerit, quam facere non debuit. Non etiam hanc impensam colono reputabit locator iudicio locati, ad quod ea res nihil pertinet. Nec datur etiam temere locatori actio negotiorum gestorum, quia nec forte locator habuit animum gerendi negotij ipsius coloni: aut forte coloni interest, non temere eam impensam suo nomine fieri. Quo casu cessat actio negotiorum gestorum, si tu soluisti impensam, quam ego debebam, atque ita si me liberaris, non semper tibi in me competit actio negot. gestor. Non sane si mea intererat eam pecuniam non solui, *l. cum pecuniam, de neg. gest.* Hæc vero quæ proposita sunt hactenus in hac l. 5. locum habent, si colonus insciente & ignorante domino opus fecerit. Nam si opus fecerit sciente domino, dominus ipse opus fecisse videtur, atque adeo tenetur interdicto quod vi aut clam, vel actione aquæ pluuiæ arcendæ, vt impensam præstet restituendi operis, *l. denique §. pen. & vlt. quod vi aut clam.* Concurrit actio aquæ pluuiæ arcendæ cum interdicto quod vi aut clam, *l. 1. in fine. l. 2. §. item Varus, in fine, h. t.*

Ad l. 14. eod.

L. 14. Antæus ait, si is, qui opus fecerit, potentiori vendiderit prædium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo quod vi aut clam, quod si annus præterierit, de dolo iudicium dandum. 1. §. Cum igitur aquæ pluuiæ arcendæ, de facto quod nocet, quæritur. Ideoque si vitio loci pars aliqua soli subsedit, quamuis per eam causam aqua pluuia inferiori noceat, nulla competit actio. Idem fortasse dicitur, si in agro manufactum aliquid subsederit. 2. §. In hoc iudicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit: cum reliquis fere omnibus iudiciis præteritum præstetur. 3. §. De eo, quod ante datum est, quod vi aut clam agendum est: de eo, quod post sententiam iudicis futurum est, damni infecti caueri oportet: vel ita opus restituendum est, vt nullum periculum damni supersit. 4. §. De eo opere, quod post litem contestatam factum est, nouo iudicio agendum est.

Qvod didicimus ex *l. 5. de aq. & aqu. plun. arc.* actionem aquæ pluu. arcendæ soli domino, & in solum dominum dari, id quoniam confirmatur initio legis 14. eod. tit. non abs re fecero, si ei subiunxero nunc interpretationem illius l. 14. Si is, qui opus fecit in fundo suo, quo aqua pluuia vicino quandoque nocitura sit, eum fundum alij vendiderit & tradiderit, priusquam cum eo ageretur aquæ pluuiæ arcendæ: quia dominus esse desiit fundi, de quo actio illa competebat, iam non tenetur amplius actione aquæ pluuiæ arcendæ, sed tenetur interdicto quod vi aut clam intra annum vtilem, de damno quod datum erit, & de impensis ad opus faciendum restituendum ab actore factis. Et hoc proponitur *in l. 13.* quæ præcedit. Et plane ita se res habet, vt ibi proponitur, si cui fundum suum vendiderit eiusdem vrbis & prouinciæ homini sine dolo malo. Sed si dolo malo eum fundum, non eiusdem sortis, sed potentiori vendiderit, vt vicino opponeret potentiorem aduersarium, vt molestum aduersarium pro se subiiceret: hoc casu intra annum vtilem tenetur actione in factum, quod iudicij mutandi causa factum erit, vel quod iudicij euitandi, quod condemnationis euitandæ causa fundum alienauerit. Quod constat ex *l. 3. §. item si locum, de alien. iud. mut. caus. & ex l. 16. in fi.*

h. t. quæ lex 16. etiam ait, solui iudicium etiam aquæ pluuiæ arcendæ, cœptum cum eo, qui in fundo suo opus fecit, quo aqua pluuia vicino quandoque nocitura sit: solui inquam, cœptum cum eo iudicium de aqua pluuia coercenda, si is initio litis, cum agebatur, in ipso agendi articulo, cum agebatur, vt ait *l.* 4. §. *Pedius, de alien. iud. mut. cau. fact.* si is reus, inquam, quum agebatur in eum aquæ pluuiæ arcendæ ante damnum datum, vt proponitur in l. 16. id est, antequam aqua pluuia noceret, fundum suum potentiori vendiderit, & tradiderit, tum vel statim agi cum emptore aquæ pluuiæ arcendæ quasi domino, cum fundus ei traditus sit a domino, hactenus tamen, vt patiatur id opus tolli, non etiam tollat ipse suis sumptibus, vel etiam agi in venditorem actione in factum, quod iudicij mutandi causa factum sit. recte dixi, quod & proponitur in l. 16. si reus ante damnum datum fundum suum alienarit. Nam si a reo suscepto iudicio aquæ pluuiæ arcendæ, & lite iam contestata damnum contigerit ante alienationem fundi, deinde fundum pendente adhuc iudicio potentiori vendiderit, atque ita, si post litem contestatam & post damnum datum fundum alienauerit, quæ alienatio valet, quia non fundus fuit litigiosus, sed causa tantum operis in eo facti, hoc casu iudicium non soluitur, iudicium manet, & perseuerat, *l.* 4. §. 1. *hoc titulo.* Et in eo non tantum restitutio operis, litisue æstimatio, id est, præstatio quanti ea res est, venit, sed etiam præteritum damnum, id est, damnum, quod ante alienationem post litem contestatam contigit, vt habent Florentiæ, pro *contingit.* Et sic omnino legendum est in fine illius §. legis 4. *Et damni rationem venire etiam eius, quod alienationem contingit.* Sic est scriptum Florentiæ, sed deest particula *ante, quod ante alienationem contingit,* id est, contigit. Quanquam & id quoque damnum venire certissimum sit, quod contingit post alienationem ante sententiam arbitri aquæ pluuiæ arcendæ, *leg.* 6. §. *officium, l.* 16. *hoc titulo.* At his, quæ diximus de danda in venditorem actione quod iudicij mutandi causa, qui fundum suum potentiori alienauit, vel antequam secum ageretur aquæ pluuiæ arcendæ, vel postea pendente iudicio, pendente arbitrio, aduersatur omnimodo id, quod est initio huius legis 14. ex Anteo, vel potius Ateio ICto. eum, qui opus fecerit in suo, quo aqua pluuia vicino noceat, & mox fundum potentiori vendiderit & tradiderit, scilic. quia desierit esse dominus, non teneri quidem actione aquæ pluuiæ arcendæ, sed teneri interdicto quod vi aut clam: non dicit, eum teneri actione, quod iudicij mutandi causa, quod superiores leges dicunt tamen, sed teneri interdicto, quod vi aut clam, ac si cuilibet alij humiliori & impotentiori vendidisset. Quod vtique videtur dici posse, si dolo malo vendiderit & tradiderit; si dolo malo desierit possidere opus quod fecerat. Nam & in eum, qui opus vi aut clam factum dolo malo desiit possidere competit interdictum quod vi aut clam, *leg. semper* §. *eum autem, quod vi aut clam.* Tenetur, inquam, interdicto quod vi aut clam, non quidem directo, quia opus non possidet, sed vtili, perinde ac si possideret fictitio iudicio. Atqui vbi alius certus est possessor rei, qua de agitur, & defensor idoneus, cum quo agi & peragi iudicium possit, nemo inuitus, qui desierit possidere quasi possessor vtile iudicium patitur, sed tunc duntaxat, quum eius rei nullus est possessor certus. Quod aperte ostenditur in *l.* 3. § *vltim. de alien. iud. mut. cau. l. de illo & l. sequ. de noxal. act. l. etiam* §. *vltim. de petit. hereditatis.* Atquin in specie proposita, emptor fundi est operis possessor certus, cum quo statim agi potest de aqua pluuia arcenda, *vt ait l.* 16. Ergo inuitus venditor non patitur, vel excipit vtile interdictum quod vi aut clam. Denique huic interdicto non est locus. Neque enim recte dicitur locus esse iudicio, quod non redditur in inuitum: sed neque volens etiam patitur, vel excipit vtile interdictum, quod vi aut clam, quod potentiori vendiderit, sed quod vendiderit simpliciter. Quamobrem vel id necessario exigente verbo *potentiori,* quod est in hac leg. quod nihil omnino facit ad interdictum quod vi aut clam, & proprie facit ad actionem quod iudicij mutandi causa, vel id, inquam, hoc solo verbo flagitante, iampridem docui hoc loco esse legendum: *agendum cum eo, quod iudicij mutandi causa.* Quæ actio, quia finitur anno vtili, *l.* 16. *l. vel post annum, de al. iud. mut. caus.* ideo subiicit in hac lege si annus vtilis præterierit dolo malo aduersarij, quod necessario supplendum est *ex l.* 1. §. *idem Pomponius refert, de dolo.* tum de dolo iudicium dandum esse. Quod ab eo quidem tempore incipit, quo dolo aduersarij præteriit dies actionis, quod iudicij mutandi causa. Et hoc iure, quod obtinuit ante Constantinum Imperatorem etiam iudicium de dolo finitur anno vtili. Nulla potest excogitari ex iure, vel trahi huius rei interpretatio certior. Transeamus ad reliqua.

Ad §. 1. & seq.

IN §. 1. huius legis 14. ostenditur, in hanc actionem venire aquam pluuiam manu nocentem, vt Cicero loquitur in Topicis, id est, nocitura est opere manufacto. Manus pro opere manufacto, *vt* 2. de legibus, *mentem pietatem, virtutem fidem consecrari manu, quarum omnium,* inquit, *Romæ publice templa dedicata sunt.* Et 2. Georg.

Quot congesta manu præruptis oppida saxis:

Aquam autem natura aut loci vitio nocentem in hoc iudicium nō venire, *vt l.* 1. *supr.* Et ideo si pars aliqua soli, vel etiā vt est in Basil. si opus aliquod in agro manufactum subsederit χάσματος γενομένου, vt est in Basil. *facto hiatu terræ, aut voraginis,* quod Poëtę vocant *Ostium Acherontis, aut sæui ditis spiraculum,* quamvis per eā causam, quod solū subsederit, aqua pluu. inferior vicino noceat, hæc actio cessat, quia aqua illa non manu nocet, sed naturaliter & loci vitio. In §. seq. ostenditur hoc iudicium aquæ pluuiæ arcendæ, esse de damno futuro, sicut iudicium damni infecti, non de damno præterito, & in hoc conuenire vtrumque iudicium, quamquam id in iudicio damni infecti ita sit distinguendum, vt de damno futuro competat & detur stipulatio damni infecti, ceterum ex ea non agatur, antequam damnum datum factumve sit. Qua in re aliquatenus distant inter se: nam actione aquę pluuię arcendę statim atque factum est opus, quo aqua pluuia quandoque vicino nocitura sit, etiamsi nondum nocuerit agi potest de aqua pluuia coercenda. Et distant etiam in aliis plerisque. Hæc actio habet tantum locum in agris, actio damni infecti in vrbe etiam: imo frequentius in vrbe. *l.* 1. §. *item sciendum, hoc tit.* Hęc actio datur soli domino, illa etiam non domino, ei cuius periculo res est, in *l.* 18. *in prin. sup. tit. prox.* Et postremo hæc est legitima, illa prætoria: in hoc iudicium, inquit, sicut in damni infecti futurum damnum venit. Sequitur: *Cum in reliquis fere omnibus iudiciis præteritum præstetur.* Reliqua iudicia, in quibus damni ratio habetur, pertinent ad sarcienda damna, quæ iam contigerunt, vt ait *l.* 7. §. *hoc interdictum, supr. tit. prox.* veluti iudicium legis Aquiliæ, iudicium serui corrupti, iudicium de deiectis & effusis, iudicium ex edicto nautæ caupones, stabul. & alia pleraque. Ergo iudicio aquæ pluuię arcendæ non agitur de damno præterito, de damno iam facto, sed de ea re agitur interdicto quod vi, aut clam, quod etiā est de damno præterito. Id tamen damnum, quod post litem contestatam iudicio aquæ pluuiæ arcendæ ante sententiam iudicis contingit, proculdubio in hanc actionem venit, *l.* 6. §. *officium, l.* 16. *hoc tit. & in l.* 14. §. 1. *hoc tit.* quam supra exposui, quum ait, *in iudicio aquæ pluuiæ arcendæ agi de damno præterito,* id est, de eo quod contigit ante alienationem fundi, in quo opus factum est, post litem contestatam tamen vt ibi glossa recte interpretatur. Vt autem ostenditur in his, quæ sequuntur in hac lege de damno, quod futurum est, quodve futurum veremur post sententiam arbitri aquæ pluuiæ arcendæ, arbiter nihil pronuntiat, sed de eo est cauendum damni infecti, vel vt ait, ita ex sententia iudicis opus restituendum est, vt nullum periculum, nulla spes damni supersit. Postremo additur, *de opere facto post litem contestatam iudicio aquæ pluuiæ arcendæ:* contestatam scilicet de opere ante facto: post litem igitur contestatam, iudicio aquæ pluuiæ arcendæ, de opere iam facto de

de opere nouo, quod post litem contestatam factum erit, A nouа actione aquæ pluuiæ arcendæ agendum esse, quia non potest videri in iudicium venisse id, quod post litem contestatam accidit. Et omnino ita est, *l. non potest, de iudiciis: cap. abbate, de sententiis & re iudic. lib. 6.* nisi scil. per consequentiam eius operis, quod in iudicium deductum est: vel vt ait *l. 15.* si id opus quod antecessit, tolli non possit sine eo, quod factum est post litem contestam. Sequitur *l. 9. & l. 11. hoc tit.*

Ad leg. 9. eod.

L. 9. In diem addicto prædio, & emptoris & venditoris voluntas exquirenda est: vt siue remanserit penes emptorem, siue recesserit: certum sit, voluntate domini factam aquæ cessionem. B *1. §. Ideo autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans iniuriam accipiat. Nullam enim potest videri iniuriam accipere, qui semel voluit. 2. §. Non autem solius eius, ad quem ius aquæ pertinebit, voluntas exigitur in aquæ cessione: sed etiam domini locorum, etsi dominus vti ea aqua non possit: quia recidere ius solidum ad eum potest.*

NOn omnia absolui, quæ Paulus tradidit de actione aquæ pluuiæ arcendæ in hoc lib. 49. nec absoluam iam, quoniam hæc cogor paulisper intermittere, vt expediam ea, quæ interposuit Paulus hoc libro de seruitutibus aquæ in *l. 9. & l. 11. in princip. & in l. 10. de seruit. rustic. præd.* quibus explicatis resumam actionem aquæ pluuiæ C arcendæ. Quemadmodum autem titulus, ita & hic liber 49. qui proculdubio eundem titulum habuit, non tantum est de actione aquæ pluuiæ arcendæ, sed etiam de aqua, id est, de seruitute aquæ ducendæ, vel hauriendæ, vel immittendæ, prædio vicino aut personæ concessa, & consequenter de actione confessoria quæ datur domino, qui seruitutem sibi competere contendit, & de negatoria, quæ domino datur, qui negat se debere seruitutem. Et iam de seruitute aquæ immittendæ, quæ perimit actionem aquæ pluuiæ arcendæ, habuimus *sup. §. vlt. leg. 2.* Nunc dabimus primum l. 9. huius tituli, quæ est de seruitute aquæ ducendæ, in qua seruitute consequenda, lex 8. quæ præcedit docet, non tantum voluntatem eius exquiri, qui dominus est loci, in quo aqua oritur, qui dominus est fontis, D vel putei: sed etiam eius, ad quem vsus, non proprietas aquæ pertinet, id est, cui aquæ ducendæ seruitus realis, vel personalis debetur. Quod *l. 4. C. de seruit. & aqua*, ait esse ex edicto prætoris. Quamobrem in *leg. seq.* 10. quæ hac eadem de re est prætoris mentio. Quod ibi glossa non animaduertit. Neque vero huius edicti sententia vtilitatis seu æquitatis ratione caret. Nam possunt eiusdem aquagij plures esse riuales, *l. 1. §. si inter riuales, l. 3. §. pen. l. 4. de aqua quot.* Pluribus scilicet separatim per eundem locum aquę ductus, vel aquę haustus concedi potest, *si aqua sufficiens sit*, vt ait, *lex 2. de seruit. rust. præd.* Sed is, cui posteriori conceditur ius, aut vsus aquę, voluntatem prioris, cui idem ius ante concessum est, habere debet, ne quid ei de iure, quod is habet, minuat vel detrahat sine eius voluntate. E Suarum vtilitatum quisque optimus arbiter est, & grauissimum cuiusque iudicium de suis commodis, quod nec insuper haberi par est. Vnde, quę est species huius legis 9. Si quis fundum emptori addixerit in diem, id est, ea lege, vt si quis intra mensem, verbi gratia, pretio superadiecerit, fundus a priori emptore recedat, & ad venditorem redeat, a quo mox addicatur posteriori emptori, qui fundum pluris licitus est: Paulus ait in hac leg. 9. interim in concedenda alij per eum fundum seruitute aquę ductus, & emptoris prioris & venditoris voluntatem exquirendam esse, vt siue fundus manserit penes emptorem priorem, nemine pretio superadiiciente, siue ab eo recesserit, & ad venditorem redierit, certum sit, voluntate domini huius vel illius factam esse aquę cessionem, hoc ideo, ne qua domino ignoranti fiat iniuria. Ignoranti fit iniuria, non scienti & volenti. Et vero semel voluisse satis est: nullam enim, inquit, potest videri iniuriam accipere, qui semel voluit. Et rursus nihil interest voluntas domini præcedat an subsequatur aquæ ductionem, *l. seq.* 10. Et hęc sunt, quæ pertinent & continentur in priori parte legis 9. Venio ad posteriorem. Quod in *l. prox. sup.* dixi, non tantum domini locorum voluntatem exigi in concedendo iure vel vsu aquæ ducendæ, sed etiam eius, ad quem vsus aquę pertinet, id in posteriori parte huius legis Paulus refert contraria ratione, nempe hoc modo: non eius tantum voluntatem exigi, aut spectari, ad quem ius, id est, vsus aquæ pertinet, sed etiam voluntatem domini locorum, vt scilicet addat: domini locorum voluntatem exigi, etiam si tota aqua alij cesserit, ita vt ipse ea aqua vti nullo modo possit, quoniam vsus aquę personalis est. Vsus aquæ seruitus personalis est, quæ cum persona exstinguitur, nec transmittitur in heredem, *l. penult. de seruit. rust. præd.* Et ideo mortuo vsuario, vsus aquæ ducendę ad dominum locorum recidere, & proprietati consolidari potest. Et ideo exigitur consensus domini locorum. Quamuis tunc aqua vti non possit, quia, vt dixi, vsus eius aquæ ad eum recidere, & proprietati consolidari potest, quia, inquit, recidere ius solidũ ad eum potest. Consolidatio hoc loco significatur his verbis, *ius solidum*, sicut, *in l. Sempronius, de vsufr. leg.* his verbis, *solidam proprietatem: & in l. a liberto, de bon. libert.* his verbis, *solidam partem.* Et Florentini hoc loco scriptum habent, *reccidere*, pro *recidere*, vt illo loco Ouid. de remed. amor.

Reccidit, vt cupidos inter deuenit amantes,
Et quæ conciderant, tela resumpsit amor:

C Cesellius vetus Grammaticus apud Cassiodorum, *re, præpositio*, inquit, *nonnunquam, quum ad consonantes accedit geminat illas, quod plerunque est apud antiquos, Duco, redduco, cado, reccido.* Hæc Cesellius. Huic vero legi coniungam legem 10. de seruit. rustic. præd. quæ est ex hoc lib.

Ad l. 10. de seru. rust. præd.

Labeo ait, talem seruitutem constitui posse, vt aquam quærere, & inuentam ducere liceat. Nam si liceat, nondum ædificato ædificio seruitutem constituere: quare non æque liceat, nondum inuenta aqua eandem constituere seruitutem. Et si, vt quærere liceat, cedere possumus: etiam vt inuenta ducatur cedi potest.

DOcet in hac lege, talem seruitutem constitui posse, vt mihi in tuo fundo aquam quærere, & inuentam in meum fundum ducere liceat. Quod etiam est proditum, in *l. vlt. si seruit. vind.* Et hoc loco comprobatur argumento ducto a seruitute vrbana ad seruitutem rusticam. Nam si futuro ædificio, quod nondum est, seruitutem constituere licet, veluti tigni immittendi aut stillicidij recipiendi, quare non æque liceat, nondum inuenta aqua constituere seruitutem aquæ ducendæ? Nihil est facilius. Et futuro ædificio constitui posse seruitutem docet *l. 23. §. vlt. de seruit. vrban. præd.* Nunc transeamus ad l. 11.

Ad l. 11. de aq. plu. arc.

L. 11. Supra iter alienum arcus aquæ ducendæ causa non iure fiet. Nec is, cui iter, actus debetur: pontem, qua possit ire agere, iure exstruet. At si specus non cuniculum sub riuo aget, aqua corrumpetur: quia suffosso eo aqua manebit, & riuus siccatur. 1. §. Cassius ait: siue ex communi fundo, siue communi aqua noceat, vel vnum cum vno agere posse, vel vnum separatim cum singulis, vel separatim singulos cum vno, vel singulos cum singulis. Si vno egerit, & restitutio operis, litisque æstimatio facta sit, cæterorum actionem euanescere. Item si cum vno actum sit, & si præstiterit: cæteros liberari. Idque quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi diuidundo recuperari posse, & ex sociis non vtique cum eo agendum, qui opus fecerit: nec minus eum quoque damnum restituere debere, qui auctor operis fuit. 2. §. Apud Ferocem Proculus ait, si cum vno dominorum actum sit, qui opus non fece-

rit, debere eum opus restituere sua impensa: quia communi diuidundo actionem habet. Sed sibi magis placere, patientiam duntaxat eum præstare oportere, quia sua culpa actor id patiatur qui non agit cum eo, a quo opus factum sit. Et est iniquum, eum, qui non fecit, id restituere oportere, quoniam communi diuidundo agere potest: quid enim fiet, si socius eius soluendo non fuerit? 3. §. *Officium autem iudicis inter duos accepti quale futurum sit, dubitare se, Iulianus ait: si forte vnius fundus fuerit, cui aqua noceat. Si vero, in quo opus factum sit plurium, & cum eo vno eorum agatur: vtrum & eius damni nomine, quod post litem contestatam datum sit, & operis non restituit in solidum condemnatio fieri debeat: quemadmodum cum serui communis nomine noxali iudicio cum vno agitur, condemnatio in solidum fiet, quoniam, quod præstiterit, potest a socio recipere an vero is, cum quo agitur, pro parte sua & damni dati & operis non restituti nomine damnandus sit: vt in actione damni infecti fiat, cum eius prædij, ex quo damnum metuatur, plures domini sint, & cum vno eorum agatur: licet opus, ex quo damnum futurum sit, indiuiduum sit, & ipsæ ædes, solumque earum non potest pro parte duntaxat damnum dare: nihilominus eum, cum quo agitur, pro sua parte condemnari, magisque existimat, id seruandum in aquæ pluuiæ arcendæ actione, quod in actione damni infecti: quia vtrobique non de præterito, sed de futuro damno agitur.* 4. §. *Quod si is fundus, cui aqua pluuia nocet, plurium sit: agere quidem vel singulos posse: sed damni quod post litem contestatam datum sit, non amplius parte sua consecuturum: Item, si opus restitutum non fuerit, non amplius, quam quod pro parte eorũ interfuerit, opus restitui, condemnationem fieri oportere.* 5. §. *Si ex priuato agro in agrum communem aqua immittatur: Ofilius ait, socium cum eo agere posse.* 6. § *Trebatius existimat, si de eo opere agatur, quod manufactum sit: omnimodo restituendum id esse ab eo, cum quo agitur. si vero vi fluminis ager delatus sit, aut glarea iniecta, aut fossa limo repleta; tunc patientiam duntaxat præstandam.*

HVius legis principium est etiam de seruitutibus aquæ, per quem locum iter alij cessero, an & per eundem alij aquæ ductum cedere possum: Minime, *l.* 14. *de seru. rustic. præd.* quia deterius iter facerem. Sed neque supra eundem locum, per quem iter alij cessi, vt initio huius legis ostenditur, possum alij aquæ ductum cedere, puta vt opere arcuato, vt arcu aut ponte supra iter alienum ædificato, per eum arcum vel pontem alij aquam ducere liceat, hoc non potest fieri, quia deterius iter fit. Sicut de via publica dicitur in *leg.* 2. §. *Scio tractatum, ne quid in loc. public.* per viam publicam, quod significat etiam *super viam publicam*, iure specum aut pontem non fieri, quia, vt ait, deteriorem viam publicam fieri non oportet. Et ita quoque ex contrario, si alij prius aquæ ductum cessero, deinde alij iter vel actum per eundem locum, vel supra eundem locum ponte exædificato, qua posit ire agere, cedere non possum. Aut quod initio huius legis sequentibus verbis, *nec is, cui iter vel actus debetur*, significatur, si cui iter vel actum debeam, is pontem, qua posit ire agere, iure extruere non potest supra riuum alienum, scilicet, hoc est supplendum, quo aquã ducit seruitutis iure: quia & id facere non potest sine incommodo eius, cui aquæductus debetur. Verum an sub riuo alieno poterit specus quis, aut cuniculum facere, eundi agendi causa: Paulus ait, *Specus* in neutro genere, vt Virgil.

Hic specus horrendum —

Idem differentiam facit inter *specus* & *cuniculum*, si quidem ita legatur, *at si specus non cuniculum sub riuo aget.* Quod non est rectum. Nihil enim aliud specus quam cuniculus subterraneus: vel vt Seneca ait 6. natur. quæst. *Locus vacuus sub terra.* Et plane idem esse specum & cuniculum Curtius Rufus significat *lib.* 4. his verbis, *agi cuniculos iussit, nec saxa, cotesque, quæ interpellent specus, obstabant.* Et lib. 9. *vrbem*, inquit, *cuniculo cepit, quod barbaris simile monstri visum est, quippe in media vrbe armati terra exibant, nullo suffossi specus ante vestigio facto.* Quod cuniculum dixit initio, postea vocat specus. Ergo vtrumque nomen idem potest. Itaque iampridem ostendi, *obs.* 16. *cap.* 17. hoc loco sublata negatione esse legendum, *at si specus*, addita subdistinctione, siue hemyciclo (*sisilico*) *at si specus: cuniculum sub riuo aget*, vt sit connexio duarum vocum idem significantium, quæ figura Græcis παρ[illegible]ισμός, & est in his libris frequentissima. Ergo, vt sentit Paulus hoc loco, sub riuo alieno specus, aut cuniculum agere non licet, quia eo subfosso aqua aliena corrumpitur, aut manat, aut manalis fit, vt veteres dicebant *Manalem fontem*, & riuus siccatur. Cętera quæ sunt in hac lege 11. & sunt sat multa, sunt de actione aquæ pluuiæ arcendæ, de qua exponendum est quod est in §. 1.

Ad §. 1.

SI ex communi fundo, plurium opere manufacto, decurrens aqua pluuia fundo vicino noceat, vel si fundo plurium communi noceatur, ait vnum ex dominis fundi communis, cui aqua pluuia nocet, cum vno ex dominis fundi, ex quo aqua pluuia nocet, agere posse aquæ pluuiæ arcendæ, vel vnum cum omnibus, aut separatim cum singulis, vel omnes simul, aut separatim singulos cum vno, aut singulos cum singulis: & siquidem vnus egerit de opere restituendo hoc iudicio, de aqua pluuia arcenda, qua de re, vt in solidum agat necesse est, tam pro sua, quam pro sociorum parte, quia operis restitutio indiuidua est, restitutio operis siue demolitio in partes scindi non potest, *l.* 4. *§. vlt. de verb. obligat. l. stipulatio §. vlt. de noui operis nunt. & §. officium, inf. in hac l.* Si igitur vnus ex dominis fundi, cui nocetur, egerit aquæ pluuiæ arcendæ, & opus restitutum fuerit, opus scilicet totum, quia nec restitui potest pro parte, facta sunt indiuidua: litis autem æstimationem, id est, æstimationem damni contingentis post litem contestatam, quæ in partes diuidi potest, pro sua tantum parte consecutus fuerit, quia nec potuit in solidum, vt §. *quod si is fundus, inf. in hac lege*, quamuis partem tantum æstimationis consecutus fuerit, opus vero totum restituerit, aut restitui curauerit, cæterorum sociorum actio perimitur: Optima ratione, quia nec de opere restituendo agere possunt, quod iam totum restitutum est, nec de damno præterito, quod scilicet contigit, antequam ipsi agerent, post litem ab vno ex sociis contestatam. Et hæc actio non datur de damno præterito, id est, quod contigit, antequam ageres, sed de eo quod contigit posteaquam egisti. Necesse igitur est, vt dicamus, cæteris competere interdictum quod vi aut clam, quod est de damno præterito, sed non actionem aquæ pluuiæ arcendæ, quæ de damno futuro tantum est, vt docuimus nudiustertius in *l.* 14. Sed si quando vnus ex sociis fundi, cui nocetur, egit aquæ pluuiæ arcendæ, si opus restitutum non sit, si reus noluerit opus restituere, hoc casu actor pro sua parte consequitur tantum, quanti sua interest opus restitui, vt *d. §. quod si is fundus, & l. 6. §. 1. hoc tit.* At tum sane reliquis integra est eadem actio, quatenus eorum etiam interest pro rata opus restitui. Et hæc, si vnus ex sociis egerit aquæ pluuiæ arcendæ. Sed ex diuerso, si cum vno ex sociis fundi communis, ex quo aqua pluuia vicino nocet, actum sit aquæ pluuiæ arcendæ, & is præstiterit, vt ait, id est, totum opus restituerit, cæteri socij liberantur, sed quod impenderit in restituendo opere, id pro parte a cæteris consequetur actione communi diuidundo. Quo loco legendum vno spiritu, vna saliua, *Per arbitrum communi diuidundo reciperari posse: & ex sociis:* sumptum scilicet a cæteris sociis factum in restituendo opere recuperari posse per arbitrum communi diuidundo. Hic vulgo locus vitiatus est ab interpunctione. Sed si cum actum esset aquæ pluuiæ arcendæ cum vno ex sociis, is opus non restituerit, is opus restituere noluerit suis sumptibus, in partem tantum condemnabitur, in partem tantum condemnandus est, quia æstimatio eius, quod interest, diuidi potest, nec cæteri liberabuntur. Cum vno autem ex dominis agendum est, non cum eo, qui opus fecerit, vt opus restituat,

stituat, si dominus non sit, vt cum procuratore, cum colono, qui opus fecit, hac actione agi non potest, quia nec ad eum pertinet opus, quod fecit, nec operis facti restitutio *l. 4. §. vlt. & l. 5. hoc tit.* Et multo minus non dominus, qui opus fecit in agro alieno, quo vicino aqua pluuia nocet, compelli potest, vt damnum præstet, quod aqua pluuia attulerit. Et hoc est, quod ait in extremo huius §. *Non vtique cum eo agendum, qui opus fecit, sed cum domino.* Hæc actio soli domino competit, & in dominum tantum: *nec minus eum damnum restituere debere, qui auctor operis fuerit, non etiam dominus.*

Ad §. Cassius.

Repetenda necessario mihi & partim retractanda sunt ea, quæ dixi ad §. 1. *l.* 2. vt vel diligentius, luculentiusque quod est in extremo eius explicem, quam fecerim nudiustertius. Incipit hic §. iis verbis: *Cassius ait: siue ex communi fundo, siue communi, fundo,* scilicet, *aqua noceat.* Siue igitur ex communi fundo, siue communi fundo aqua pluuia noceat: ex communi fundo aqua pluuia nocet, in quo factum est opus, quo aqua pluuia vicino nocitura sit. Communi autem fundo aqua pluuia nocet, in quem ex opere illo fit, vt aqua pluuia immittatur. Et hoc loco *siue* coniunctio est, non disiunctio vt Albericus (quo ego doctore vtor familiariter) sentit recte, idemque sequentia euidenter exigunt. Coniunctio, inquam est, vel subdisiunctio, falsa disiunctio, siue παραδιαζευκτικός, vt loquitur *l. pen. C. de verb. sign.* Sic igitur ponenda est species. Ex communi fundo plurium aquam pluuiam nocere fundo proximo, qui & ipse est aquæ communis inter duos pluresve, & vel vnum ex sociis, quorum fundo communi noceatur, aquæ pluuiæ arcendæ agere potest cum vno ex sociis & dominis fundi communis, in quo opus factum est, vel vnum separatim cum singulis, vel separatim singulos cum vno, vel singulos cum singulis. Quæ diuisio plusquam manifesto ostendit, ita, vt dixi, speciem esse ponendam. Ex communi fundo scilicet noceri etiam communi fundo inter duos, aut plures. Et siquidem vnus ex sociis, quorum fundo communi aqua pluuia nocet, egerit aquæ pluuiæ arcendæ cum vno ex aliis sociis, vel separatim cum singulis, quorum in fundo communi opus factum est, & restitutio operis facta fuerit, in totum scilicet, quia est indiuidua, vt probauimus supra. Item si litis æstimatio, id est, æstimatio damni dati post litem contestatam, facta & præstita fuerit actori, pro sua parte scilicet, quia diuidua est, vt §. *quod si is, inf. in hac l. 6. §. 1. sup.* tum hæc actio in cæterorum sociorum persona euanescit, videlicet si vnus ex sociis, quorũ fundo nocetur, hac actione similiter egerit cũ vno ex sociis, in quorum fundo communi opus factum est: si, inquam, cum vno egerit, & restitutio operis in solidum, & damni dati præstatio pro parte facta fuerit; hæc actio in ceterorum sociorum persona extinguitur, quia nec de opere restituendo, qua de re præcipue hoc iudicium instituitur, agere possunt, quia iam restitutum est, neque etiam de damno, quod contigit post litem cum illo contestatam, quod ceteris sociis est damnum præteritum: & de damno præterito hoc iudicio non agitur, sed interdicto quod vi aut clam, quo etiam pro rata portionem suarum cæteris sociis integrum est experiri, *l. 14. §. in hoc l. 6. §. officium, hoc tit.* Et hec si vnus ex sociis egerit aquæ pluuiæ arcendæ. Quod si cum vno ex sociis habentibus communem fundum, in quo opus factum est, actum sit aquæ pluuię arcendę, & is opus restituerit, & damnum, quod post litem contestatam contigit, pro sua tantum parte præstiterit, cæteros socios liberari, recte Cassius ait, quia totum opus est restitutum. Neque enim potuit eius demolitio scindi in partes. Itemque de damno prçterito hoc iudicio non tenetur, sed de futuro tantum, quod contigit post litem contestatam ante sententiam. Verum quod is impenderit in restitutionem operis propter indiuiduitatem ipsius rei, propter indiuiduitatem restituendi operis, quia necesse ei fuit sua impensa totum restituere, id pro parte sociorum ab eis recipiet actione pro socio, vel communi diuidundo. Hoc est certissimum. Quod si etiam æstimationem damni dati post litem contestatam, vel non restituto opere per contumaciam aduersarij, si æstimationem quanti actoris interest in solidum præstiterit, quia necesse non habuit eam æstimationem præstare in solidum, sed satis ei erat eam pro sua parte præstare, quia pecuniæ præstatio diuidua est, vt patet ex *d. §. quod is fundus, & l. 6. §. 1. sup.* tum id, quod sociorum nomine dederit, non recipiet iudicio communi diuidundo, quia necesse non habuit solidam æstimationem præstare, sed tamen id recipiet actione negotiorum gestorum, *l. 6. §. siue autem, & §. si damni, comm. diuid. l. si communes, de negot. gest. l. 3. C. eod. tit.* Quæ omnia Accursius, quo nomine eum vehementer laudo, intellexit probe. Quod autem scriptum est in fine huius §. *Et ex sociis non vtique cum eo agendum, qui opus fecit,* id profecto quod in extremo huius §. est, Accursius intellexisse non videtur. Cum enim in id adducat *l. 4. §. vlt. & l. 5. hoc tit. sup.* ea verba extrema huius §. accepisse videtur de non domino, qui in alieno solo opus fecerit, cum quo certum est, etsi eo nomine possit agi interdicto quod vi aut clam, non tamen agi posse actione aquæ pluuiæ arcendæ, quia dominus non est. Quæ res etiam fecit, vt mutatis interpunctionibus, mutatoque articulo *ex*, in *a*, vulgo ita legeretur, vno dictu, *per arbitrum communi diuidundo reciperari posse a sociis,* addito puncto, tum sequeretur alia clausula, quæ acciperetur de non dominis, qui opus fecerunt in alieno, quo aqua pluuia vicinis noceret, nempe hæc clausula, *non vtique cum eo agendum, qui opus fecit.* At certe cum dicat, quæ est verissima lectio, *& ex sociis,* initium hoc est clausæ posterioris huius §. non illud, *non vtique.* Et consequenter hæc clausula de dominis est, *si de sociis habentibus fundum communem.* Ergo de dominis, non de non dominis, neque etiam de non dominis dicere hoc loco quicquam attinebat. Quod cum ita sit, perspicue igitur falsum est, vt est scriptum, quod ait, *ex sociis,* quorum scilicet in fundo communi opus factum est, *non vtique cum eo agendum aquæ pluuiæ arcendæ, qui opus fecerit.* Imo enim vtique sine dubio cum eo agendum est, qui opus fecit, nimirum vt non non tantum patientiam, sed etiam impensam præstet tollendi operis. Et vero cum subiiciat, *nec minus eum quoque damnum restituere debere, qui auctor operis fuerit.* Quibus verbis affirmat, eum quoque, qui opus fecerit, damnum debere præstare datum post litem contestatam. Nec non igitur & ante affirmauit necessario, non negauit, cum eo esse agendum, qui opus fecerit, & nec minus damnum eum restituere debere. Quid aliud est, quam eum non tantum opus restituere debere, conuentum actione aquæ pluuię arcędę, sed etiam damnum, quod contigerit post litem contestatam? Quod & glossæ & Doctores intelligentes, hæc ita ferruminare coacti sunt, vel supplere, *non vtique,* subaudi *tantum, non vtique tantum cum vno ex sociis qui, opus fecerit solus in fundo communi, aquæ pluuiæ arcendæ agendum esse, vt patientiam & impensam præstet restituendi operis: sed etiam cum eo, qui opus non fecerit, vt vel patientiam præstet, non etiam impensam.* Quod est quidem verissimum, sed non his verbis expressum. Vis autem scire, quam hoc sit verissimum, audi enarrationem §. sequentis, & interim facesset illa emendatio. Si ex sociis, in quorum fundo communi opus factum est, quo aqua pluuia vicino noceret, cum vno actum sit aquę pluuię arcendæ, qui opus non fecerit, nec fieri iusserit, Proculus diuersę scholæ a Cassio, existimabat eum, tametsi innocentem, sua impensa opus restituere debere: Hac ratione, quia pro parte cæterorum sociorum, quod impenderit iudicio communi diuidundo a sociis recipere potest. Et nihil damni facturus est, si sua impensa opus restituerit. Contra vero Vrseius Ferox, cuius sententia verior est, eum, qui opus non fecerit, patientiam duntaxat tollendi operis præstare debere: nec idoneam esse Proculi rationem, quia communi diuidundo actionem aduersus socios habet, vt impensam quam fecit, reciperet pro parte sociorum. Quid enim

si inanis ea actio sit propter inopiam socij? Quid si sit actio ἄπορος? vt ait Nouella 97. an impensę damnum faciet? Hoc vero durum & iniquum est, & multo æquius imputari actori, quod ex sociis eum non elegerit, qui opus fecerat inuitis aut ignorantibus cæteris, qui vtique solus suis impensis opus restituere debet, iuxta distinctionem *legis* 5. *hoc tit. l.* 3. §. *item si totum, de alien. iud. mut. caus.* Multo æquius est, inquam, actori moram suam imputari, qui scilicet tardior fuit in exigendo eo, vel aggrediendo eo, qui opus fecerat. Quibus verbis etiam hęc ratio exprimitur in *l.* 12. *hoc tit.* quę & de eo loquitur, qui opus non fecit, sed socius fuit eius, qui fecit. Hæc ita explicanda sunt. Explicabimus etiam partem §. *officium.*

Ad §. Officium.

Dictum est supra de aqua pluuia, quæ ex fundo communi plurium opere manufacto nocet similiter alij fundo communi plurium. Nunc in hoc §. dicit de aqua pluuia, quæ ex fundo communi plurium nocet fundo, non iam communi, sed vnius proprio, quod illa verba significant, *si forte vnius fundus fuerit.* Proprius igitur, *cui aqua noceat*: si vero, *in quo opus factum, sit plurium.* Vbi veterum more, & scriptores præcipue Pandectarum Florentinorum scriptum est, *qui* pro *cui*, dandi vel auferendi casu. Donatus in Andria. *qui pro cui veteres scripsere* in illum locum, *restat Chremes, qui mihi exonerandus est*: & in Eunucho. *Dij potestatem suam omnem ostendere, cui tam subito tot contigerint commoda.* Et in Phormione, *qui, quod amas, domi sit.* Et vt doctissimus Bembus sentit illo loco Virgilij.

—— *qui non risere parentes.*

Quæstio autem huius §. hęc est, si is, qui solus fundi dominus est, cui ex opere manufacto in fundo communi plurium aqua pluuia nocet, cum vno ex sociis egerit aquæ pluuiæ arcendæ, vtrum sicut operis restituendi in solidum condemnatio fit, quia opus indiuiduū est, vtrum ita etiam, vel an ita etiam damni dati post litem contestatam, vel opere non restituto, quanti actoris interest in solidum, in pecuniam certam condemnatio fieri debeat? Hæc est quæstio, de qua Iulianus dixit dubitare se. Cur dubitauerit proxima recitatio demonstrabit: sed prius dicamus, vt huic quæstioni respondeamus. Et quidem sicut, cum fundus, cui aqua pluuia nocet, plurium communis est, singuli socij non habent actionem, nisi pro parte damni dati post litem contestatam, & opere non restituto pro parte, pro qua eorum interest, vt diximus supra, vt item proponitur in fine huius §. *& in l. 6. §. 1. sup.* Ita quum fundus, cui aqua pluuia nocet, vnius proprius est, eo agente cum vno ex dominis fundi communis, cum quo opus factum est, concluditur, hoc loco eo nomine non fieri condemnationem, nisi pro parte, quia pecuniaria condemnatio est, quæ diuisionem recipit. Idque exemplo actionis damni infecti, qua si agatur cum vno ex dominis prædij communis, ex quo damnum timetur, agitur tantum in partem, *l. plures, & l. ex damni* §. *pen. sup. tit. prox.* Quia licet opus, ex quo damnum timetur, sit indiuiduum, id est, diuidi non possit, sicut & ea ratione animal quodcunque dicitur indiuiduum: licet, inquam, opus, ex quo damnum timetur, indiuiduum sit, & in partem etiam restitui non possit; licet item prædium, ex quo damnum timetur, non possit alteri prędio pro parte damnum dare, pro parte non dare; nam quod damnum dat, id sane in solidum dat, nec damni diuisio est, tamen damnum, quod pluribus datum est, non potest videri singulis datum in solidum, sed in partem tantum. Ergo in partem tantum habent actionem ad æstimationem. Rei quidem damnum datur in solidum, sed non etiam personis singulis. Itaque idem seruatur in actione aquæ pluuiæ, quod in actione damni infecti, quia & vtraque est de damno futuro, non de pręterito. Primum sententia §. *officium, l.* 11. *de aqu. & aq. pluu.* paucis repetenda est, vt cum ea coniungam contentionem, quæ in eo proponitur actionis noxalis cum actione aquæ pluuię arcendæ, & cum actione damni infecti, si fundus plurium communis sit, ex quo decurrens aqua nocet fundo meo proprio. Iulianus, qui initio de officio iudicis aquę pluuię arcendę accepti inter me & vnum ex sociis siue dominis fundi communis, ex quo aqua nocet fundo meo, dubitare se dixit, postremo magis putauit, opus quidem ab eo, quo cum agitur esse restituendum, tollendum in solidum arbitrio iudicis, quia operis restitutio indiuidua est. In æstimationem vero damni dati post litem contestatam, vel opere restituto per contumaciam rei, in ęstimationem eius, quod interest, reum pro sua parte tantum condemnandum esse. Quod confirmat etiam *l. 6. §. 1.* & in extrema clausula huius §. *officium*, quæ incipit his verbis: *Quod si is fundus, cui aqua pluuia nocet, plurium sit*: vbi, *quod si is fundus, cui aqua pluuia nocet*, ex alio scilicet fundo communi, & coniungenda ea clausula est cum §. *Cassius sup.* idem, inquam, seruari ostenditur, idemque esse arbitrium siue officium iudicis aquæ pluuiæ arcendæ, si ex communi fundo, verbi gratia Lucij & Caij aqua pluuia noceat fundo communi meo & tuo. Nam & hic æstimationis condemnatio fit in partem tantum, si cum vno ex sociis agatur, non cum omnibus, aut separatim cum singulis. Et hoc quidem comparatū esse ait in hoc §. exemplo stipulationis & actionis damni infecti, stipulationis & actionis, quæ vtraque significatur nomine actionis. Quia & stipulatio instar actionis habet, non hoc loco tantum, sed etiam in *l.* 3. §. *si vicinus, hoc tit. & in l.* 33. *sup. tit. prox. & in l. Iulianus*, §. *si fruct. de act. empt.* Et rursus etiam in hoc titulo *l.* 14. §. *in hoc.* Qua quidem actione damni infecti si agatur cum vno ex dominis prædij communis, ex quo damnum timetur, is certe non amplius, quam pro parte sua condemnari debet, *l. plures*, *l. ex damni*, §. *pen. sup. tit. prox.* quia vt etiam hic ostenditur, licet opus, ex quo damnum timetur, indiuiduum sit, neque enim potest diuidi sine corruptione, sine interitu; licet enim non possit prædium, quod damnosum imminet alteri prædio, pro parte duntaxat damnum dare, quia & ipsa damni datio, si per se spectetur, indiuidua est; tamen damnum quod futurum est, vt detur pluribus, quodve datum est pluribus, non potest videri singulis datum iri, aut dari in solidum, sed in partem tantum. Prædio quidem communi damnum datur in solidum, sed non personis singulis. Itaque idem seruatur hac in re in actione aquę pluuię arcendæ, & in actione damni infecti. Quia, vt ait, vtraque est de damno futuro, non de præterito. Ergo conueniens est, vt quæ in vtraque damni ratio venit, eodem & pari modo ineatur. Argumentatur a stipulatione vel actione ex stipulatu damni infecti, ad actionem aquæ pluuiæ arcendæ a pari, quod argumentum in iure est frequentissimum. Et quod forte Iuliano dubitationem dabat, docet disparem esse rationem noxalis actionis, quæ est de damno pręterito, non de futuro. Vnde si serui communis nomine cum vno ex dominis agatur noxali actione furti, vel damni iniuriæ, & is suscipiat hominis defensionem, quę proculdubio indiuidua est, quia & homo, cuius ob noxam agitur, indiuiduus est, *l. in executione* §. *pro parte, de verb. obligat.* nec audietur ergo, si pro parte hominem defendere paratus sit, sed quodammodo totum suum hominem, ac si totus suus esset, defendere debet, *l.* 4. *si ex nox. caus. ag.* Ideo & in solidum condemnandus est, vt si nolit hominem noxæ dedere, litis siue damni dati integram æstimationem præstet, permissa, vt significaui iam, noxæ deditione, si seruum noxæ dedere malit. Quæ quidem noxæ deditio etiam indiuidua est, vt & homo, qui deditur in noxam. Itaque non potest euitare litis æstimationem, quamuis serui in solidum non sit dominus, nisi seruum noxæ dedat in solidum, redemptis partibus sociorum, vel qua alia ratione, *l.* 8. *de nox. act. l.* 14. §. *item si seruus, de seruo corrupto, l.* 25. §. *si vnus, familiæ erciscundæ.* Ratio vero, quæ redditur hoc loco, cur vno ex dominis ex persona serui communis conuento actione noxali in solidum condemnatio fiat, ea, inquam, ratio similis est rationi Proculi allatæ supra in §. *apud Ferocem*, quia hæc est ratio, quoniam quod præstiterit vnus ex dominis noxæ nomine, id a socio vel sociis actione pro socio, vel actione communi diuidundo,

uidundo, vel familiæ erciſcundæ pro partibus eorum recipere poteſt, vt in *d. l. 25. §. ſi vnus,* quam tamen rationem mirum eſt reiici in §. *apud Ferocem,* & in hoc §. recipi atque probari. Quæſo doceamus quid ſit in cauſa, aut quæ ſit veritatis ratio. & dico illam rationem omnino nihil valere, in eo, qui iure obligatus non eſt, qui vtique nec ideo obligatur, vt eſt in regula iuris 171. quod recepturus ſit ab alio quod præſtiterit, alioquin quilibet obligaretur ad ſoluenda aliena nomina, quia ſoluta recepturus eſt actione negotiorum geſtorum, quod eſſet abſurdum. Et ita in ſpecie *d. §. apud Ferocem,* vnus ex ſociis, qui opus non fecit, quo aqua pluuia vicino noceret, nec fieri ſciuit, nec iure ipſo tenetur actione aquę pluuiæ arcendæ, hoc eſt, vt impenſam pręſtet tollendi operis, vt patientiam quidem tollendi operis, non vt impenſam præſtet, non ideo etiam in hoc tenetur magis: quod ſi eam impenſam fecerit, a ſocio, qui opus fecit, quod amplius ſua portione impenderit actione communi diuidundo reciperare poteſt. Hæc ratio non obligat: Valere autem maxime hanc rationem in eo, qui iure obligatus eſt, vt in hoc §. in vno ex ſociis, qui actione noxali nomine ſerui cōmunis tenetur in ſolidum ipſo iure, vel eo maxime tenetur, quia quod amplius ſua parte præſtiterit, id a ſocio reciperare poteſt per arbitrum communi diuidundo. Nam & ita (quod notandum) actione de peculio & inſtitoria & exercitoria nomine ſerui communis ſinguli ex dominis ipſo iure tenentur inſolidum, quod iniquum ſit eum, qui cum vno contraxit, diſtringi in plures aduerſarios: ſicut & illud iniquum eſt, vt ob noxam vnius quis diſtringatur in plures aduerſarios, in plures dominos ſerui, vel eo maxime, quum ſinguli condemnantur in ſolidum, id eſt, vel vnus ex iis, qui electus fuerit, eo maxime condemnatur in ſolidum, quod rurſus ipſe poſſit a ſocio, vel ſociis conſequi iudicio ſocietatis, vel communi diuidundo quod amplius ſua portione ſoluerit. Et ita eſt proditum nominatim in *l. & ancillarum, §. vlt. de pecul.* Et neſcio qua aure gloſſa ibi non exaudiat rationem illam, quæ maxime idonea eſt. Hæc diſtinctio, quæ vſum illius regulæ demonſtrat ſumme notanda eſt.

Ad §. ſi ex priuato.

SVpra dixit de aqua pluuia, quæ ex fundo communi duorum vel plurium æque nocet fundo plurium communi, & de aqua, quæ ex fundo communi plurium nocet fundo vnius proprio in §. *officium.* In hoc §. pen. vice mutata dicit de aqua, quæ ex fundo priuato, vt ait, id eſt, ex fundo proprio vnius, nocet fundo communi, veluti ex fundo meo proprio, fundo communi meo & tuo. Quo caſu ait ſocium mecum agere poſſe aquæ pluuiæ arcendæ. ſed addendum eſt ex *d. l. 6. §. inde quæritur, ſup.* ſic tamen, vt pars tantum damni ei præſtetur. Nihil eſt certius.

Ad §. vlt.

POſtremo in §. vlt. huius legis oſtenditur, aqua pluuia vicino nocente ex opere ab alio facto in agro ſuo, manu ſua, dominum omnimodo opus reſtituere & tollere debere. Omnimodo, id eſt, ſuis ſumptibus, vt §. *apud, ſup.* Aqua autem pluuia nocente vi fluminis, dominum fundo, ex quo aqua nocet, patientiam duntaxat tollendi operis præſtare debere. Nocente autem vi fluminis, forte, vt ait foſſa quadam fimo aut limo repleta, vel aggere deleto, vt in *l. 2. §. item Varus, ſup.* vel inquit, *glarea iniecta,* id eſt, ſabulo aggeſto. Vnde & glarea pro via regia ſabulo ſtrata apud Auſonium Epiſt. 12. illo loco,

> *Aut iteratarum qua glarea ducta viarum*
> *Fert militarem ad Blauiam.*

Sterni viæ regiæ ſabulo ſolebant, quod veteribus eſt *deſabulare:* vt *delapidare,* lapide ſternere. Reſtat *l. frugem 77. de verb. ſignif.*

Ad l. 77. de verb. ſignif.

L. 77. Frugem pro reditu appellari, non ſolum quod frumentis, aut leguminibus: verum & quod ex vino, ſyluis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Iulianus ſcribit, fruges omnes eſſe, quibus homo veſcatur, falſum eſſe: non enim carnem, aut aues feraſve, aut poma fruges dici. Frumentum autem id eſſe, quod ariſta ſe teneat, recte Gallum definiſſe. Lupinum vero & fabam fruges potius dici: quoniam non ariſta, ſed ſiliqua continentur. Quæ Seruius ad Alfenum in frumento contineri putat.

REſtat ex hoc libro *l. 77. de verborum ſignificat.* quam rectiſſime Labittus noſter retulit ad actionem aquæ pluuiæ arcendæ me auctore, cum in hac vrbe diuerſaretur, qua actione conſtat ex *l. 1. §. de eo opere, & §. Labeo, de aqu. & aq. pluu.* non tantum eum non teneri, qui aratro opus facit in agro ſuo frumenti quærendi cauſa, vt Trebatius dicebat, ſed etiam, qui quid facit frugum fructuumque percipiendorum cauſa. Quod nomen frugum, cum hoc ex veteribus refert, & Paulus in hoc libro docuit, vt patet ex hac l. 77. quæ eſt ex hoc libro, fruges accipi pro reditu omni, non ſolum quod ex frumentis aut leguminibus verum etiam quod ex vino, ſyluis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Falſum autem eſſe, quod quidam dicebant, fruges eſſe omnes, quibus homo veſcatur; neque enim carnem aut oues aut feras, aut poma fruges dici. *frumentum autem id eſſe, quod ariſta ſe teneat, vt triticum, hordeum, ſiligo (deliciæ frumenti,) ſecale & auena.* Legumen autem id eſſe, quod ſiliqua non ariſta ſe teneat, vt faba, cicer, lupinum, vicia, quę δημήτρια vocant Gręci, auctore Galeno ἐν ἁπλοῖς, nec recipiendam eſſe Seruij ſententiam, qui legumina frumenti appellatione contineri putabat. Frugum quidem appellatione legumina continentur, & fruges minutę dicuntur. Vnde Paulus 3. Sentent. *frugibus legatis non tantum frumenta, ſed etiam legumina deberi: ſed frumenti etiam appellatione legumina non continentur.*

Ad l. 167. de reg. iur.

L. 167. Non videntur data, quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt. 1. §. Qui iuſſu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere neceſſe habet.

VLtima ex hoc libro eſt lex 167. *de reg. iur.* quæ etiam referenda eſt ad actionem aquæ pluuiæ arcendę, quę vt diximus ſępe, ſoli domino competit, ſoli domino fundi, cui aqua nocet: non ergo competit ei, qui bona fide fundum emit a non domino, etiamſi fundum vſuceperit, de eo ſcilicet opere, quod iam factum erat venditionis & traditionis tempore, quo quidem tempore fundi dominium erat alterius, quam venditoris. Ergo nec poterat transferri a non domino in emptorem, *l. 6. §. ſi quis, de aqu. & aq. pluu.* quia, vt ait hæc lex in principio, non videntur data, quę eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt: non videntur data, inquam, ſed tradita. Dare eſt dominium transferre: non videtur dominium, ſed poſſeſſio tranſlata. Dominium autem, quod vſucapione adquiritur, non retrotrahitur. Altera regula, quæ ſequitur in hac lege: *Qui iuſſu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere,* etiam pertinet ad eandem actionem aquæ pluuiæ arcendæ, & ſumendum exemplum eſt ex *l. 4. in princ. de aq. & aq. pluu.* Sepulchri violati actione tenetur is tantum, qui dolo malo id violauit, vt prima verba edicti de ſepulchro violato, quæ licet conſulere, euidenter oſtendunt. Ergo non is tenetur actione ſepulchri violati, qui iuſſu iudicis aquæ pluuiæ arcendæ ſepulchrum demolitus eſt, quod ex eius conſtructione aqua pluuia vicino noceret, *d. l. 4.* nimirum, quia qui iuſſu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere neceſſe habet. Finge: ædificaui in meo fundo ſepulchrum, ex quo aqua pluuia vicino nocet, aut nocitura eſt,

desij eius loci esse dominus, imposito, immolito sepulchro, A propter religionem, quæ locum occupauit, & tamen teneor actione aquæ pluuiæ, quia eo tempore, quo sepulchrum molitus sum, eius loci dominus eram, etsi iussu iudicis compellar sepulchrum restituere, tollere ac demoliri, non ideo teneor actione sepulchri violati, quia id non videor fecisse dolo malo. Et hoc etiam Labittus noster notat ad Indicem legum, ex quibus Pandectæ confectæ sunt. Et hic est finis libri.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum L. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 3. de seru. export.

L. 3. Si quis hac lege veniit, vt intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber sit, si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseueret: heredis voluntatem non esse exquirendam.

Hic totus liber fuit de libertatibus siue manumissionibus, quam ad rem etiam pertinent omnes leges, omniave fragmenta, quæ vere ex hoc libro sumpta sunt. Nam *l. 54. de procur. & l. 6. quib. ex caus. in poss. & l. 2. & 4. de iniur.* huic libro falso adscribuntur. Et quidem *l. 54. de procurat. & l. 6. quibus ex causis*, quæ pertinent proprie ad causam mittendorum creditorum in bona debitoris, reiiciendæ sunt in lib. 57. lex autem 2. & 4. *de iniuriis*, quæ proprie pertinent ad actionem iniuriarum in librum 55. vt ibidem liquido demonstrabitur. Incipiamus igitur a *l. 3. de seru. export.* Aliquando in vendendo seruo hanc legem venditor dicit, *vt seruus*, D *quem vendidit, intra certum tempus ab emptore manumittatur*, qua de re est hæc lex 3. Et ea est vis huius legis siue pactionis, vt si non obtemperauerit emptor, transacto illo tempore seruus ipso iure fiat liber, ex rescripto Diui Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, cuius est mentio frequentissima in his libris: vt, inquam, post illud tempus ipso iure fiat liber, si tamen venditor, qui legem dixit, viuat, & in eadem voluntate perseueret: Nam si mortuus fuerit intra tempus manumissioni præstitutum, etiam si heres eius nolit seruum manumitti cessante emptore, post tempus liber fit. Et hoc est, quod ait, heredis voluntatem non esse exquirendam, heredis scilicet eius, qui seruum vendidit ea lege. viuentis venditoris voluntas exquirenda est, non etiam heredis eius: ex eodem rescripto in *l. 3. qui sine manum. ad libert. peru.* ac præterea ex eodem rescripto, etiamsi mutata voluntate venditor sine herede decesserit, E atque etiam emptor, seruo post tempus libertas competit ipso iure *l. 1. eod. tit.* Item si idem seruus manumittatur ab emptore intra tempus præstitutum, inuito venditore, qui mutauit voluntatem, beneficio emptoris fit liber omnimodo, *l. 8. de seru. export.* Et his duobus casibus, quos hic glossa non potuit discernere, mutatio voluntatis, siue inconstantia venditoris nihil officit libertati: his, inquam, duobus casibus, puta si post voluntatem mutatam, & venditor & emptor sine herede decesserint: Itemque si post mutatam voluntatem, vltro emptor seruum manumiserit. Aliquando hanc legem dicit venditor ancillæ, *ne prostituatur ancilla, & vt prostituta libera sit*, quæ & prostituta huius pactionis vi & potestate ipso iure libera fit, *l. 2. C. si mancipium ita ven. ne prost.* Cuius pactionis potestas etiam exercetur, licet per plures emptores mancipium cucurrerit, & a postremo forte emptore prostituta ancilla fuerit: eripitur enim statim in libertatem, *l. diuus, de iure patron.* Aliquando eadem lex ita concipitur, *ne prostituatur, & vt si prostituatur, venditori liceat manum inijcere, & eam abducere tanquam seruam suam, l. 1. C. si manc. ita ven. l. pen. de seru. export.* qua de pactione ex hoc libro restat *l. 56. de cont. empt.*

Ad l. 56. de contrah. empt.

L. 56. Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur, & si contra factum esset, vti liceret ei abducere: & si per plures emptores mancipium cucurrerit, ei, qui primo vendidit, abducendi potestas sit.

Quæ docet, huius etiam legis siue pactionis dictæ a venditore in vendenda ancilla vim obtinere, quam- B uis per plures emptores mancipium cucurrerit, quia hæc lex mancipio inhæret, non personæ primi emptoris. Et hoc quidem in *d. l. 1. C. si manc. ita ven.* est his verbis expressum, *tenorem legis*, id est, pactionis huius, *non intermitti, quod dominium per plures emptorum personas ad primum, qui prostituit, sine lege simili peruenerit.* Et ait Paulus in hac l. 56. si per plures emptores mancipium cucurrerit, vt in antiqua inscriptione excepi, *ne quis eos venderet, sed per genus ipsorum possessio decurreret, vel per agnatos, vel manumissos.* Caius in *l. 16. de minoribus*, aliter, inquit, si emptio per plures personas ambulauerit, vbi emptio, id est, res empta, vt in C *l. 9. hoc tit. de cont. empt.* dissentiant in emptione, id est, in re empta. Et similiter donatio pro re donata, *l. 4. pro donat.* donationem vsucapi, id est, rem donatam. Transeamus ad *l. 35. de man. test.*

Ad l. 35. de man. test.

L. 35. Seruius existimabat, iis posse seruis dari testamento directam libertatem, qui vtroque tempore, & quo testamentum fit, & quo moritur, testatoris fuerunt. quæ sententia vera est.

Docet his tantum seruis posse testamento dari directam libertatem, qui testamenti faciendi & mortis tempore in potestate testatoris fuerint, ita scilicet, vt ab eo vtroque tempore manumitti potuerint, quæ sententia Seruio tribuitur, & vera esse dicitur. Ait, directam libertatem, vt in §. *nec alius, Instit. de sing. rebus per fideicomm.* Nam fideicommissaria libertas etiam alieno seruo dari potest. Et adde, *iustam, directam, & iustam libertatem*, id est, ciuitatem Romanam ex Vlpiano lib. sing. reg. tit. 1. Item adde ex eodem, *qui vtroque tempore testatoris fuerint ex iure Quiritium, secundum ius vetus.* Nam, qui in bonis tantum, non etiam ex iure Quiritium testatoris erant, manumissi testamento, Latini fiebant, non ciues Romani. Rursus quod ait, mortis tempore, vel tempore quo moritur testator, adde, vel si non mortis tempore fuerit in potestate testatoris, saltem si in hereditate fuerit tempore aditæ hereditatis ex *l. 58. inf. hoc tit.* quia libertates testamento relictæ cedunt ab aditione hereditatis: & quod fit intra diem aditionis, & mortis tempore fuisse videtur. aditio hereditatis morti coniungitur, *l. heres quandoque, de adquir. heredi.* Et inde Vlpianus lib. sing. regul. titul. 22. *Siquidem*, inquit, *mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis*, quod est, aditionis, *ciuis Romanus sit.* Nihil igitur refert quo tempore quid fiat, quidve sit, mortis, an aditæ hereditatis.

Ad l. 12. de manumiss.

Lege Fauia prohibetur seruus, qui plagium admisit, pro quo dominus pœnam intulit, intra decem annos manumitti. In hoc tamen non testamenti facti tempus, sed mortis intuebimur.

Porro cum hac leg. 35. coniungenda est lex 12. *de manumiss.* quæ est ex eodem lib. in qua videtur ab hac sententia,

tentia Seruij excipi vnus casus. Et proponitur in ea lege, caput legis Fabiæ de plagiariis, quo si seruus plagium admiserit, ἐξαγαγὼν ἀποδόμενος, & pro eo dominus, quo sciente id admisit, pœnam pecuniariam intulerit, puta sestertiorum quingentorum millium, quæ fuit pœna plagij pecuniaria, ex eadem lege Fabia, auctore Vlpiano apud Ruffinum, *tit. de plagiariis*, etiam post hanc pœnam illatam a domino, adhuc prohibetur is seruus a domino intra decem annos manumitti, vt *l. in bello §. si in captiuo, de capt. & postl. reu.* atque ita, vterque punitur, dominus & seruus; dominus illata pœna legitima, seruus, prohibita eius manumissione. Et ad eum modum seruus fugitiuus, qui sui ipsius plagium siue furtum fecit, vt *ait l. 1. C. de seru. fugit.* si dominus fugitiuario eum vendiderit, cui scilicet mandauerat seruum fugitiuum perquirendum & apprehendendum, intra decem annos contra prioris domini voluntatem a fugitiuario nouo domino manumitti non potest. Quod Paulus scribit 1. Sentent. *tit. de fugit.* quod tamen nondum in lucem prodiit. Proposito autem hoc capite legis Fabiæ, subiicit Paulus in hac l. 12. *In hoc tamen non testamenti facti tempus, sed mortis intuebimur.* Quæ est exceptio superioris sententiæ Seruij Sulpitij: nimirum, quia etsi testamenti faciendi tempore is seruus nondum manumitti possit, quod nondum decennium præteriisset, si tamen decennium præterierit mortis testatoris tempore, ad libertatem testamento relictam peruenire potest, idque pœnæ molliendæ, & libertatis promouendæ ratio postulat. Hunc locum Basilica non intellexerunt. Sequitur *l. 17. de manum. vind.*

Ad l. 17. de manumiss. vind.

Apud Proconsulem, postquam vrbem egressus est, vindicta manumittere possumus. 1. § *Sed & apud legatum eius manumittere possumus.*

LEx 17. *de manumiss. vind.* ait, apud proconsulem seruum, vindicta imposita capiti serui, manumitti posse statim, atque vrbem egressus est, postquam vrbe egressus fuerit, licet nondum in prouinciam, quam sortitus est, peruenerit. Recte, quia etsi iurisdictionem contentiosam non habeat, quæ in inuitos exercetur, antequam in prouinciam peruenerit, tamen voluntariam iurisdictionem habet, quæ exercetur inter volentes tantum. Voluntariam, inquam, iurisdictionem habet proconsul, statim atque vrbem egressus est, puta in itinere, dum in prouinciam proficiscitur, & in aliena prouincia apud eum manumissiones, emancipationes, adoptiones fieri possunt, *l. 2 de off. proconf. l. emancipari §. 1. de adopt.* Et ita Plinius 7. epist. scribit *de manumittendo vindicta seruo apud proconsulem Bethicæ, in itinere, dum Bethicam proficiscitur.* Idem etiam proconsul retro, dum ex prouincia suo munere perfunctus redit in vrbem, eandem iurisdictionem habet, id est, voluntariam, & insignia quoque imperij eadem, quoad portam Romæ ingressus sit, *l. vlt. de off. proconf.* Quo respiciens M. Tullius 7. ad Atticum, *si*, inquit, *hoc imperium mihi molestum erit, vtar ea porta, quam primum videro*, id est, deponam imperium. Denique imperium proconsulis est ad vrbem, id est, ad vrbem vsque, non in vrbe. Et inde Ciceroni & Cæsari, consul ad vrbem, id est, proconsul. Et inde etiam veluti pro priuilegio data Augusto proconsulari potestate, id quoque datum est nominatim & extra ordinem, vt ingressus Romam non deponeret eam potestatem, apud Dionem in fine 53. libri. Quod priuilegium etiam datum legimus Quinto Fuluio, & M. Marcello proconsulibus, apud Titum Liuium 26. Sequitur in hac lege, *sed & apud legatum eius manumittere possumus.* Quod falsum esse coarguit *l. 2. de offic. proconf.* quæ apud proconsulem ait, manumissionem quidem fieri posse statim, atque vrbem egressus est, non etiam apud legatum eius vllo tempore. Et rectius igitur hoc loco alij libri habent, *non possumus*, vt hic sit sensus: sed non, vt apud proconsulem, ita & apud legatum quoque eius manumittere possumus; Paul.

quia scilicet legis actionem non habet, quia apud eum lege agi non potest: id est, quia actus legitimi & solemnes apud eum peragi non possunt, etiamsi sit ei mandata iurisdictio, quia legis actio non mandatur, sed lege datur specialiter, vt *l. 21. hoc tit.* Legis actio non ex mandatu iurisdictionis proficiscitur, sed ex lege speciali, quæ legis actionem dederit. nec moueri debemus his verbis, *sed & apud legatum*, quæ & hoc loco & aliis plerisque in his libris, *discretiua*, non *coniunctiua* sunt, & eo sensu, quem dixi, accipienda sunt. Restat *l. 23. de liberali causa.*

Ad l. 23. de liberali causa.

L. 23. Si vsumfructum tibi vendidero liberi hominis, & cessero: seruum effici eum, dicebat Quintus Mutius: sed dominium ita demum fieri meum, si bona fide vendidissem: alioquin sine domino fore.

1. §. In summa sciendum est, quæ de venditis seruis, quibus denegatur ad libertatem proclamatio, dicta sint, etiam ad donatos, & in dotem datos, referri posse; item ad eos, qui pignori se dari passi sunt.

2. §. Si mater, & filius de libertate litigant; aut coniungenda sunt vtrorumque iudicia: aut differenda est causa filij, donec de matre constet: sicut diuus quoque Hadrianus decreuit. Nam cum apud alium iudicem mater litigabat, apud alium autem filius, Augustus dixit, ante de matre constare oportere, sic deinde de filio cognosci.

QVæ pertinet ad actionem in factum, qua liber homo tenetur, qui sciens dissimulato statu suo se pro seruo dolo malo vænire passus est, deinde proclamauit in libertatem, & euicit se ab emptore, videlicet, quum pretij partem non accepit. Quo casu, quia seruus non fit, etiam si sciens vænierit quasi seruus, integra ei est proclamatio in libertatem; sed si pretium participauerit, si pretio ductus prodiderit libertatem suam, plane seruus fit, nec ad libertatem potest proclamare, *l. 40. inf. hoc tit. l. 1. C. quib. ad libert. procl. non lic.* Verum si pretium participatus non sit, quia decepit emptorem dissimulando conditionem suam, emptorem, inquam, bonæ fidei, quod exigitur, qui putabat eum esse seruum, ex edicto prætoris emptori tenetur, vt duplum restituat, & præstet eius, quod emptor propter emptionem vel dedit vel obligatus est, aut venditori, aut fisco vectigalis nomine, quod ἐπώνιον est, aut parario, siue sequestro contrahendæ emptionis, aut vxori venditoris. non tantum pretium erogatur plerunque in re aliqua emenda, sed & pleraque alia erogantur, vt dixi, vel vxori venditoris, vel fisco, vt *l. debet, de ædil. edict. l. quod si nulla, de hered. vend.* Hæc omnia, quæ emptor bonæ fidei cuicunque propter emptionem iure licito erogauerit, ei liber homo, qui proclamat ad libertatem, in duplum restituere tenetur, *l. 18. & 20. hoc tit.* Si quid cuidam, inquit, *l. 20.* ob hanc actionem, id est, auctionem siue venditionem mancipij, iure licito dedit.

Ad l. 75. de verb. sign.

Restituere videtur, qui restituit, quod habiturus esset actor, si controuersia ei facta non esset.

ET huc omnino pertinet *l. 75. de verb. signif.* quæ est ex hoc libro, & ait, eum, cum quo agitur hoc iudicio, nempe pœnali in duplum rem actori restituere videri, cum actori, id est, bonæ fidei emptori restituit id omne, quod habiturus esset, si controuersia ei facta non esset: id est, si is, quem emit quasi seruum, non proclamasset ad libertatem. Huic actioni locus est, vt iam dixi, cum liber permansit is, qui se vænire passus est, vt puta, quia non participauit pretium. Nam in seruum nulla est actio, & liber permanet, si pretium non participauerit, & vel se vænire passus sit pleno iure, quasi seruus dissimulata conditione sua, vel etiamsi vænire passus sit, non se totum, sed vsumfructum

sui ipsius quasi serui. Nam etsi eo patiente vsumfructum eius vendidero & cessero, quum participauit pretium, seruus efficitur; quod ostenditur initio huius l. 75. nec tamen proprietas aliter fit mea, quam si bona fide eum vendidero. Nam si sciens liberum, eum vendidero volentem & participantem pretium, proprietas non est mea, vsusfructus est emptoris, proprietas vero cuius? nullius, sed seruus est sine domino, vt ait, id est, sine proprietario: sicut cum serui vnus habet vsumfructum, alter proprietatem, si proprietarius eum manumiserit, liber non fit, sed seruus est sine domino, auctore Vlpian. *lib. reg. tit.* Idem Vlpianus alio loco fragmentorum ita scribit, vt possit quis habere libertatem, talis esse debet, vt proprietas eius plena ad eum pertineat, alioquin non potest vindicta manumittere, aut non potest vindicta non manumitti, obstante vsufructuario, & si manumiserit eum vindicta, facit seruum sine domino. Vsusfructus obstat libertati, quasi & in hac causa vsusfructus pars dominij sit, qui tamen in plerisque aliis causis pars dominij non est. Certe in adquirendo pars dominij non est: neque enim fructuario seruus adquirit ex omnibus causis, sed ex re sua tantum, vel ex suis operis, ideoque fructuario hereditatem nunquam adquirit, quia, vt ait *l. 47. de adquir. rer. dom.* quæ est ex hoc libro, in operis serui hereditas non est, id est, aditio hereditatis non est in opere seruili, *l. aditio, de adquir. hered.* Et sic habemus duos casus, quibus seruus est sine domino. Est etiam tertius, si dominus eum habuerit pro derelicto, nec dum eum quisquam occupauerit, interim seruus est sine domino, *l. quemadmodum §. 1. de nox. act.* Sequitur in hac l. 23. *de lib. caus.*

Ad l. 23. de liber. caus.

Cuius verba supra sunt adscripta.

IN summa sciendum est, quæ de venditis seruis, quibus denegatur ad libertatem proclamatio. vbi iamdiu (*in Inst. de iure pers.*) demonstraui legendum esse, *quibus non denegatur ad libertatem proclamatio*, vt in *l. 14. sup. & 24.* id est, qui pretium non participauerunt. Ea, inquam, quæ dicta sunt de venditis seruis, pertinere etiam ad seruos donatos, & in dotem datos, adde vel datos sponsaliorum nomine, vt *l. vlt. C. de ing. manum.* & ad pignori datos, qui dissimularunt, cum darentur, conditionem suam, siue statum capitis sui. Et postremo in hac lege ostenditur, si mater & filius liberali iudicio contendant de libertate, aut vtrumque ad eundem iudicem esse mittendum, aut differendam esse quæstionem status filij, quoad cognitum sit de matris statu, quod est ex decreto Adriani Imperatoris, & est apertissimum.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

EXposuimus leges proprias libri 50. ad edictum, reiectis in suos locos impropriis: nunc veniamus ad 51. De qua actione pœnali nonnihil attigi libro superiori, *l. 23. de liber. caus.* De actione, inquam, pœnali, quæ datur in duplum bonæ fidei emptori aduersus liberum hominem, qui sciens dolo malo se pro seruo venundari passus est, ac deinde proclamauit ad libertatem, atque ita euincit se ab emptore, quem deceperat. De ea actione hoc lib. 51. egit plenius, ac primum in *l. 15. de liber. caus.*

Ad l. 15. & 17. de liber. causa.

L. 15. Id est: siue virilis sexus, siue fœminini sit, dummodo eius ætatis sit, vt dolum capiat.

L. 17. In seruo & in eo, qui mandato nostro emit, tale est: vt, si certum hominem mandauero emi, sciens liberum esse, licet is cui mandatum est, ignoret, idem sit, & non competet ei actio. Contra autem si ego ignoraui, procurator scit: non est mihi deneganda.

DOcuit, nihil interesse, vir sit, an fœmina, qui, quæve sciens dolo malo se venundari passus, passave sit, dummodo eius ætatis sit, vt dolum capiat, puta proximus pubertati, dummodo sit doli potens: Nam hæc actio dolum tantum coercet. Datur autem hæc actio bonæ fidei emptori, vt dixi, qui ignorabat, eum quem emebat, esse liberum, non etiam ei, qui & ipse sciebat liberum esse eum, qui pro seruo vænibat, quoniam scienti dolus non infertur, *l. cum donationis, C. de transact.* Et hæc actio in dolum concipitur, id est, decepto in deceptorem datur. Sciens autem non decipitur, sed ipse se decipit, *l. 16. hoc tit. l. 1. in fine, quod fals. tut. auct.* Vnde si, vt ex hoc libro proponitur in *l. 17.* seruus meus, vel procurator meus certum hominem iussu meo aut mandatu meo emerit, veluti Caium, quem quidem ego sciebam, ille seruus aut procurator meus ignorabat esse liberum hominem, hæc actio mihi non competit, quia sciui liberum eum esse. Contra vero, si ego ignoraui, mihi hæc actio competit, quamuis procurator meus sciuerit, eum liberum esse. Ait, *certum hominem*: Nam si generaliter hominem mihi emi mandauero, & procurator sciens mihi emerit liberum hominem, scientia procuratoris etiam mihi ignoranti nocet, vt *l. 16. sup. l. 22. §. pen. inf.* Cæterum procurator domino absque dubio, quod & glossa notat, eo nomine tenebitur actione mandati, vel negotiorum gestorum, vt *l. cum mancipium, de ædil. edic.* Ad hæc sciendum est, hac actione liberum hominem, qui dolo malo se pro seruo venundari passus est, in tantum teneri emptori bonæ fidei, quantum emptor propter eam emptionem dedit & in duplum. Quantum, inquam, dedit, vel permutauit, vel compensauit eo nomine: quia, & is dedisse intelligendus est, aut soluisse, qui permutauit, vel qui compensauit. Quod ex hoc libro est relatum in *l. 19. hoc tit.* & repetitum iisdem verbis in *l. 76. de verb. signific.* quæ est ex hoc lib. Idemque & in aliis pluribus causis obtinet, vt pensatio, vel permutatio pro datione aut solutione sit, *l. 4. qui pot. in pign. hab. l. vlt. C. de luit. pign.* Item sciendum est, hanc actionem, quia pœnalis est, nempe in duplum, non dari in heredem, vel alium successorem liberi hominis, qui se dolo malo dissimulato statu capitis sui, venundari passus est, quod ostenditur in *l. 21. hoc tit.* Sed addenda est exceptio: nisi iam lis, priusquam moreretur, cum eo fuerit contestata, qui se pro seruo dolo malo venundari passus est. Nam pœnalia iudicia semel accepta (accipiuntur autem lite contestata) in heredes transmittuntur. Quod etiam ex hoc libro, cum de hac actione scriberet Paulus, scripsisse constat ex *l. pœnalia 164. de reg. iur.* quæ est ex hoc lib. *Pœnalia*, inquit, *iudicia semel accepta in heredes transmitti possunt.* Ergo & hoc iudicium, de quo agimus, quod pœnale est, post litem contestatam cum defuncto, transmittitur in heredem eius. Postremo de hac actione id rursus, quia forte nondum bene perceptum est, inculcandum est, quod diximus ad *l. 23. §. 1. h. t.* totiens huic actioni locum esse, quotiens non est in ea causa is, qui se pro seruo venundari passus est, vt ei ad libertatem proclamatio denegetur, vt adsertio in libertatem ei denegetur, puta quotiens pretium non participauit: nam pretij participatio (qua nihil est sordidius aut turpius) indignum eum facit libertate, quam prodidit, qui prætulit pecuniam, indignum eum facit libertate. Ergo seruum eum facit pretij participatio, qui pecuniam prætulit libertati, rei inæstimabili, & sine pretio pretiosæ. Ideoque in libertatem proclamare prohibetur

prohibetur is, qui ſciens, &, quod etiam exigitur, cum eſſet maior 20. annis, ad pretium participandum ſe vænire paſſus ſit, *l.* 5. §. 1. *de ſtatu hom.* Quod non poteſt etiam trahi ad liberum hominem, qui ſe donari tanquam ſeruum, vel in dotem dari, vel pignori opponi paſſus eſt, quia hic nullum pretium interceſſit. Ergo non plectitur libertate, & in integro ei eſt proclamare ad libertatem. Verum, vt eſt legendum in *d. l.* 23. §. 1. quæ dicta ſunt, in ſuperioribus legibus octo, aut nouem, de venditis ſeruis, id eſt, de liberis hominibus venditis quaſi ſeruis, quibus non denegatur ad libertatem proclamatio, vt puta, quia pretium non participauerunt, nempe vt ſi ſcientes vænierint, & ad libertatem proclamauerint, bonæ fidei emptori teneantur in duplum: ea, inquam, etiam referenda ſunt ad eos, qui ſe donari, vel in dotem dari ſcientes dolo malo paſſi ſunt: Nam & ij doli mali nomine donatario & marito & creditori tenentur in duplum, ſi quid eis ob eam rem abſit: vt ſi donatarius inuicem aliquid donauerit remunerandi cauſa, ſi maritus ſuſtinuerit onera matrimonij, ſi creditor ſortis damnum fecerit. Quod autem miſſa hac actione pœnali Paulus in *l.* 23. §. *vlt. hoc tit.* cœpit ſcribere de liberali iudicio, de liberali cauſa, vt ſi mater & filius litigent de libertate, aut coniungantur vtrorumque iudicia, & apud eundem iudicem agatur, aut ſi iam apud diuerſos iudices cœpta ſint, prius agatur cauſa matris tanquam præiudicialis, deinde filij. Nam ſi mater pronuntietur eſſe libera, & ex ea quoque filius editus, liber eſſe pronuntiabitur: vna cauſa liberalis alij cauſæ liberali præiudicium facere poteſt. Vbi, inquam, mater pronuntiatur eſſe libera, & quodammodo pronuntiatur filius ex ea natus liber eſſe, quia plerunque partus ſequitur matrem, maxime ſi ſine legitimo matrimonio editus ſit, alioquin ſequitur patrem. Id vero, quod ita cœpit ſcribere, *l.* 23. de liberali iudicio, id eſt, hunc tractatum de liberali cauſa etiam perſequitur Paulus *l.* 24. quæ eſt ex hoc lib.

Ad l. 24. eod.

L. 24. Ordinata liberali cauſa, liberi loco habetur is, qui de ſtatu ſuo litigat, ita vt aduerſus eum quoque qui ſe dominum eſſe dicit, actiones ei non denegentur, quaſcunque intendere velit. Quid enim, ſi quæ tales ſint, vt tempore, aut morte intereat? quare non cōcedatur ei, litem cōteſtando, in tutum eas redigere?

§. 1. Quin etiam Seruius ait, in actionibus annuis ex eo tempore annum cedere, ex quo lis ordinata ſit.

§. 2. Sed ſi cum aliis experiri velit, non eſt quærendum, an lis ordinata ſit: ne inueniatur ratio, quemadmodum ſubiecto aliquo, qui libertatis controuerſiam moueat, interim actiones excludantur. æque enim ex euentu iudicij liberalis, aut vtilis, aut inanis actio eius efficitur.

§. 3. Sed ſi quas actiones inferat dominus: quæritur, an compellendus ſit ſuſcipere iudicium? & plerique exiſtimant, ſi in perſonam agat, ſuſcipere ipſum ad litis conteſtationem, ſed ſuſtinendum iudicium, donec de libertate iudicetur: nec videri præiudicium libertati fieri, aut voluntate domini in libertate eum morari: nam ordinato liberali iudicio, interim pro libero habetur, & ſicut ipſe agere, ita cum ipſo quoque agi poteſt. Ceterum ex euentu aut vtile iudicium erit, aut nullum, ſi contra libertatem pronuntiatum fuerit.

§. 4. Si is, qui in libertatem proclamat: furti aut damni iniuria ab aliquo arguatur: Male ait, interim eum cauere debere iudicio ſe ſiſti: ne melioris conditionis ſit, qui dubiæ libertatis eſt, quam qui certæ: ſed ſuſtinendum iudicium, ne præiudicium libertati fiat. Æque ſi cum poſſeſſore hominis furti agi cœperit, deinde is, cuius nomine agebatur, in libertatem proclamauerit: ſuſtinendum iudicium, vt, ſi liber iudicatus ſit, in ipſum transferatur iudicium: &, ſi damnatio facta ſit, iudicati actionem potius in eum dandam.

ORdinata, inquit, liberali cauſa. Liberalis cauſa ordinari dicitur non quæ conteſtatur, ſed & quæ nondum conteſtatur. Lis ordinatur ante litis conteſtationem omnino. Et ordinari dicitur liberalis cauſa, quum liberali iudicio certus ordo datur, quo iudicium agatur, cum ſolemnia iudicij ordinantur, vt ait *l. ſi tibi ſeru. C. eod. tit.* & quum id in primis conſtituitur, quem actoris quemve rei partibus in eo iudicio fungi oporteat. Et id oſtendit *l.* 7. *§. vlt. hoc tit.* vbi, quæ lis dicitur præparari, eadem ordinari dicitur, *l.* 20. *de probat.* Idem ergo eſt ordinari & præparari. Et ſic lis de inofficioſo teſtamento modo præparari, modo ordinari petita bonorum poſſeſſione, *l.* 7. *&* 8. §. 1. *de inoff. teſtam.* Cauſa item criminalis dicitur ordinari, quæ præparatur, nempe, vt eſt nominatim ſcriptum in *l.* 1. *C. ad Senatuſc. Turpill. inſcriptionibus depoſitis, & fideiuſſoribus datis de exercenda lite.* eodemque ſenſu ita etiam alij auctores loqui ſolent. M. Tull. 2. de Orat. *Quæ in foro*, inquit, *aut in ciuium cauſis diſceptationibuſque verſantur, ea videntur aut in lite ordinanda, aut in conſilio dando eſſe poſita.* Seneca in epiſt. *Sapienti quandoque opus eſſe alieno conſilio, quomodo medico, quomodo gubernatori, quomodo aduocato, & litis ordinatori.* Porro ordinata liberali cauſa, ab eo tempore, quo ordinata eſt, etiamſi nondum conteſtata ſit, is qui de ſtatu ſuo litigat, de libertate ſua, interim liberi hominis loco habetur, ſiue proclamet ad libertatem ex ſeruitute, in qua eſt: ſiue ex libertate petatur in ſeruitutem, vel ipſe ſe liberum eſſe contendat, interim pendente liberali cauſa, liberi loco habetur, vel in poſſeſſione libertatis conſtituitur, id quod eſt ex 12. tab. Vnde illud caput, vt vindiciæ dentur ſecundum libertatem, *l.* 2. §. *initium, de orig. iur. & l. ſeq. §. licet, hoc tit. l. lite, C. eod. tit. l.* 1. *C. qui tut. vel cur. dari poſſ.* Rurſus dico, interim eum pro libero haberi, cum in aliis cauſis, tum etiam in eo, quod aduerſus eum, qui ſe dominum dicit, interim quaſcunque actiones intendere, & earum cauſa ſaltem litem conteſtari poteſt, quoad de libertate iudicetur, eo iudicio, quod perductum eſt ad litis conteſtationem, ſuſpenſo, ne liberali iudicio præiudicium fiat. Ergo his actionibus vti vſque ad litis conteſtationem poteſt, non vſque ad extremam ſententiam, maxime ſi tales ſint actiones, vt tempore aut morte interituræ ſint, videlicet, *vt litem conteſtando*, vt eleganter ait, *in tutum redigantur*: quia litis conteſtatio perpetuat actionem & conſeruat, alioquin tempore aut morte rei interituram, *l.* 139. *de reg. iur. l. aliam, de nouat. l. nam poſtea §. ſi is qui, de iureiur. l. vlt. de fideiuſſ. tut. l.* 2. *C. quand. lib. prin. obl.* Et vt mox additur, *ſi quidem in poſſeſſione ſeruitutis fuerit*, ſi poſſeſſus fuerit quaſi ſeruus ante ordinatum liberale iudicium, atque adeo ſi annuis actionibus quas habuit, experiri non potuit, quod eſſet in ſeruitute, poſt ordinatum liberale iudicium earum actionum annus cedit, quia ex eo tempore demum agere poteſt, ſaltem ad litis conteſtationem vſque, propterea quod interim liberi loco habetur. Quod ita etiam obſeruatur in ſpecie legis *in reb. in fi. C. de iure dot. & l.* 1. §. *vlt. C. de ann. excep.* Sequitur in hac lege, eum qui in poſſeſſione eſt libertatis ſine dolo malo, etiam ante ordinatam cauſam liberalem, quam aliquis mouere parat aduerſus alios, qui controuerſiam ſtatus ei non faciunt, nec facturi ſunt, actiones ſuas conteſtari poſſe, maxime temporales actiones, ne pereant, alioquin ſuppoſito aliquo, qui libertatis moueret quæſtionem & controuerſiam, facile poſſent eius actiones eludi, quod eſſet iniquum. Verum euentus iudicij liberalis declarabit, vtrum vtiles ſint eius actiones, quas cum aliis conteſtatus eſt, an inutiles & nullæ. Sunt enim vtiles, ſi ſecundum libertatem iudicatum erit, inutiles, ſi contra libertatem. Vt autem ipſe interim quaſcunque actiones aduerſus eum, qui ſe dominum dicit, conteſtari poteſt, ſi tales ſint, vt perituræ ſint tempore vel morte rei: ita & viciſſim ille, qui dominum ſe dicit, aduerſus illum actiones, quas habet, conteſtari, & in iudicium deducere poteſt, illo coacto iudicium ſuſcipere, ſiue litem conteſtari, quod ſæpe fit hodie, vt inuiti rei iuſſu iudicis cogantur litem conteſtari, qui hoc maxime initio mouendæ litis fugitant, ſed lite conteſtata ſuſtinenda erit actio, quæ aduerſus illum conteſtata eſt, donec de libertate iudicetur. Cuius rei euentus etiam declarabit vtilis fuerit actio, necne. Atque ita hac actione ſuſpenſa poſt conteſtationem præiudicium

non fiet liberali iudicio: neque vero ob id, quod cum eo egerit, is qui se dominum dicit, alio iudicio, videbitur voluntate eius in libertate morari. Quod si videretur, plane fieret preiudicium liberali iudicio, quoniam prætor, vt est in fragmentis Vlp. tuetur libertatem eius, aut non permittit seruire eum, quem constat in libertate morari domini voluntate, etiamsi liber non sit: & hoc, inquit, si dominus, id est, qui se dominum dicit, in eum agat in personam quasi obligatum, iudicium sustinendum est, & suspendendum. Nam actio in rem sustinenda non videtur, sed eius iudicij potestate rei euictio, dominio probato, domino permittenda est. Sequitur in §. *vlt.*

Ad §. vlt.

SI cum eo, qui in libertatem proclamauit, lite ordinata, quidam agat furti, vel ex l. Aqu. de damno iniuria dato, interim eum cauere debere iudicio se sisti, perinde atque si certum esset liberum eum esse, more cæterorum iudiciorum, & debere litem contestari: suspenso tamen vltimo iudicio, ne præiudicium fiat iudicio liberali iam ordinato, quod & ob id *præiudiciale* dicitur, & *præiudiciales* actiones, quod prius agendæ sint, quam vllæ aliæ, quæ eis præiudicium adferre possunt. Item si cum domino serui nomine agatur noxali actione furti vel l. Aquilia, qui quidem seruus proclamat ad libertatem, suspenditur etiam noxalis actio, ne præiudicium fiat libertati, de qua iudicium longe grauius est, & ponderosius. Ac si quidem liber pronuntietur, in eum iudicium noxale transfertur, vel iudicati actio in eum datur, non in dominum, cum quo iudicium cœptum est noxale: si liber, inquam, pronuncietur, iudicati actio in eum datur, secuta condemnatione, post finitur liberale iudicium. Denique in eum, qui proclamat ad libertatem, vel fit translatio iudicij noxalis, vel in eum datur actio iudicati, quod est in fine huius legis. Ex quo soleo ita legere in *l. tam in contractibus, in fine, de indic.* quod est satis perspicuum, *translatio* non *transactio*. translatio, vel iudicati actio datur eo mortuo, qui litem instituerat, in eum, cuius res est, in eum, quem res potissimum respicit, vel translatio iudicij datur, vel iudicati actio.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 4. de public. & vect.

Si publicanus qui vi ademit, decesserit: Labeo ait, in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem.

§. 1. *De rebus, quas in vsus aduehendas sibi mandant præsides, Diuus Hadrianus præsidibus scripsit, vt quotiens quis in vsus aut in eorum, qui prouinciis exercitibusque præsunt, aut procuratorum suorum, vsus sui causa mittet quendam empturum, significet libello manu sua subscripto, eumque ad publicanum mittat: vt si quid amplius quam mandatum est, transferet, id munificium sit.*

§. 2. *In omnibus vectigalibus fere consuetudo spectari solet: Idque etiam principalibus constitutionibus cauetur.*

CVm hic totus liber quinquagesimus secundus sit de publicanis, hæc lex docet actionem in duplum ex edicto de publicanis proposito in *l. 1. eiusdem tit.* quæ datur in publicanum, qui quid vi ademerit sub specie publici vectigalis, vel, vt est in edicto: *Eius publici nomine, quod exercet*, nam initio illius edicti ita legitur perperam: *Quod publicanus eius publicani nomine vi ademerit.* Legendum: *Quod publicanus eius publici nomine*: vt in Basilicis, ὀνόματι τῶ πὀλεως: quod scilicet ipse exercet: quod igitur publicanus eius publici nomine quod exercet, vi ademerit, eam, inquam, actionem in heredem publicani non dari in solidum, quia ex edicto descendit, sed eatenus duntaxat, quatenus ad eum peruenit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum peruenit hereditas, nisi sc. lis fuerit contestata cum defuncto, iuxta definitionem *leg. vn. C. ex delict. def. in quant. hered. conuen.* Quia litis contestatione quasi contrahitur: iudicio accepto, quasi contrahitur, *l. 3. §. item scribit, de pecul.* Et transfertur non iam quasi ex delicto, sed quasi ex contractu iudicium in heredem in solidum. Quod superiore libro probauimus ex *l. 164. de reg. iur.*

Ad §. 1.

IN §. 1. huius l. docet Paul. vectigal siue portorium non debere res, quas præsides prouinciarum, vel duces exercituum, vel procuratores Cæsaris vsus sui causa emunt, & sibi aduehi curant, mandant, si modo libellum manu sua subscriptum ad publicanos miserint, quo significauerint, quas res in vsus suos sibi emi, & aduehi curauerint, mandauerint, vt si quid amplius quam mandatum sit transuehatur, id munificum sit, id est, vectigali obnoxium. Quod in hoc §. 1. traditur ex rescripto Adriani. Vnde intelligimus etiam ea, quæ *munifica* non sunt, quæ vectigal non pensitant, apud publicanos profitenda esse, vt *l. vlt. §. quoties, & §. Diuus, hoc tit.* Etiam quod priuati homines vsus sui causa aduehunt, vel sibi aduehi curant, non sunt quidem munifica, vsualia scil. non sunt munifica, sed promercalia, vt *l. in lege Censoria, de verb. sign. l. 5. C. de vectig. & comm.* & in antiqua inscriptione vrbis. *Quidquid vsualium inuehitur, ansarium non debet.* Quo de nomine vectigalis est etiam mentio in *l. 1. C. Hermog. de iure fisci.* Et in alia etiam antiqua inscriptione, fit mentio ansarij promercalium, promercalium non vsualium. Verum etsi vsualia munifica non sint, profitenda tamen sunt apud publicanos, alioquin improfessa fisco committuntur. Ad hæc non omittam, quod glossa notauit in *d. l. 5. de vectig.* vsualibus non adnumerari materiam, quæ aduehitur domus extruendæ, aut reficiendæ gratia. Hanc enim materiam esse munificam. Et ita quoque apud Allobroges, ex solius illius glossæ auctoritate iudicatum fuisse Guido Papa refert, *decisione* 4.

Ad §. vlt.

IN §. vlt. huius l. tradit ex Constitut. principum, in omnibus vectigalibus fere consuetudinem spectari solere, ea scilicet vectigalia deberi, quæ solemnia sunt, quæ inferri consueuerunt, non noua, & inusitata inconsulto principe, quod confirmat etiam *l. 10. inf. hoc tit. l. 2. & l. vlt. C. vect. noua instit. non posse.* quæ etiam antiquam consuetudinem spectari iubet.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 31. ex quib. caus. maior.

Si is, cuius rem vsucepit reipublicæ causa absens, possessionem sua

suæ rei ab illo vsucaptæ nactus sit: & si postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.

EX hoc libro tres tantum habemus leges, siue tria ἀποσπασμάτια sic loquitur Cicero ad Atticum *lib. 2. epistol. 1. Sunt præterea duæ breues oratiunculæ, quasi ἀποσπασμάτια legis Agrariæ,* id est fragmenta. Vna l. est 31. *ex quib. caus. mai.* Quæ, vt intelligatur, sciendum est, ex edicto, ex quibus causis maiores in integrum restit. subueniri absentibus reipub. causa, quorum res, quas in ciuitate reliquerunt, interim, dum absunt reipub. causa vsucaptæ sunt: subueniri, inquam, eis reuersis data restitutione in integrum, & actione in rem rescissoria vsucapionis intra annum vtilem. Data igitur actione, siue rei vindicatione temporali, non perpetua, quia datur contra ius ciuile, *l. in honorariis, de oblig. & act.* id est, contra ius vsucapionis, quod iure ciuili introductum est, nempe 12. tabul. Denique quia ius vsucapionis infringit, subueniri etiam iisdem, & quidem multo magis, data exceptione, si forte rei suæ ab alio vsucaptæ cum abessent reipublicæ causa, possessionem nacti sint: Nam si is, qui rem vsucepit ab eis possessionem nactis, eam rem vindicet, tuebuntur se exceptione, *l. 28. §. vlt. sup. hoc tit.* Quæ quidem exceptio est perpetua, actio rescissoria est annua, vt dixi, vt plerumque vbi actio est temporalis, exceptio est perpetua, *l. pure §. vlt. de doli exc. l. 5. C. de excep.* Eodemque modo subueniri præsentibus, quorum res absentes reipublicæ causa, cum domi non reliquissent defensorem, siue procuratorem, vsuceperunt. ergo non tantum subueniri absentibus aduersus præsentes, qui absentium res vsuceperunt; sed etiam præsentibus aduersus absentes, qui præsentium res vsuceperunt. præsentium, id est, eorum, qui in ciuitate manserunt, & subueniri iisdem modis omnibus, vt constat ex *§. rursus, Instit. de act. & ex l. 18. C. de postl. & red. ab hostib.* Hoc cognito, finge, Absens reipub. causa vsucepit rem meam, forte mobilem aliquam. ego post vsucapionem impletam, atque adeo amissum eius rei dominium, eius rei iam vsucaptæ, forte fortuna possessionem nactus sum. secundum ea, quæ dicta sunt supra, habeo exceptionem perpetuam possessionis tuendæ causa aduersus eum, qui eius rei dominium quæsiuit vsucapione: qua quidem exceptione me tueri possum, si is, qui dominus factus est vsucapione, eam rem a me vindicauerit: in hunc fere modum: *Si non tu absens eam rem vsucepisti.* Et consequenter, si postea eius rei possessionem amisero, eius etiam vindicandæ hoc casu habebo actionem perpetuam, non temporariam, quasi perpetuo iure iam ante mihi quæsito per adeptionem possessionis, & per exceptionem perpetuam. Quæ Sent. huius l. est valde singularis.

Ad l. 42. de euict.

Si prægnans ancilla vendita & tradita sit, euicto partu venditor non potest de euictione conueniri, quia venditus non est.

DOcet, ancilla prægnante vendita & tradita, euicto partu emptori nō competere actionem de euictione aduersus venditorem, quia partus, inquit, venditus non est, sed ancilla. Quod intelligendum est ita, vt non competat actio de euictione ex stipulatione duplæ, sed competat tantum actio ex empto in id quod interest, vt aperte probat *l. 8. eod. tit. & l. non quocunque §. Iulianus, de leg. 1.* sicut in *l. seq.* vaccæ emptor vitulo euicto ex stipulatione duplæ agere non potest, vt est ibi expressum, agere tamen potest ex empto. Sicut domus emptor columna euicta, ex stipulatione duplę agere non potest. Et ita accipienda est *l. 36. hoc tit.* Agere tamen potest ex empto, *l. enm qui ædes §. sin autem, de vsurp. & vsucap.* Stipulationes strictius accipiuntur: & si quidem res strictius accipiatur, ancilla prægnante vendita, certe partus non est venditus. Ideoque nec euicto partu competit actio ex stipulatu duplæ, sicut in Concilio Cæsariensi tincta, vt veteres loquebantur, muliere prægnante sacro lauacro siue baptismate, id quod vtero gestauit, tinctum non est. Et similiter, qui ancillam prægnantem sisti promittit, nihil de partu sistendo promittit, *l. inter stipulantem §. vlt. de verb. oblig.* At bonæ fidei interpretatione admissa, quæ latissime patet, profecto ancilla prægnante vendita, etiam partus venditus videtur: ideoque & partu euicto, ex empto actio competit: sicut ancilla prægnante precario rogata id etiam actum videtur, vt partus in eadem causa habeatur, *l. 10. de precar.* Et similiter ancilla prægnante donata, id actum videtur, vt & partus sequatur donatarium, *l. cum pater filia §. pater filiæ, de leg. 2.*

Ad l 39. de verbor. significat.

Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est. Nam veteres subsignationis verbo pro adscriptione vti solebant.

§. 1. Bona intelliguntur cuiusque, quæ deducto ære alieno supersunt.

§. 2. Detestari est absenti denuntiare.

§. 3. Incertus possessor est, quem ignoramus.

TErtia est *l. 39. de verb. signific.* quæ pertinere videtur ad edictum aliquod prætoris ex quo, quod rationi consentaneum est, bona absentis & incerti possessoris, detestatione habita apud ærarium, vt & Cicero loquitur, vel apud censorem bona subsignantur. id est, subscribuntur ea lege, vt si is non comparuerit intra certum tempus, ea bona tanquam vacantia in ærarium aut fiscum redigantur: prius subsignantur, quam confiscantur, vt *l. vlt. de requir. reis.* Inde accepta occasione *subsignare*, interpretatur esse, *subscribere*, quoniam sic veteres loquebantur, sicut *signare pro scribere*, etiam nullo signo impresso, & *resignare*, & *consignare* apud Festum pro *rescribere*, & *conscribere*. Bona autem in eodem edicto intelliguntur, cuiusque esse, quæ deducto ære alieno supersunt, vt in l. Falcidia, & in edicto de collat. bon. & in actione pro socio, bona sociorum communia, quæ supersunt deducto societatis ære alieno, *l. 65. §. si communia, pro soc.* Et in causis etiam cæteris, in quibus bona subsignantur, & coguntur in fiscum, coguntur enim in fiscum, vel ærarium cum onere exsoluendi æris alieni, *l. 11. de iure fisci.* Subsignantur autem bona absentis & incerti possessoris apud ærarium detestatione, id est, vt hic interpretatur denuntiatione absenti publice facta, coram testibus videlicet, nisi certo die adfuerit, bona confiscatum iri, tanquam vacantia. Quod non fit quidem in personam, quia nec in personam absentis & incerti possessoris ea de re cum testatione denuntiatio fieri potest, quia nusquam apparet, sed fit hæc detestatio, siue testatio, aut denuntiatio in rem præsentem, veluti ad ædes absentis, & incerti possessoris, vt *l. 2. de naut. fœn. l. ergo, ex quibus causis mai.* Et incertus quidem possessor est, vt hic proponitur, quem ignoramus, *l. 18. §. vlt. de vsur.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LIV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 1. De adquir. vel omitt. possess.

Possessio appellata est (vt & Labeo ait) a sedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Græci κατοχὴν dicunt.

§. 1. Dominiumque rerum ex naturali possessione cœpisse, Nerua filius ait. Eiusque rei vestigium remanere de his, quæ terra, mari, cæloque capiuntur: Nam hæc protinus eorum

fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta, & insula in mari enata, & gemmæ, lapilli, margaritæ, in litoribus inuentæ eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

§. 2. *Adipiscimur autem possessionem per nosmetipsos.*

§. 3. *Furiosus, & pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere Ofilius quidem & Nerua filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse. Quæ sententia recipi potest, si eius ætatis sint vt intellectum capiant.*

§. 4. *Si vir vxori cedat possessione, donationis causa: plerique putant possidere eam: quoniam res facti infirmari iure ciuili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, vbi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?*

§. 5. *Item adquirimus possessionem per seruum, aut filium, qui in potestate est, & quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino, & Cassio, & Iuliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari & infans, & furiosus adquirunt possessionem & vsucapiunt: & heres, si hereditarius seruus emat.*

§. 6. *Sed & per eum, quem bona fide possidemus: quamuis alienus sit, vel liber, possessionem adquiremus. Quod si mala fide eum possideamus: non puto adquiri nobis possessionem per eum. Sed nec vero domino aut sibi adquiret, qui ab alio possidetur.*

§. 7. *Per communem, sicut per proprium adquirimus etiam singuli in solidum, si hoc agat seruus, vt vni adquirat: sicut in dominio adquirendo.*

§. 8. *Per eum, in quo vsumfructum habemus, possidere possumus: sicut ex operis suis adquirere nobis solet. Nec ad rem pertinet, quod ipsum non possidemus: nam nec filium.*

§. 9. *Cæterum, & ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, vt habeat intellectum possidendi.*

§. 10. *Et ideo si furiosum seruum miseris, vt possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.*

§. 11. *Quod si impuberem miseris ad possidendum, incipies possidere: sicut pupillus maxime tutore actore adquirit possessionem.*

§. 12. *Nam per ancillam quin possis nancisci possessionem, non dubitatur.*

§. 13. *Pupillus per seruum siue puberem, siue impuberem, adquirit possessionem, si tutore auctore iusserit eum ire in possessionem.*

§. 14. *Per seruum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere, Nerua filius ait: licet respondeatur, quandiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri, ideoque interim etiam vsucapi. Sed vtilitatis causa receptum est, vt impleatur vsucapio quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. Possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in prouincia habemus, Cassij & Iuliani sententia est.*

§. 15. *Per seruum corporaliter, pignori datum, non adquirere nos possessionem, Iulianus ait: ad vnam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad vsucapionem: nec creditori, quia nec stipulatione, nec vllo alio modo per eum adquirat, quamuis eum possideat.*

§. 16. *Veteres putauerunt non posse nos per seruum hereditarium adquirere, quod sit eiusdem hereditatis. Itaque agitatur, num hæc regula longius producenda sit: vt, si plures serui legati sint, per vnum an possint cæteri possideri. Idem tractatus est, si pariter empti, vel donati sint. Sed verius est ex his causis, posse me per vnum reliquorum adquirere possessionem.*

§. 17. *Si ex parte heredi instituto seruus legatus sit: propter partem, quam ex causa legati habet, adquiret fundi hereditarij possessionem.*

§. 18. *Idem dicendum est, si seruum communem iussero adire hereditatem, quia propter partem meam adquiro.*

§. 19. *Hæc, quæ de seruis diximus, ita se habent, etsi ipsi velint nobis adquirere possessionem. Nam si iubeas seruum tuum possidere: & is eo animo intret in possessionem, vt nolit tibi, sed potius Titio adquirere: non est tibi adquisita possessio.*

§. 20. *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, vt operam duntaxat suam accommodarent nobis: non possunt adquirere. alioquin, si dicamus, per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, vt neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.*

§. 21. *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit: videri mihi traditam, Priscus ait. Idemque esse, si nummos debitorem iusserim alij dare. Non est enim corpore & actu necesse adprehendere possessionem: sed etiam oculis & affectu. & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moueri non possunt: vt columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserit, & vina tradita videri, cum claues cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint.*

§. 22. *Municipes per se nihil possidere possunt: quia vni consentire non possunt. Forum autem, & Basilicã hisque similia non possident, sed promiscue his vtuntur. Sed Nerua filius ait per seruum, quæ peculiariter adquisierint, & possidere & vsucapere posse. Sed quidam contra putant: quoniam ipsos seruos non possideant.*

HIc liber totus est de possessionibus & vsucapionibus & cœpit vt opinor, a definitione possessionis, quæ proponitur initio *leg. 1. de adquir. possess.* Ab ea igitur lege incipiamus. *Possessio,* inquit, *appellata est, vt Labeo ait, a sedibus, quasi positio.* Definitio est nominis, non rei, & ex Labeone, qui auctore Gellio Latinarum vocum origines & rationes percallebat, eaque præcipue scientia ad enodandos plerosque iuris laqueos vtebatur. Possessionem appellatam esse a (sedibus) quasi positionem, id est, situm. Vnde & idem Labeo sumpto exemplo a sedibus & stationibus, & quasi a nomine argumento ducto, quod maxime notandum est in *l. 3. §. ex contrario, hoc tit.* dixit, *non magis eandem possessionem apud duos esse posse, quam vt stare videaris in eodem loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* Proprius locus, vt Philosophus ait, neque maior, neque minor est locato. Deduci autem nomen a sedibus, *quia,* inquit, *naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit,* quod est, quia corporaliter tenetur ab eo, qui ei insidet, incubatve, eamque possessionem naturalem siue corporalem a Græcis vocari κατοχὴν, *detentionem,* vel, vt nostri auctores loquuntur, detentationem, in *l. ab hostibus §. sed quod, ex quibus caus. mai. & l. 5. de impens. in res dot. fact.* Naturalem igitur possessionem nihil aliud esse, quam detentionem rei, vel, vt eodem sensu scriptum est in *l. quæstio, de verb. signific.* & relatum apud Festum ex Ælio Gallo Iurisconsulto, possessionem naturalem esse, vsum quendam rei, vsum, id est, κατοχὴν, κατέχειν. Detentionem, non vsionem, id est, χρῆσιν, mutant enim hæc duo, longeque distant. Plures eandem rem pro solido possidere vel tenere non possunt, vti tamen ea possunt pro solido, *l. si vt certo §. si duob. commod.* vt balneo publico, vel porticu, vel campo vnusquisque vtitur in solidum, nec eo minus ego vtar, quod & tu vtaris pariter. Vsus ergo eiusdem rei potest esse apud plures, sed possessio non item. Ac præterea foro vtimur, forum tamen non possidemus, §. *vlt.* in hac *l.* Seruitutibus prædiorum vtimur, seruitutes tamen non possidemus. Corporalia scilicet possidemus, non incorporalia. Et seruitutes iura sunt incorporalia, vt *l. 2. in fine de precar. l. 4. §. si viam, tit. seq.* Vnde & recte Apuleius 1. Apologia. *Plurimis,* inquit, *rebus possessu careo, vsu fruor.* Et ille etiam articulus, *quendam,* quem Ælius Gallus vsurpat, dum ait, *Possessionem esse vsum quendam rei, vsum quendam agri vel ædificij,* significat possessionem esse proprij cuiusdam generis vsum, nempe detentionem, quæ potest esse absque vsione, aut fruitione: non esse vsum, qui vulgo

vulgo dicitur, vt in definitione legati, *Legatum est donatio quædam a defuncto relicta*: Ille articulus, *quædam*, significat esse proprij cuiusdam generis donationem, non donationem inter viuos, non donationem causa mortis, non mortis causa capionem specialiter acceptam. Sequitur in hac lege, *Ex naturali possessione cæpisse dominia rerum*. Initio scilicet nondum neque naturali, neque ciuili iure descripto. Et similiter in *l. traditio* §. *vlt. sup. tit. prox.* & in §. *ex his, Institut. per quas person. nob. adquir.* per possessionem naturalem scilicet dominium adquiri, eiusque rei vestigium, ait, remanere in his animalibus quæ terra, mari, cœloque capiuntur: quæ protinus iure dominij eorum fiunt, qui primi ea occupauerint, qui primi naturalem eorum possessionem nacti fuerint. Et similiter eius rei vestigium apparet in rebus mobilibus, quæ in bello ab hostibus capiuntur, quæ fiunt statim eorum, qui primi naturalem earum possessionem apprehenderint. Et in insula in mari enata, quæ & protinus occupantis fit, & in lapillis, gemmis, margaritis, quæ in littore maris inueniuntur, quæ etiam res protinus occupantis fiunt. Atque ita ex naturali possessione earum rerum dominium incipit: multæ tamen sunt aliæ res, quarum dominium ipso iure adquiritur sine possessione naturali, vt ex 12. tabul. Res legatæ per vindicationem legatarij efficiuntur propriæ, etsi eas non apprehenderit, *l. a Titio de furt.* Et similiter res donatæ mortis causa, quæ passim in iure sunt instar rerum legatarum. Et hoc etiam ostenditur in *l. 1. in fine, & 2. de Publ. in rem act.* Res quoque hereditariæ heredi qui non repudiauerit hereditatem, vel qui se non abstinuerit hereditate, ex duodecim tabul. ipso iure adquiruntur, etiamsi earum possessionem non apprehenderit, *l. si ager, de rei vindic. l. si sorori. C. de iure delib. l. pen. C. vnde legit.* vbi id est aperte expressum. Item si socius cessante socio ædes communes restituerit suis sumptibus, nec intra quatuor menses socius, qui cessauit pro sua parte, contulerit in sumptus factos in restitutionem ædificij ei, qui restituit ædificium ipso iure, pro solido ædificij dominium adquiritur, sine traditione, sine possessione naturali, ex oratione D. Marci, *l. cum duobus* §. *idem respondit, pro socio, & l. 4. C. de ædific. priu.* Caduca quoque & ereptoria, vt vocantur, fisco adquiruntur ipso iure, sine naturali possessione, *l. 1. de iure fisci.* ex lege Papia Popæa, vt nominatim Vlpianus scribit *lib. sing. reg. tit. de dominijs.* Item adrogatione dominium bonorum adrogati statim tacito iure adquiritur adrogatori sine adprehensione possessionis, *l. 15. de adopt. l. 11.* §. *testam. de bon. poss. sec. tabul.* & adiudicatione quoque sola iudicis dominium ipso iure adquiritur in iudiciis familiæ ercifcundæ, communi diuid. finium regundorum §. *vlt. Instit. de off. iudic.* Et emancipatione similiter & cessione in iure absque vlla apprehensione possessionis. Illarum vero rerum, quæ hoc loco commemorantur, veluti animalium cælo, terra, mari captorum, quæ cælo, terra, mari capiuntur, cæterarumque rerum sane dominium non adquiritur, sine corporali possessione, sine possessione naturali, per possessionem naturalem iure gentium adquiri videntur. Ad hæc notandum est, vbi naturali possessioni, quæ iam satis definita & explicata est, accedit animus, cogitatio, opinio, ius dominij, cum hoc accessit tum hæc possessio ciuilis possessio dicitur. Naturalis possessio solo corpore consistit, non iure domini, quod vel appellatio ipsa demonstrat. Naturalis enim & corporalis idem est. Ciuilis autem consistit non corpore tantum, sed etiam dominij iure ciuili. Vnde quod ait lex 10. *C. de adquir. poss.* possessionis duplicem esse rationem: aliam, quæ iure consistit, aliam quæ corpore, quod glossæ ibi non intelligunt, quæ *iure* & *animo* idem esse arbitrantur, quo nihil est ineptius. Id sane hoc est omnino quod dixi, duplicem esse possessionem, aliam ciuilem, quæ scilicet iure domini consistit, aliam naturalem quæ solo corpore consistit, non iure domini, quod & illo loco Basilica in hanc sententiam exprimunt: *possessio naturalis*, inquiunt, *est rei detentio. Possessio* νόμιμος, id est, *possessio ciuilis, est animo domini suscepta detentio*: Animo domini, opinione domini, vt ait *l. si seruus, de noxal. action.* cogitatione domini, vt ait lex *pen. C. de furt.* ea mente scilicet vt rem sibi habeat, quasi propriam, quam mentem non habet, qui naturaliter duntaxat possidet, sed longe aliam, vt mox declarabitur: Nam & si naturalis possess. non consistat iure domini, consistit tamen alio iure. exempli gratia: creditor pignus sibi naturaliter possidet, *l. 3.* §. *vlt. ad exhib.* Iure pignoris, non ciuiliter, non iure dominij. Eodemque modo fructuarius rem, in qua vsumfructum habet, sibi naturaliter possidet iure vsusfruct. *l. 12. hoc tit.* Et oratione pro Cæcinna: *Cæcinnam*, inquit, *propter vsumfructum possedisse non negas: sed possedisse naturaliter*: non ciuiliter, quia non animo dominij non ψυχῇ δεσποτικῇ. Item is, qui precario rogauit rem a domino, vt sibi possidere liceat, nominatim sibi naturaliter eam rem possidet iure precarij, *l. & habet* §. *eum qui, de precar.* Et vt hic antevertam explicare §. *Si vir, hoc tit.* Vxor, cui vir prædij possessione cessit donationis causa, & si prædium non possideat ciuiliter, quia non animo, iureve dominij, cum donatio illicita sit inter coniuges, *l. si eum qui, de donat. inter vir.* id tamen possidet naturaliter, vt est proditum in *l. 1.* §. *deiicitur, de vi & vi arm.* possidet, inquam, naturaliter, quia vt in hoc §. *si vir*, Paulus ait, Constitutio iuris ciuilis, qua prohibetur donatio inter virum & vxorem, alienationem quidem rei donatæ impedit, alienationi obstat siue translationi dominij, quæ est iuris ciuilis: naturalem autem possessionem, quæ facti est, id est, quæ actu & corpore consistit, infirmare & infectam facere non potest. Denique non potest efficere, vt mulier naturaliter non possideat id, cuius possessione maritus cessit, etiamsi id fecerit donandi causa. Ac præterea, vt ait, nihil attinet dicere, vxorem non possidere, cum etiam maritus possidere videri non possit. Vbi enim noluit possidere rem quam donauit vxori, protinus possessionem amisit. Possessio amittitur solo animo *l. 3.* §. *in amittenda, hoc tit.* Et hoc distat a dominio, quod non amittitur solo animo, sed certis & legitimis modis tantum, *l. 16. si quis vi* §. *1. hoc tit.* Et ait, *& quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus vbi noluit possidere?* Vbi notandum Græcos aliter legere, nempe hoc modo: *Cum maritus vbi voluit possidere*, non, *noluit*: ὅτι δὲ θέλῃ ὁ ἀνὴρ ἀπώλεσε νομήν. *Cum maritus*, inquiunt, *voluit*, *amisit possessionem*. Quo modo si legamus, idem erit sensus: Nam ita hæc verba erunt accipienda, cum maritus, vbi voluit mulierem possidere, cum maritus vbi mulieri possessionem cessit, protinus amisit possessionem suam. Stat ergo hæc sententia, rem sibi a viro donatam mulierem possidere naturaliter, & quidem iure donationis non omnino inutilis, quia & morte donatoris confirmari potest ex oratione Antonini, de qua est *l. cum hic status, de donat. int. vir. & vxor.* & mulier in adquirendis fructibus manusatis, ex prædio sibi donato bonæ fidei possessori comparatur, *l. fructus, de vsucap. l. de fructibus, de donat. inter vir. & vxor.* Ac præterea (quod est magni momenti) inuita mulier rem marito vindicanti, vel condicenti, non restituit, si iustum rei pretium offerat: satis est offerre iustum pretium, nec damnatur quanti maritus in litem iurauerit, *l. si donatæ, de donat. int. vir.* Et amissa quoque possessione, mulieri dantur interdicta possessoria, quia habet domini voluntatem, *d. l. 1.* §. *deiicitur, de vi & vi armata.*

Ad §. 1.

HIs addamus etiam interpretationem §. 1. huius legis. Initio proponitur quod est certissimum, *nobis adquiri possessionem per nosmetipsos*. Postea demonstraturus est etiam, per alios nobis eam adquiri, sed simplicius. hoc primum est, possess. nobis adquiri per nosmeipsos, excepto tamen furioso, qui per se adquirere possessionem non potest, quia animum tenendi non habet, vel apprehendendi. qua ratione etiam pupillus [illegible] se possessionem adquirere non potest sine tutoris auctoritate. Tutore auctore etiam infans possessionem adquirere potest, *l. quamuis* §. *infans*,

*in hoc tit.infr.*quia, inquit, iudicium infantis ſuppletur au-ctoritate tutoris. Alioquin nullus eſt ſenſus: nullum eſt iudicium, nulla affectio infantis accipiendi bonorum poſſeſ. Poſſeſsio autem non adquiritur niſi certo iudicio, certo ſenſu & intellectu, vel ſic: poſſeſsio non adquitur niſi duo concurrant, factum, id eſt, apprehenſio, ſiue occupatio rei corporalis, & animus: corporis factum & animi affectio. Denique poſſeſsio non adquiritur niſi corpore & animo, *l.8.inf.*Factum vel corpus non ſufficit ſine animo: alioquin, vt ait in *d.l.*ſomno vel morbo comitiali detentus adquireret bonorum poſſeſsionem, ſi quis in eius manu aliquid poneret. Quidam dicebant pupillum, ſicut dominum, quod in dominio eſt certiſsimum, ita poſſeſsionem, adquirere poſſe ſine tutoris auctoritate, hac ratione, quia poſſeſsio res eſt facti, non iuris. Certe ita eſt, poſſeſsionis apprehenſio magis eſt facti, quam iuris. Poſſeſsionis apprehenſio res eſt facti, id eſt, factum, vt apud Plautum, *res voluptatis*, id eſt, *voluptas.* Et adquirit igitur pupillus ſuo corpore ſine tutoris auctoritate. Verum hoc ita verum eſt, ſi modo ſit eius ætatis, vt intellectum habeat, ſi intellectus ſit potens, veluti proximus pubertati, non infans, non proximus infanti, *l.quamuis §.vlt.hoc tit.* Poſſeſsio non adquiritur ſolo corpore, ſed corpore & animo. Hoc dicitur varie: *Animo, iudicio, ſenſu certo, affectione, intellectu voluntate, mente.* Et Græci ſimiliter varie, ψυχῇ, γνώμῃ, διαθέσει, προαιρέσει. Neque obſtat ſententiæ huius *§.l.3.C.eod.tit.* quam communiter obiiciunt, quæ ait, *Donatarum rerum infanti poſſeſsionem traditam adquiri corpore, licet plenus animi adfectus in infante non ſit,* quia, vt doctiſsime docuit Ioannes, a quo non eſt recedendum, id ita procedit, ſi interueniat tutoris auctoritas: ſi res donata infanti tradatur tutore auctore, non aliter. Quod & ſequentia verba demonſtrant in lege: *Alioquin,* inquit, *nec per tutorem adquiri poſſet poſſeſsio infanti.* Quod eſt falſum. Vnde ſi per tutorem infanti poteſt adquiri poſſeſsio, colligit & tutore auctore eam poſſe adquiri infanti.

Ad §. Item adquirimus.

Expoſita definitione poſſeſsionis, cœpit Paulus in hoc lib. tractare de adquirenda poſſeſsione. Et docuit in §. 1. *eam adquiri per noſmetipſos,* ſi mentis ſcil. compotes ſimus, & ſi puberes, & ſi pupilli capaces intellectus, ſine vllius conſenſione, vel auctoritate, & interiecit etiam, mulierem rei ſibi donatæ a viro poſſeſsionem per ſemetipſam adquirere a viro ad eam tranſmiſſam. Nunc docet in §. *item adquirimus,* poſſeſsionem etiam nobis adquiri per eos, quos in poteſtate habemus, puta per ſeruum, vel per filiumf. vt *l.10.§.non ſolum, ſup.tit.prox.* Corpore ſcilicet eorum, non corpore & animo noſtro tantum, ſed etiam corpore eorum, & animo quoque eorundem, vt ait, *l.3. §.ſaltus, inf.h.t.* Si & animo eorum, non noſtro, ergo & ignorantibus nobis per eos poſſeſsionem adquiri. Quod verum eſt indiſtincte, per eos ſcilicet nobis ignorantibus poſſeſsionem adquiri ex omni cauſa, ſiue peculiari, ſiue noſtro nomine poſſeſſionem adepti fuerint, id eſt, ſiue ſuo, quod idem eſt atque peculiari, ſiue noſtro nomine rem ſibi traditam acceperint. Quod & ita indiſtincte proponitur in *l.34.§.vlt.hoc t. Seruus,* inquit, *meus ignoranti mihi adquirit poſſ.* Et apertius omni diſtinctione excluſa & ſubmota in *l. nunquam in vſucapionib.§.ſi ſeruus, tit.ſeq. Siue peculiari,* inquit, *ſiue meo nomine filius, aut ſeruus rem teneat me ignorante per eum poſsidere.* Vt ergo dominium per eos ex omni cauſa nobis ignorantibus adquiritur §. *item nobis, Inſtit.per quas perſ.nob.adqu.* ita & poſſeſsio. Nec mirum hoc cuiquam videri debet, cum per procuratorem, per tutorem, vel curatorem, ignoranti poſſeſsio, & per poſſeſsionem dominium adquiratur, *l.1.& 8.C.eod. tit.l.13.ſup.tit.prox. l.ſi emptam, inf.de vſurp.* quæ vulgo eſt *l.2.pro ſoluto.* At notandum, per eas tamen perſonas, per ſeruum ſcilicet aut filiumfa. aut per procuratorem, tutorem, curatorem, ignoranti adquiſita poſſeſsione, non competere etiam ſtatim ignoranti rei poſſeſſæ vſucapionem ex omni cauſa, ſed ex peculiari tantum cauſa, iure ſingulari per filiumfa. aut ſeruum, ex alia cauſa ſcienti tantum vſucapionem competere, etiamſi ignorans quæſiuit poſſeſſionem, hac ratione, quæ proponitur in hoc §. *quia voluntate noſtra ſerui, aut filij noſtri intelliguntur poſsidere, quod peculij nomine comparauerunt:* poſsidere ciuiliter non quidem ſibi, quod nec poſſunt, quia nihil proprium habere poſſunt, *l.poſſeſsio §.1.inf.hoc tit.* ſed nobis: *quod peculium,* inquit, *eis habere permiſerimus.* Si poſsidere nobis ciuiliter, ergo etiam nobis vſucapio procedit etiam ignorantibus ex ſupradicta cauſa, nempe ex peculiari cauſa. Cui non abſimilis eſt ratio, quanquam prima ſpecie videretur abſimilis, quæ redditur in *l.peregre §.quæſitum, inf.hoc tit.* nempe vtilitatis ratio, vtilitatis cauſa: ne per ſingula momenta domini cogantur ſpecies vel cauſas ſciſcitari vel inquirere peculiorum, id eſt, quæ res ſint in peculio, & quo iure quoue titulo teneantur, quod dominis perquam moleſtum & difficile eſſet. Satis igitur eſſe, quod ſemel ſeruo peculium habere & augere permiſerim: nec, vt ait *l.7.§.ſcire, de pecul.* ſingulas res, quæ ſunt in peculio, dominum, aut patrem exacte aut ſubtiliter ſcire debere, ſed παχυμερέστερον, & vt ait Nou.53. ἐξετάζειν παχυμερῶς, *craſſe inquirere.* Ac præterea cum *in d.l.peregre §.quæſitum.* quæritur cur iure ſingulari receptum ſit, vt ex peculiari cauſa per ſeruum ignorantibus poſſeſſio quæratur: *Poſſeſsionis* verbo proculdubio magis ſignificatur effectus poſſeſſionis, id eſt, vſucapio, quam poſſeſſio ipſa, vt in *l.19.& 30.ex quibus cauſ.mai.* Poſſeſsionem gloſſæ, imo & Baſilica interpretantur, *vſucapionem,* δεσποτείαν, ſiue per vſum dominij adquiſitionem. Et inde πολὺ elegans in *d.l.19. Poſſeſsionem ſine poſſeſſione non conſiſtere.* Quod in dicto poſſeſſio bifariam accipitur, nempe vſucapionem ſine poſſeſsione, eaque ciuili non conſiſtere, quæ poſsideatur animo domini. Ergo in *d.§.quæſitum.* etiam hoc quæritur, quæ ratio ius illud ſingulare extorſerit, vt ex cauſa peculiari ignoranti domino poſſeſsio adquiratur, id eſt, vſucapio. Nam vt poſſeſsio ipſa ignoranti per ſeruum adquiratur, hoc ius non eſt ſingulare in cauſa peculiari, cum & idem obtineat in qualibet alia cauſa extra peculium, vt initio oſtendi, & poſui pro fundamento huius quæſtionis. At vt vſucapio ignoranti procedat, hoc in cauſa tantum peculiari iure ſingulari receptum eſt, non in alia cauſa. Vnde & in *d.l.nunquam §.ſi ſeruus tit.ſeq.* quod ait, *ſi ſeruus meus, vel filius peculiari, vel etiam meo nomine,* ergo indiſtincte, quod tenet, vt ego per eum ignorans poſsideam, vel etiam vſucapiam, rectiſsime & peritiſſime Accurſius retulit tantum ad id, quod peculiari nomine tenet: Nam quod meo nomine tenet, id ignorans quidem poſsidere poſſum, ſed non etiam vſucapere niſi ſciens, vt *l.2.§.Celſus, pro empt.l. iuſto §.vlt.tit.ſeq.* Ex hoc autem iure ſingulari quod iam ſatis explicatum eſt, ſequitur, vt & in hoc §. docet Paulus, vt ſi ſeruo furioſi, vel infantis ab aliquo res tradita ex cauſa peculiari, per eum furioſus vel infans non tantum adquirat poſſeſsionem, ſed etiam vſucapiat ignorans, cum ſit furioſus vel infans, qui ignorantis loco eſt, quod etiam oſtendit in *l.28.tit.ſeq.* Et generaliter verũ eſt, qua ex cauſa ignorantes adquirunt, ex ea etiam furioſos & infantes adquirere, *§.fin.autem, Inſtit. de her. quæ ab inteſt.* Et hoc ita procedit, ſi peculium habere ſeruo fuerit permiſſum a patre, vel a tutore infantis, vel ante furorem, alioquin pupillus, vel furioſus conſtituere peculium, vel permittere peculium ſeruo non poteſt, *l.7.in princ.de pecul.* Ex eo etiam iure ſingulari ſequitur, ſi ſeruo hereditario nondum adita hereditate res tradita ſit ex cauſa peculiari, non tantum poſſeſsionem adquiri hereditati, quæ loco domini eſt dum iacet, dum non aditur, vel non agnoſcitur, & per hereditatem heredi poſtea facto, ſed etiam (quod caput eſt) iacentis hereditatis tempus heredi proficere ad vſucapionem, *l.qui a ſeruo, in fine, de obl.& act.l.pen.de cap.& poſtlim.l.iuſto §.nondum, tit.ſeq.* Neque huic ſententiæ obſtat *l.præſcriptio §.vlt.tit.ſeq.* quæ ſeruo hereditario poſſeſſionem

sessionem alicuius rei adepto, negat ante aditam hereditatem vsucapionem procedere, quæ non cœpit a defuncto. Ergo tempus iacentis hereditatis ad vsucapionem non proficere ait: Id enim verum est, si spectemus ius commune, si spectemus rationem iuris communis, si regulas iuris, quæ volunt, ne cuiquam nisi scienti vsucapio procedat. Sed iure singulari aliud receptum est in rebus peculiaribus, quod & illo loco Papinianum, qui est auctor eius *l. præscriptio*, subiunxisse verisimile est. Cæterum imperfecta esset Papiniani scriptura, quæ ius commune proponit, ius singulare, quo iuri communi derogatur, omittit. Supplendum igitur est, quod ei deest ex aliis auctoribus iuris nostri. Et ita explicata sunt ea, quæ continentur in hoc §. Nam & in fine eius de seruo hereditario agitur. Verum restat adhuc, vt videamus, cur sicut possessio ignoranti mihi per procuratorem meum adquiritur, non etiam mihi ignoranti, eius, quod meo nomine procurator meus tenet, vsucapio competit, sed scienti tantum? Hoc est certissimum, per procuratorum mihi ignoranti adquiri possessionem, idque vtilitatis causa, negotiorum expediendorum causa per procuratores, receptum esse. Cæterum vsucapionem etiam per procuratorem, aut vsucapionis occasionem per procuratorem, ignorantibus nobis non procedere, sed scientibus tantum, *l. possessio* §. *vlt. hoc tit. l.* 1. *&* 8. *C. eod. l. si emptam, tit. seq.* Et vt hoc breuiter expediam, valde placet ratio varietatis tradita in *d. l. si emptam, pro sol. Quia*, inquit, *vt ignorantes vsucapiamus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.* Non ergo in rebus, quas procuratores nostri, nostro nomine comparauerunt. Et receptum scil. ita est in peculiaribus tantum reb. iure singulari, vt ait *d. l. peregre* §. *quæsitum, hoc tit. & l. iusto* §. *nondum, tit. seq.* Si iure singulari, ergo contra rationem iuris communis. *Ius singulare* quid est? quod receptum est contra rationem iuris, quod contra rationem iuris introductum est, *l. ius singulare, de legib.* Quod autem contra rationem iuris introductum est, non producendum ad consequentias, restricte accipiendum est. Quæ sent. cum ex hoc lib. Pauli 54. veluti regula relata sit in *l.* 14. *de legib.* & repetita etiam in priori parte *l.* 141. *de reg. iur.* merito ad hanc speciem referenda est, ita scil. vt quod contra rationem iuris, id est, iure singulari receptum est, in rebus peculiaribus vt ignorantes vsucapiamus, adquiramus, quod filij aut serui nostri peculij nomine tenent, aut tenere cœperunt, id non producatur etiam ad procuratores nostros, quamvis & per eos non minus, quam per seruos aut filios nostros ignorantes possessionem adquiramus, sed possessionem quidem ignorantes, non etiam rationem vsucapiendi, antequam sciamus eos possessionem apprehendisse. Id etiam, quod est in posteriori parte *d. l.* 141. proculdio pertinet ad causam possessionis, ad quam ita coaptatur commodissime, vt neque possessores, neque domini vnius rei duo plures ve esse possint pro solido, ita vt singuli sint domini vel possessores in solidum, quod constat ex *l.* 3. §. *ex contrario, & l. si vt certo* §. *si duobus, comm. l. penult.* §. *pater, de cast. pecul.* & similiter etiam, vti ibi est scriptum, *vni duo heredes pro solido esse non possunt.* Vnius hereditatis duo heredes in solidum esse non possunt: sed pro partibus tantum: nam heredes domini sunt. Quod autem posterior pars *d. l.* 141. liquido pertineat ad causam possessionis, id non immerito mouet coniecturam, & priorem quoque partem proprie pertinere ad tractatum de adquirenda possessione, vel vsucapione. Et hæc sunt, quæ pertinebant ad hunc §.

Ad §. sed & per eum.

In hoc §. ostenditur, non tantum per filiumf. aut seruum proprium ancillamve propriam nobis adquiri dominium & possessionem etiam ignorantibus, & vsucapiendi causam etiam ignorantibus, sed peculiari tantum nomine: qua de re dixi sup. verum etiam per liberum hominem & per seruum alienum, alienamve ancillam, quem quamve bona fide possidemus, tanquam per seruum nostrum vel ancillam nostram, similiter nobis adquiri dominium, & possessionem, non quidem ex omnibus causis, vt per filios aut per seruos proprios, sed vt glossa supplet recte ad hunc §. ex §. *non solum, Instit. per quas person. nob. adq.* ex duab. tantum causis, ex re nostra, veluti ex nummis nostris, si quid emerit, & sibi traditum acceperit, & ex suis operis, ex eo ve, quod suis operis merent. nam & hoc exigitur si & ipsi velint sibi, vel nobis adquirere possess. ex his duab. causis, non aliis, vt in §. *hæc quæ de seruis, inf. in hac l.* Itemque si intellectum habeant adquirendæ possessionis, si consilij capaces sint, si sciant quid agant, dum dominium, aut possessionem parant, *l. cæterum, in hac l.* Ex re autem nostra nobis per eos adquiri dominium, & possessionem, quia quod ex re nostra partum est, ad nos redire bonum & æquum est. Ex operis autem suis, quia & operæ quodammodo sunt ex re nostra, propterea quod vel operæ ab his, quos bona fide possidemus, tanquam seruos nostros, nobis iure debeantur, *l. qui bona fide, sup. tit. prox.* Hæc dicimus de bonæ fidei possessore. Malæ autem fidei possessor nulla ex causa dominium vel possessionem adquirit per liberum hominem vel per seruum alienum, quem mala fide possidet, *l.* 22. *&* 57. *sup. tit. prox. l.* 1. *C. de rei vind.* Sed dominium quidem earum rerum, quas adquirit homo liber mala fide possessus, sibi adquirit, & sibi habebit cognito statu capitis sui: seruus autem alienus mala fide possessus, rerum, quas adquirit vero domino dominium adquirit, *l. eo tempore* §. *vlt. de pecul.* Possessionem vero ciuilem & vsucapiendi causam non adquirit homo liber, vel seruus alienus mala fide possessus, sibi vel domino non adquirit, quia, qui ab alio possidetur animo domini, nihil ipse ciuiliter possidere intelligitur, id est, qui ab alio possidetur, quique se existimat ab alio possideri iure, animo domini, quod est ciuiliter, non intelligitur etiam ipse in possidendo habere animum domini, qui enim possit habere animum domini, qui se intelligit ab alio possideri tanquam domino? Quod proponitur in *l. homo liber, in fine, sup. tit. prox.* Quod si ita est, eum possessionem non adquirere sibi aut vero domino, ergo nec vsucapere sibi, vel domino ignoranti, nec ex causa quidem peculiari potest, quia non intelligitur possidere ciuiliter: atque fit hoc casu, vt dominium quis adquirat sine possessione. homo liber mala fide possessus rei comparatæ dominium sibi adquirit, possessionem non item. ergo dominium sine possessione, quod tamen Proculus non admisit, seruo alieno bona fide possessorem comparante aliunde, quam ex re possessoris, vel etiam seruo alieno mala fide possesso: Dicebat enim Proculus, vero domino eius rei dominium non adquiri, quia nec per eum, qui ab alio possidetur, possessio illi adquiri posset, ergo nec per possessionem dominium, quod alij auctores a Proculo dissentientes non probant: nam & citra possessionem dominium adquiri putant, *d. l. homo liber* §. *vlt.* Quod euenire in multis casibus docui in initio huius l. Extat tamen alia Proculi sent. in *l. si seruus, sup. tit. prox.* quæ ita explicanda est. Verum ad hæc notandum est, hac in re non esse cum Accursio, quem etiam Fulgosius merito reprehendit in *l.* 4. *h. tit.* non esse, inquam, hac in re separandum filiumfam. a seruo: Nam etsi filius meus ab alio tanquam seruus possideatur, quod apprehendit nomine peculij, quod ad me respicit, id ego quidem statim possideo etiam ignorans, vt in illa *l.* 4. proponitur, & in seruo etiam locum habet, *l. si cui* §. *vlt.* §. *de lib. caus.* sed id etiam non vsucapio possidendo: possideo quidem, sed non vsucapio, quia per eum, qui ab alio possidetur, non possum videri possidere ciuiliter, & sine possessione ciuili vsucapio non consistit, *l. sine possessione, tit. seq.* Et simili modo iam supra didicimus, per procuratorem meum me ignorantem possidere, quod is apprehendit meo nomine, sed non etiam id vsucapere, antequam sciuerim eum apprehendisse possessionem, & per alios etiam quosdam, de quibus agam paulo post in §. *per eum.*

Ad §. Per communem.

SEruus vel ancilla dominium & poſſeſsionem dominis ſuis adquirit pro partibus dominij, quas in eo eave habent, *l. communis, ſup. tit. prox.* niſi, vt in hac l. oſtenditur, ſi vnius domini nomine vel iuſſu: nam iuſſum eſt pro nomine, ſeruus communis dominium, aut poſſeſsionem adquiſierit, huic enim ſoli adquirit in ſolidum, cuius nomine vel iuſſu adquiſiuit. Addatur etiam alia exceptio, niſi ex re vnius ex dominis aliquid ſeruus communis adquiſierit, quia etſi id etiam adquirat omnibus dominis pro partibus, ex quibus dominium in ſeruo habent, tamen æquum eſt vt iudicio communi diuidundo totum id ſeruetur præcipuum ei, ex cuius re quæſitum eſt, *d. l. communis, ſup. tit. prox. & l. communis, comm. diuid.*

Ad §. Per eum.

HIc §. eſt de ſeruo fructuario: per ſeruum fructuarium, aut ancillam, in quo, vel in qua habeo vſumfructum, mihi adquiri dominium & poſſeſſionem, ex duabus cauſis ſcilicet. Vna tantum exprimitur in hoc §. ſed duæ ſunt, vt plenius exponitur in *l. poſſeſſio, inf. hoc tit.* Duæ illæ cauſæ eædem ſunt, quæ ſuperiores, ex quibus diximus, bonæ fidei poſſeſſorem per liberum hominem aut ſeruum alienum adquirere ex re noſtra & ex ſuis operis. *Nec ad rem pertinet*, inquit, id eſt, nihil obſtat quod ſeruũ fructuarium non poſſideo, & videatur abſurdum, vt per eum poſſideam, quem non poſſideo: Seruum fructuarium non poſſideo, ſed magis teneo, vt in *l. 1. §. quod ait prætor, quod legat.* id eſt, ciuiliter ſeruum fructuarium non poſſideo, ſed naturaliter, *d. l. poſſeſſio quoque.* Tenere eſt verbum naturalis poſſeſſionis: habere, eſt verbum ciuilis poſſeſſionis: nam *habere* eſt ſibi habere: *poſſidere* eſt commune verbum. vſumfructum autem, quia ius eſt incorporale, nullo modo poſſideo, ſed quaſi poſsideo, *l. ait prætor §. item ei qui, ex quibus cauſis mai.* At nouum non eſt & inauditum, vt per eum, quem non poſsidemus, poſsideamus, vel adquiramus poſſeſsionem: nam & per filiumfamilias, quem nullo iure poſsidemus, rem quam ſibi parat poſsidemus, quæ mox ab eo in me tranſit iure poteſtatis §. *item adquirimus, ſup. & l. 4. inf.* Et ſimiliter per eum, cuius de ſtatu controuerſia eſt, poſsidemus, quamvis poſt ordinatum liberale iudicium datasque vindicias ſecundum libertatem eum non poſsideamus, *l. ſi cui §. vlt. de liber. cauſ.* nec tamen vt puto per eos, nec ex cauſa peculiari ignorantes vſucapere poſſumus, *d. l. homo liber, ſup. tit. prox.* Ita demum autem, vt mox ſubiicitur in §. *cæterum*, filij aut ſerui proprij, vel communes aut vſufructuarij, vel ſerui alieni, & liberi homines, qui a nobis bona fide poſsidentur tanquam ſerui proprij, nobis adquirunt poſſeſsionem, ſi habeant intellectum, ſi animum poſsidendi. Per furioſum non adquirimus poſſeſſionem, neque per infantem, quia intellectu caret. Per impuberem, aut pupillum intellectus & conſilij capacem veluti proximum pubertati, *l. pupil. de reg. iur.* adquirimus poſſeſsionem, quia & pupillus ſibi ſi intellectus ſit capax, poſſeſsionem adquirit, *maxime tutore auctore*, inquit. Cur ait *maxime?* quia & ſine tutore, modo ſit intellectus ſui potens §. 1. *ſup.* adquirere poſſeſsionem poteſt. Et obſerua in hoc §. aliter dici *impuberem*, aliter *pupillum*: nam ſeruus impubes quidem dicitur, qui nondum exceſsit decimumquartum annum, ſed nunquam *pupillus*, quia ſeruus non habet tutorem: & pupilli appellatio ſemper refertur ad tutorem. Pupillus ergo dicitur de libero homine, de quo etiam ſubiicit in §. *pupillus.*

Ad §. Pupillus.

PVpillum etiam ſibi adquirere poſſeſsionem: non per ſemetipſum duntaxat, ſed per ſeruum ſuum puberem, aut impuberem, cuiuſcunque ætatis vel intellectus, qui modo iuſſu tutoris eat in poſſeſsionem. Iuſſus ex igitur, aut miſsio domini, vel tutoris, qui mittat eum ad poſsidendum aliquid, quia ignoranti non adquiritur poſſeſsio, quæ proficiat ad vſucapionem, niſi vno caſu, ex cauſa peculiari.

Ad §. Per ſeruum.

EXplicemus etiam §. *per ſeruum*: ſed hunc duntaxat, in quo quæritur, an per ſeruum noſtrum, qui eſt in fuga, nobis poſſeſsio adquiratur, videlicet, ſi quam adquirat ſibi, vel nobis nominatim, vel etiam ſi adquirat imperſonaliter? Nerua filius, vt hic refert, dicebat, non adquiri. Nec obſtare, quod receptum eſt iure ſingulari, vtilitatis cauſa, ne fuga ſerui domino damnoſa fiat, ne ſit in poteſtate ſerui, dando ſe in fugam dominum interuertere poſſeſsione ſui. Hac de cauſa receptum, vt quandiu ſeruus fugitiuus non poſsidetur ab alio, interim poſsideatur a domino & vſucapiatur, id eſt, vt fuga rite cœptam vſucapionem non interrumpat, vt *l. ſerui §. vlt. de furt. l. 13 in princ. hoc tit.* Nihil igitur hoc obſtare, quia ſingularis eſt hic caſus. Quo exemplo, ſi qua nobis obiiciuntur ſimilia, reſpondere licet. Hoc caſu excepto Nerua ait, per ſeruum, qui eſt in fuga, nobis non adquiri poſſeſsionem, & mouetur hac ratione, aut arbitror eum motum fuiſſe hac ratione, quia ſeruus, qui eſt in fuga, etſi ab alio nondum poſsideatur, non intelligitur a domino poſsideri, cuius manum & poteſtatem euaſit, quia non poſsidetur a domino, ergo nec domino poſsidere poteſt. Ita Nerua ratiocinabatur. Verum aliud iudicium eſt Caſsio, & Iuliano, quorum ſententia obtinuit etiam hoc admiſſo, hoc conceſſo, quod Neruam mouit, ſeruum, qui eſt in fuga non poſsideri a domino, per eum tamen poſſeſsionem domino adquiri, vt *l. ſi cui §. vlt. de liber. cauſ.* Nec nouum eſſe, vt poſsideamus per eum, quem non poſsidemus, cum & per eos, quos in prouinciam longe ablegauimus & tranſmiſimus, quodammodo non poſsideamus, tamen per eos poſsideamus, qua comparatione & hic §. vtitur. Vnde & illo conceſſo, ſeruum qui eſt in fuga non poſsideri a domino, non abſurde dicam, per eum tamen poſsidere dominum quod interim parauerit dum eſt in fuga, dumque ab alio non poſsidetur, & dum ſe pro libero gerit, credens ſe eſſe liberum, paratuſque ſit pro ſua libertate litigare, vt *l. per eum, in 2. parte inf. hoc tit. l. 15. §. ſi ſeruus, tit. ſeq.* Quia vt iterum hoc inculcem, & ſi ſeruus, qui eſt in fuga, deſierit a domino poſſideri, tamen quod ad vſucapionem tantum attinet, ſemper eius poſſeſsio animo retineri videtur. Ad vſucapionem, inquit, *l. ſerui §. vlt. de furt.* id eſt, ad vſucapionem eius ſerui, ſi impleta non fuerit ante fugam, & ad vſucapionem earum rerum, quas interim adquiſierit. Et ad hoc etiam pertinet *l. 15. inf. & l. 12. § Iulianus tamen, de vſufr.* Qua ratione & in numerum ſeruorum, qui propter legem Caniniam inuentus eſt, Paulus 4. *ſent. tit. vlt.* ait, ſeruos fugitiuos computari, quia vel ad vſucapionem poſsideri intelliguntur. Quod etiam *l. ſi ſeruus, de Public. in rem act.* confirmat, quæ cum dicit, ſeruo qui eſt in fuga re tradita a non domino, eius rei nomine, ſi poſtea peruenerit ad alium, domino competere actionem Public. quæ actio non datur niſi de re, quam quispoſſederit, & vſucapere non potuit, plane ſignificat dominum eam rem poſsidendo vſucapere, licet poſſeſsionem eius rei, per eum corporaliter nactus nunquam fuerit. Itaque quod ad vſucapionem ipſius ſerui, qui eſt in fuga, nondum impletam ſcilicet & quod ad vſucapionem attinet rerum, quas interim adquirit, intelligitur interim a domino poſsideri, vel animo poſsideri in hoc, vt poſſeſsio ad vſucapionem proficiat & conducat, & ipſius & rerum ab ipſo adquiſitarum.

Ad §. Per ſeruum corporaliter.

IN quo oſtenditur, ſeruum reipſa pignori creditori datum, non nuda conuentione, neque debitori poſsidere, neque creditori: vel quod idem eſt, per eum ſeruum neque debitorem poſſeſsionem adquirere, neque creditorem: debitorem

debitorem per eum possessionem non adquirere, quia, vbi cessit possessione creditori, protinus amisit possess. nec videtur seruum pignori datum possidere, nisi iure singulari, ad implendam vsucapionem serui, forte cœptam antequam eum pignori daret, *l. serui nomine, titul. seq. l. qui pignoris, inf. hoc tit.* quia vtilitate suadente receptum est, vt pigneratione non interrumpatur vsucapio, quæ rite inchoata est. Denique vt impleatur post pignerationem, perinde atque si seruum non desiisset possidere. hac causa excepta, debitor, quia seruum pignori datum non possidet, eo quod possessione creditori cessit, nec possessionem per eum potest adquirere. Possidere quidem possumus, aut possessionem adquirere per eum, quem non possidemus, vt per filiumfamil. per procuratorem, tutorem, curatorem, per seruum fructuarium, vt diximus modo in §. *per eum.* & per eum, qui de libertate litigat, post ordinatum iudicium liberale, vt municipes per seruum publicum, quem tamen non possident, §. *vlt. inf. hac l.* Sed non ita possidere possumus per eum, qui ab alio possidetur, id est, quem non tantum non ipsi possidemus, sed alius possidet. Et huiusmodi est seruus pignori datus. Creditor enim eum possidet naturaliter, ergo debitori per eum adquiri possessio non potest. Dominium tamen recte hoc loco Ioannes dixit debitorem adquirere per seruum pignori datum, exemplo liberi hominis & serui alieni bona fide possessi, qui aliunde, quam ex re possessoris, vel ex suis operis dominium adquirit sibi aut vero domino, non etiam possessionem, vel vsucapionem, aut vsucapiendi conditionem. Sic igitur statuamus, per seruum pignori traditum emptori translata corporali possessione in creditorem, debitorem non possidere, non adquirere possess. Creditorem quoque per seruum sibi pignori datum, quamuis eum possideat naturaliter, *l. 3. §. vlt. ad exhib. l. cum fortis §. vlt. & l. debitor §. vlt. de pig. act. l. per seruum in prin. sup. tit. prox.* verissimum est, non adquirere possess. Nec igitur debitorem per eum seruum adquirere possessionem, qui ab eo desiit possideri, nec possideri fingitur post traditionem pignoris, nisi ad vnam causam, id est, ad implendam vsucapionem inchoatam ante pignerationem: quia igitur non possidetur a debitore, sed a creditore. Creditorem autem etiam per eum non adquirere possessionem, quia nec dominium vllius rei per eum adquirit vlla ex causa. Id enim agitur in contrahendo pignore, vt nihil per eum seruum creditori adquiratur, sed vt is seruus tantum sit apud creditorem, veluti pro fide contractus & restituendi crediti vinculo, *l. legata §. vlt. de supel. leg.* Itaque nec ex operis serui pignori dati creditor quidquam adquirit, sed quod forte ex operis percipit, id imputat in sortem, id minuit sortem, *l. 1. C. de pig. act.* vel id imputat in vsuras priusquam in sortem, vt ex Cod. Hermog. Papianus refert. *tit. de ablat. pignor.* Ex re autem creditoris, quod adquirit seruus pignori datus, id ei iure non adquirit, sed domino, id est, debitori, licet non inficior in subsidium eius, quod ex re sua adquisierit, creditori vtilem vindicationem accommodari posse, *arg. l. vxor marito, de donat. inter vir. & vxor.*

Ad §. veteres putauerunt.

IN quo proponitur vetus hæc iuris regula: Per seruum hereditarium, vel hereditatem ipsam, id est, ius successionis, nec aliud quidquam, id est, ne rem quidem vllam, quæ eiusdem hereditatis sit, heredem adquirere posse. Et extat hæc etiam regula in *l. 18. sup. t. prox.* & in *l. 43. de adqu. hered.* Et vera est & in dominio & in possessione rerum hereditariarum adquirenda, nempe vt neque dominium, neque possessio rerum hereditariarum heredi quæri possit, per seruum hereditarium, quod indicat *d. l. 18. de adquir. rer. dom.* & in *hoc tit. l. qui absenti §. vlt.* Et præterea, quod notandum, hæc regula accipienda est de seruo hereditario, qui iam ad heredem peruenit iure hereditario, vt indicat eadem *l. qui absenti §. vlt. & §. si ex parte, in hac l.* non de seruo iacentis, nec dum aditæ hereditatis. Sed videamus, quæ sit ratio huius regulæ. Hæc videtur esse: quia cum per hereditatem, id est, iure hereditario adquiratur seruus hereditarius, natura non fert, vt & vicissim per seruum hereditarium adquiratur hereditas, vel pars hereditatis, vel id, quod eiusdem hereditatis est, neque enim potest aliud alij esse caussa, τῷ αὐτῷ τρόπῳ, eodem scilicet modo, vt in 2. *Physic. cap.* 3. Inde quæritur hoc loco, an hæc regula, quæ de seruo hereditario tantum loquitur, aut de seruis hereditariis, qui ad heredem peruenerunt, longius producenda sit ad seruos legatos, vel donatos, vel ære comparatos, an vero per vnum seruum cæteri adquiri & possideri possint: an pluribus seruis legatis, vel emptis, vel donatis, per vnum eorum cæteri adquiri & possideri possint, quod magis probat Paulus hoc loco. Itaque censet, regulam hanc longius producendam non esse extra suos fines & terminos, per eum scilicet seruum, qui ad legatarium, vel emptorem, vel donatarium peruenerit, vt ait nominatim lex *prædia, inf. hoc tit.* quem postea legatarius, vel emptor, vel donatarius mittat ad possidendos, cæteros possideri posse, cæterorum possessionem adquiri posse, per vnum tamen seruum hereditarium, qui similiter ad heredem peruenerit, alioquin comparatio nihil valeret, heredem cæterorum seruorum, cæterarumque rerum hereditariarum possessionem adquirere non posse, propter rationem supradictam, quæ cessat in seruo legato vel empto, vel donato: quoniam hic titulus singularis est, non vniuersalis vt titulus hereditatis. At sciendum est per alium tamen seruum, qui ad heredem alio iure peruenerit, quam hereditario, rerum hereditariarum possessionem heredem adquirere non prohiberi, sed per seruum hereditarium tantum, vt dixi, per alium seruum non hereditarium res hereditarias possidere potest, vt in *d. l. qui absenti, l. vlt.* ostenditur. vt item ostenditur in §. *si ex parte*, qui proxime sequitur. Finge hoc modo: Testator scripsit duos heredes ex æquis partibus, Titium & Caium, Titio heredi scripto ex parte dimidia seruum prælegauit: sic heres serui prælegati partem habet iure hereditario, partem iure legati, quia legatum ei relictum non valet, nisi pro parte coheredis; pro sua parte hereditaria, non valet, hoc est certissimum, *l. eum qui § vlt. de his quib. vt ind. l. in quartam, ad l. Falcid.* Serui autem prælegati heres partem habet iure hereditario, partem non iure hereditario, sed iure legati: & propter hanc quidem partem, quam habet iure legati, licet pro altera parte seruus hereditarius sit, per eum rei hereditariæ possessionem adquirere potest, quasi per seruum legatum, non per seruum hereditate relictum. Et similiter, si communis Stichus fuerit testatoris & heredis scripti, propter partem quam heres in eo seruo iure suo habet, non hereditario, licet altera ei obuenerit iure hereditario, heres per eum seruum fundi, vel rei cuiuslibet hereditariæ possessionem adquirere potest, quam non posset adquirere per seruum, qui ei totus obuenisset iure hereditario: Et ita liquido est explicata vetus illa regula iuris.

Ad §. hæc quæ de seruis.

QVod dictum est de adquirenda mihi possessione per proprios, per communes, per fructuarios, per alienos, aut per liberos homines bona fide possessos, id ita, procedere ait, Si serui, quos possidere iussi, quos misi ad possidendum meo nomine, apprehendant possessionem, volentes eam mihi adquirere, vt *l. si in vacuam, inf. h. t.* Quo casu & ea possessio mihi proficit ad vsucapionem, quia possidere iussi, etiamsi eam parauerint extra causam peculiarem. Sed si alieno nomine possessionem apprehendant, si eo animo, inquit, intrent in possessionem, vt nolint eam mihi adquirere, sed potius Titio, eam mihi non adquirunt, quia non fuit eis animus mihi adquirendi. Verum an eam adquirunt Titio. sic videtur, si modo Titio grata & rata fuerit: ratihabitio Titij requiritur, vt & si liber homo sua sponte rem emerit, & acceperit Titij nomine, sine mandatu Titij, non aliter possessio vel dominium Titio adquiratur, quam si emptio-

nem ratam fecerit, *l. communis §. vlt. sup. hoc tit. l. si ego, neg. gest.* Quod & hic recte glossa notauit, simul & aliud quod eruit ex *l. qui mihi, de donat. & l. per seruum §. vlt. sup. t. prox.*

Ad §. Per procuratorem.

IN hoc §. docet quod iam tradidimus, per procuratorem, licet eum non possideamus, quum sit liber homo, & per tutorem similiter infantis etiam, vt *l. 3. C. eod. tit. inf.* & per curatorem adolescentis aut prodigi similiter possessionem adquiri, si nostro nomine eam apprehenderint. Quod vtilitatis causa receptum esse, & auctoritate prudentum ait *l. 1. C. eod.* Et Paulus etiam noster 5. Sentent. tit. 2. *Per procuratorem*, inquit, *adquiri posse possessionem vtilitatis causa receptum est, expediendorum negotiorum causa.* Et verum est, per procuratorem non tantum possessionem, sed & dominium adquiri etiam ignoranti, quando apprehensa a procuratore possessio fuerit. Verum vsucapiendi causam non procedere, vel non adquiri, nisi scienti, quoniam vt ignorantes vsucapiant, hoc tantum in rebus peculiaribus receptum est, quod supra ex posuimus in *l. si procurator, tit. prox. & l. possessio quoque §. vlt. hoc tit. l. 1. & leg. 8. C. eod. tit. l. 1. C. per quas personas nobis adquir. l. si emptam, tit. seq.* Et vero nihil attinet dicere, per procuratorem, similesve personas non adquiri possessionem, cum nullus alius sit, cui adquiratur, quia nec ipse procurator, cui res traditur, eam rem sibi possidet: quia, inquit, non habet animum possidendi, & possessio sine animo non adquiritur. Is etiam, qui procuratori tradidit rem eam, non possidet, quia possessione cessit. Nullus igitur est, qui possessionem sibi asserere possit. Itaque nihil attinet dicere, eam rem non esse quæsitam mandatori per procuratorem, eam scil. apprehendentem mandatoris nomine. Nam si suo nomine procurator apprehendat possessionem, non domini, sine mandatoris nomine, id est, non ea mente, vt operam duntaxat suam accommodet domino, sed vt rem gerat sibi, sane domino non adquirit possessionem, sed sibi potius, quod in hoc §. proponitur.

Ad §. pen.

RVrsus vt subiicitur in §. pen. Si procuratori meo rem, quę est in pręsentia, rem pręsentem venditor tradat ex iussu meo, ego per memetipsum videor adquirere possessionem rei, quæ est in conspectu meo, non per procuratorem meum, quia mihi tradita res videtur. Sicut si debitor meus iussu meo pecuniam, quam habet in manu, pecuniam igitur præsentem soluat Titio, mihi eam soluisse videtur. Per memetipsum igitur his casibus adquisisse videor possessionem, non per Titium, non per procuratorem. Nec ad rem attinet dicere possessionem non adquiri solo animo solove corpore, vtriusque concursum desiderari, nam & hoc casu, licet non attingam rem, quam iubeo tradi procuratori meo, tamen quodammodo eam non animo tantum meo, sed etiam corpore videor adquirere. *Non enim*, inquit, *corpore & actu necesse est apprehendere possessionem.* Videntur Basilica legisse *tactu:* quæ sic habent: Οὐ μόνον τῆς σωματικῆς ἁφῆς χρεία ἐστὶν, ἀλλὰ καὶ τὴν νομὴν προσποιούμεθα ὀφθαλμοῖς καὶ τῷ πάθει. *In adquirenda possessione*, inquiunt, *non est opus tantum corporali tactu, se adquirimus etiam possessionem oculis & affectu.* Et quia oculis, igitur quodammodo corpore nostro. Vnde quod plus est, & si non procuratori meo res tradita sit, si nulli iussu meo res tradita sit, sed in meo tantum conspectu posita sit, vt eam mihi haberem & possiderem, videor eius rei dominium adquisiuisse, *l. pecuniam, de solut.* Item columnæ, quæ propter magnitudinem facile loco moueri non possunt, statim traditæ mihi videntur, vt in *hoc* §. proponitur, si in re præsenti consenserim, vt pro mihi traditis haberentur, nam & hic oculis & affectu possessionem adquiro. Vina etiam, quæ sunt in cella vinaria, mihi tradita videntur, si cellæ claues mihi traditæ sint, etsi vasa vinaria non attigerim, vt *l. clauibus, de cont. emp. l. 2. C. de per. & comm. rei vend. l. 1. C. de crim. exp. hered.* Et ad hæc etiam valde facit *l. 18. §. pen. hoc tit.* vbi ostenditur, rei emptæ immobilis me possessionem adquirere, si iussu meo venditor eam deposuerit in domo mea, quanquam eam nemo necdum attigerit ex meis: præterea quod est de re immobili, fundum mihi traditum videri, si venditor ex mea turre eminus mihi demonstret fundum, eiusque possessionem se tradere dicat, nam & hoc modo possessionem adquiro, non minus quam si finibus pedem intulissem, nempe oculis & quasi corpore igitur meo. Vnde in *l. 15. hoc tit.* cum proposuisset initio contra regulam iuris quarumdam rerum possessionem adquiri solo animo, quod tamen postea negat, veluti si emero aceruum lignorum & venditor eum me tollere iusserit, ego non sustulero, sed ei custodem apposuero, vel etiam si vendiderit quis mihi vinum, quod est in horreo vinario, & ego vasa vinaria non attigero, sed horreo custodem apposuero: his modis videtur vinorum & lignorum possessio adquiri solo animo, quia non attinguntur, neque enim custodis appositio, attactio est earum rerum. Verum concludit, & hanc ipsam corporis traditionem quodammodo esse, quia nihil refert, vtrum meo corpore custodiam, an alieno, & *vtrobique*, inquit, in fine, *animi quodam genere possessio erit æstimanda.* Quæ conclusio non congruit cum superioribus, quoniam imo scribere debuit, vtrobique corporis quodam genere possessio erit æstimanda, id est, quodammodo etiam videtur adquiri corpore possessio, non & animo solo.

Ad §. vlt.

IN hoc §. ostenditur, neque municipia neque municipes, id est, ciues neque ciuitates, neque ciues cuiuslibet ciuitatis per se quidquam possidere posse vel vsucapere, quia incertum corpus est: vel, vt ait, quia vniuersi consentire non possunt; & in adquirenda scil. possessione sensu vel consensu, vel quod idem est, animo & voluntate opus est. Male Florent. *quia vni consentire non possunt*, pro, *quia vniuersi*, nam & lib. sing. reg. Vlp. tit. *qui heredes instituі possunt*, eodem modo scriptum est, neque municipia neque municipes heredes institui posse, quia vniuersi cernere hereditatem non possunt: & similiter, quia vniuersi consentire non possunt in adquisitione possessionis; ideo municipes per se possidere nihil possunt municipij nomine & reip. nomine: nec dicas municipes tamen possidere forum & Basilicam vt hic proponitur Basilicam quæ foro iungi solet, vt Vitruuius scribit 5. c. 1. vt per hyemen se in eam negotiatores conferant. In ea enim Basilica venalia proponebantur, *l. pediculis §. item cum quæreretur, de auro & arg.* Iudicia etiam in ea exercebantur, vel Seneca teste: *Qui fremitu iudiciorum Basilicas resonare ait.* Verum ad rem: *Municipes*, inquit, *forum, & Basil. & his similia*, inquit, *loca*, sc. vsibus populi perpetuo exposita, veluti theatrum, campum, porticus, balnea non possident vllo modo, *sed iis*, inquit, *promiscue vtuntur.* Aliud igitur est possidere, aliud longe vti: quod & initio huius legis satis luculenter ostendi. His consequens est, vt etiam municipia vel municipes seruos municipiorum non possideant. Qua ratione quidam dicebant, nec per eos municipio siue reipublicæ possessionem adquiri posse, quam reipublicæ adquisitam voluit, quæ tamen ratio non est idonea: nam, vt dixi *sup. in §. per eum, & §. per seruum corp.* plerique alij sunt, quos non possidemus, & tamen per eos res mobiles vel immobiles possidemus, vt per liberum hominem, puta per procuratorem, tutorem, curatorem, aut per filiumfamilias, quos certe non possidemus. Et obtinuit etiam vt ex Vlpiano traditur in *l. seq. per seruum publicum rempubl. possidere & vsucapere posse*, non ex peculiari causa tantum, sed etiam ex non peculiari nomine reipublicæ apprehensa possessione per seruum publicum, vt ostenditur in *l. 10. de Publ. in rem act. l. tigni §. item municipes, ad exhib.* sed & per liberam personam, veluti per actorem (sic vocatur qui res municipij gerit) municipium siue

siue rempubl. possidere posse exemplo priuatorum, qui & per liberam personam, veluti per procuratorem etiam ignorantes possessionem adquirere possunt, vt receptum est vtilitatis causa, quo facilius quisque negotia sua expediat, promptiusque, *l. 1. C. eod. tit.* Et sic euenit in specie *huius §. vlt.* vt quod per se municipes possidere & vsucapere non possunt, possidere tamen possint per alios: sicut infans, aut furiosus, qui per se possidere & vsucapere non potest, quia intellectu caret, id tamen adquirit per alium. Nec obstat quod ait *l. Labeo 8. tit. seq. Eum, qui suo nomine nihil vsucapere potest, nec per seruum quidem posse.* Quod de peregrino dicitur, cui commercium datum non est, qui nec suo nomine per se vel per alium vsucapere potest. At ciuis Romanus, etsi non per se propter ætatem aut vesaniam, per seruum tamen, aut per procuratorem suo nomine possidere potest, & vsucapere ex peculiari causa. Ac simili modo municipes non per se suo nomine, sed per seruum, vel actorem suo nomine. Transeamus *ad l. 3. huius tit.*

Ad l. 3. eod.

Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia.

§. 1. Et adipiscimur possessionem corpore & animo: neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, & corpore & animo adquirere nos debere possessionem: non vtique ita accipiendum est, vt qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente & cogitatione hac sit, vti totum fundum vsque ad terminum velit possidere.

§. 2. Incertam partem rei possidere nemo potest: veluti si hac mente sis, vt quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.

§. 3. Neratius & Proculus, & solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero: quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus & Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse: non est verum. Is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Sed & si sciat, non capiet longa possessione: quia scit alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra. Quibus consentio.

§. 4. Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, vt quidam putant, & eum qui vsuceperit, & pro emptore & pro suo possidere: sic enim & si ei, qui pro emptore possidebat, heres sim: eandem rem & pro emptore & pro herede possideo: Nec enim sicut dominium non potest nisi ex vna causa contingere, ita & possidere ex vna duntaxat causa possumus.

§. 5. Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. contra naturam quippe est, vt cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, & ipsum possidere, & eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste, vel duos iuste non posse, quem Labeo reprehendit. Quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat, quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam vt tu stare videaris in eo loco, in quo ego sedeo, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

§. 6. In amittenda quoque possessione affectio eius, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere: protinus amittes possessionem. Igitur amitti & animo solo potest, quamvis adquiri non potest.

§. 7. Sed & si animo solo possideas, licet alius in fundo sit: adhuc tamen possides.

§. 8. Si quis nunciet, domum a latronibus occupatam, & dominus timore conterritus, noluerit accedere: amisisse eum possessionem placet. Quod si seruus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, discesserintve: animo retinebo possessionem.

§. 9. Et si alij tradiderim, amitto possessionem: Nam constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi deiecti fuerimus.

§. 10. Si seruus, quem possidebam, pro libero se gerat, vt fecit Spartacus, & iudicium liberale pati paratus sit: non videbitur a domino possideri, cui se aduersarium præparat. Sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur. Alioquin si ex possessione seruitutis in libertatem reclamauerit, & liberale iudicium implorauerit: nihilominus in possessione mea est, & animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.

§. 11. Saltus hybernos æstiuosque animo possidemus, quamuis certis temporibus eos relinquamus.

§. 12. Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum, & seruum. Nec mouere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est, quas serui peculiariter parauerunt: Nam videmur eas eorumdem & animo & corpore possidere.

§. 13. Nerua filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus: Nam pecus simul atque aberrauerit, aut vas ita exciderit, vt non inueniatur: protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. Dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inueniatur, quia præsentia eius sit, & tantum cessat interim diligens inquisitio.

§. 14. Item feras bestias, quas viuariis incluserimus: & pisces, quos in piscinas coniecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quæ in syluis circumseptis vagantur, a nobis non possideri: quoniam relicta sint in libertate naturali: Alioquin etiamsi quis syluam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.

§. 15. Aues autem possidemus, quas inclusas habemus: aut si quæ mansuetæ factæ, custodiæ nostræ subiectæ sunt.

§. 16. Quidam recte putant columbas quoque, quæ ab ædificiis nostris volant, item apes, quæ ex alueis nostris euolant & secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.

§. 17. Labeo & Nerua filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupauerit.

§. 18. Si rem apud te depositam, furti faciendi causa contrectaueris: desino possidere. sed si eam loco non moueris, & inficiandi animum habeas: plerique veterum, & Sabinus & Cassius recte responderunt, possessorem me manere: quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur.

§. 19. Illud quoque a veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

§. 20. Sed si is, qui apud me deposuit, vel commodauit, eam rem vendiderit mihi vel donauerit: non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

§. 21. Genera possessionum tot sunt, quot & causæ adquirendi eius, quod nostrum non sit. Velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxæ dedito, pro suo. Sicut in his, quæ terra, marique, vel ex hostibus capimus, vel quæ ipsi, vt in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis vnum genus est possidendi, species infinitæ.

§. 22. Vel etiam potest diuidi possessionis genus in duas species: vt possideatur, aut bona fide, aut non bona fide.

§. 23. Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei seruandæ causa, vel quia damni infecti non caueatur mitti, possidemus, ineptissimum est: Nam qui creditorem rei seruandæ causa, vel qui damni infecti non caueatur, mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem sed custodiam rerum & obseruationem concedit. Et ideo cum damni infecti non cauente vicino, in possessionem missi sumus: sed id longo tempore fiat: etiam possidere nobis, & per longam possessionem capere prætor causa cognita permittit.

Initio proponitur, res tantum corporales possideri: res incorporales, veluti iura prædiorum, vel hominum quasi possideri; non vero possideri recte: quia sub tactum vel sub sensus non cadunt, & possessio non potest adquiri sine tactu & corporali apprehensione. Vnde nec male in *l. 1. §. pen. illo loco: Corpore & actu.* Græci legunt, *corpore & tactu* vel, *corporali tactu.* Vnde in *l. quod meo §. pen. hoc tit. si id nemo dum*

attigerit, id eſt, ſi naturalem poſſeſſionem non apprehenderit, & in *l.* 1. *§.* 1. *hoc tit. Licet corpore ſuo rem contingat.* Itaque in adquirenda poſſeſſione, animo & corpore opus eſt noſtro, vel alieno, attrectatione noſtra vel aliena: Nam neque corpus nudum, neque nudus animus ſufficit ad poſſeſſionem adquirendam, *l.* 8. *hoc tit. l. licet, C. eod.* Et in ſpecie *l.* 1. *§. pen. & l. quarundam, hoc tit.* vt docui ſupra quoque, etiam nudus animus non interuenit, ſed & corporis ſcilicet genere quodam poſſeſſio adquiritur. Dominium ſolo animo adquiri poteſt, vt iam oſtendi in ſuperioribus, veluti hereditas aditione ſola, dicendo; *Adeo hereditatem illam, cernoque*, vel geritione pro herede adquiritur: poſſeſſio rerum hereditariarum non item, quia non adquiritur niſi animo & corpore, *l. cum heredes* 23. *in princ. inf. h. t.* ac præterea hereditas adquiritur animo noſtro, non animo alieno, non aditione aliena: quia aditio eſt actus legitimus, qui non poteſt peragi per alium. actus legitimi peraguntur per noſmetipſos tantum: poſſeſſio etiam adquiritur alieno animo, vt in *§. ſaltus, inf.* Et vero, vt etiam proponitur initio huius l. 3. vt corpore quis poſſeſſionem adeptus videatur, veluti poſſeſſionem fundi, neceſſe non eſt, vt omnes glebas fundi circumambulet: verum ſatis eſt, ſi certam aliquam fundi partem ingrediatur animo poſſidendi, id eſt, eo animo, vt totum fundum poſſideat vſque ad terminum, inquit, id eſt, vſque ad limitem fundi, qui limitem fundi diſcernit. Quod ita verum eſt, ſi aliæ partes fundi ſint vacuæ. Nam ſi aliæ partes fundi ab alio teneantur, profecto eam tantum partem poſſidet, quam tenet, quam introierit, *l. quod meo §. vlt. hoc tit.* Dixi, *certam partem:* nam incerta pars non poteſt poſſideri, quod proponitur in *§. incertam*, & in *l. ſi fur §. vlt. tit. ſeq.* Incerta pars non poteſt poſſideri, quia nec corpore, ſed intellectu ſolo percipi & abſtrahi poteſt. Itaque quo exemplo vtitur *§. incertam, & l. locus, in fi. hoc tit.* ſi Titius tibi cedat quicquid iuris in eo fundo habet, non deſignata parte, ſi non cedat partem tertiam, vel quartam partem, quam in eo fundo habet, ſed ἀορίστως, quicquid iuris in eo fundo habet, & tu ignores quid iuris in eo fundo habeat, quamtumvis licet hac mente ſis, vt poſſidere velis quod in eo fundo Titius poſſidet, poſſeſſionem non adquiris, διὰ τὸ ἀόριστον, vt hic Baſilica addunt, quia finita pars Titij, finitum non eſt ius Titij, quod tibi ceſſum eſt, nempe, mente nuda poſſeſſio non adquiritur: & quantum etiam apparet ex propoſito exemplo, incertam partem vocat, quæ ignoratur quota ſit, puta tertia, an dimidia, vel quarta. hæc non poteſt poſſideri, licet poſſit recte vindicari a poſſeſſore totius fundi, *l. qui de tota §. vlt. de rei vindic. l.* 8. *§.* 1. *comm. diuid.* Alio ſenſu pars incerta dicitur, quæ ſcitur quidem quota ſit, puta tertia, aut quarta, ſed indiuiſa eſt, ita vt nec cerni nec tangi poſſit, vtque eius locus ſit incertus; hæc poſſideri poteſt, vt puta, ſi fundi pars tertia vendita empta ſit, vel donata, vel legata pars pro indiuiſio, certum eſt quota ſit, ſed quia incertus eſt eius locus, hac ratione etiam *incerta* dici poteſt. Verum nihilominus poſſideri poteſt, *d. l. locus, l. ſi quis fundum, inf. hoc tit.* Quia ſi emptor fundum ingrediatur, eam ſuo corpore apprehendere videtur, propterea quod cuiuſlibet glebæ pars tertia eſt: & (vt de anima fertur) ea pars tertia pro indiuiſo, eſt tota in toto, & tota in qualibet parte. Vtrumque ergo in adquirenda poſſeſſione exigimus, corpus & animum. Quod etiam rurſus inculcatur in *§. Neratius*, his verbis: *Solo animo non poſſe nos adquirere poſſeſſionem, ſi non antecedat naturalis*, id eſt, corporalis poſſeſſio. Vnde vt in hoc *§.* Paulus tradit, Neratius, & Proculus dicebant diſſentientes a Sabinianis: ſi theſaurum ſcio poſitum in fundo meo, quem poſſideo naturaliter, continuo me etiam poſſidere theſaurum, ſimul atque poſſidendi theſauri animum habuero, quia & ſi fundum teneam, non theſaurum, quod deeſt ipſius fundi naturali poſſeſſioni: deeſt autem poſſeſſio theſauri, quia fundum duntaxat teneo, non etiam theſaurum in eo poſitum, heic animus, id eſt, ſcientia animi mei ſcientis, in eo fundo theſaurum eſſe, facile ſupplet me poſſidere rem principalem, id eſt, fundum, qui continet theſaurum. Proculiani exiſtimabant, theſaurum poſſideri in fundo poſitum & defoſſum, ſi fundus poſſideretur, & ſciret poſſeſſor in eo abſconditum eſſe theſaurum, non ſine fundi corporali poſſeſſione tamen. Nam vt vel fundi corporalis poſſeſſio antecederet, omnino deſiderabant, & merito etiam improbabant ſententiam Bruti & Manilij antiquorum iuris auctorum, qui exiſtimabant, poſſidentem, & vſucapientem fundum, etiam theſaurum in eo reconditum vſucapere, ſiue ſciret ſiue neſciret theſaurum ibi eſſe. Denique exiſtimabant cum fundo, & ima & per ima fundi omnia, quamvis alterius ſint, vſucapi. Quam quidem ſententiam improbabant hac ratione: Quod neque ſciens, nec ignorans ibi theſaurum eſſe, eum vſucapere poteſt. ignorans non poteſt vſucapere, quia, vt quid ignorans vſucapiat in re tantum peculiari receptum eſt, *l. ſi emptam, tit. ſeq.* Sciens etiam non poteſt vſucapere, quia & ſi ex ſententia Proculianorum ſciens poſſidere poteſt theſaurum, quem ſcit eſſe poſitum in fundo, quem poſſidet naturaliter, non poteſt tamen eum theſaurum vſucapere, quia eum poſſidet mala fide. Scit enim alienum eſſe theſaurum, cuſtodiæ aut præſidij cauſa terræ commendatum. Nam theſaurus hic non accipitur pro veteri depoſitione pecuniæ, cuius memoria non extat, cuius dominus nullus eſt certus, ſed pro depoſitione pecuniæ, quæ dominum certum habet. Quod autem ſcio meum non eſſe, id ſcio vel ſcire debeo alienum eſſe, *l. vlt. C. vnde vi, l. vlt. §. nemo, C. comm. de legat.* & hoc loco: *Quia ſcit alienum eſſe.* Et ſi quæras, quomodo hoc ſcit alienum eſſe, dicam, quia ſcit ſuum non eſſe. At in fine huius *§.* improbatur etiam ſententia Proculianorum, & itur in eam, quæ eſt Sabinianorum: Poſſeſſorem ſcilicet fundi non poſſidere theſaurum, etiamſi defoſſum eum in fundo eſſe ſciat, niſi eum corporaliter apprehenderit per fundi naturalem poſſeſſionem: non poſſideri etiam theſaurum in eo reconditum, niſi loco moueatur & attrectetur, quod confirmat etiam lex *peregre, inf. hoc tit.* & lex, *theſaurus, ad exhib.* Et hæc ratio eſt, quia res mobiles eatenus poſſidentur a nobis, quatenus ſub cuſtodia noſtra ſunt, *§. Nerua, inf. l. ſi rem mobilem, inf. hoc tit.* Theſaurus res eſt mobilis, qui vtique non eſt ſub cuſtodia noſtra antequam loco motus a nobis & occupatus fuerit. quæ ratio in fine huius *§.* ſatis demonſtratur his verbis: *Nec alias eum, qui ſcit poſſidere, niſi ſi theſaurus loco motus ſit*, id eſt, contrectatus: *quia non ſit ſub cuſtodia noſtra.* Atque ita hic *§.* eo ſpectat, vt magis atque magis confirmetur, quod eſt propoſitum initio huius legis, ſolo animo, ſolove corpore non adquiri poſſeſſionem.

Ad §. Ex pluribus.

IN hoc *§.* proponitur vna differentia inter poſſeſſionem & dominium: Dominium ex vna tantum cauſa nobis contingere poſſe: neque enim, quod ſemel ex vna cauſa noſtrum factum eſt, id amplius ex illa cauſa noſtrum fieri poteſt, *§. ſed ſi rem, Inſt. de legat. §. ſic itaque, Inſtit. de act.* Poſſeſſionem autem ex pluribus cauſis nobis contingere poſſe: dominij vnum eſſe titulum, vnam cauſam, vnam auctoritatem: poſſeſſionis cauſas ſiue titulos, duos vel plures eſſe poſſe. Idem eſt titulus & cauſa, vt in Euangelio, quæ vno loco dicitur cauſa, αἰτία, quæ præfixa eſt cruci ſalutiferæ, in alio loco latine dicitur titulus. Cauſa quidem Matth. 27. καὶ ἐπέθηκαν ἐπάνω τῆς κεφαλῆς αὐτοῦ τὴν αἰτίαν γεγραμμένην. Titulus Ioann. 19. Ἔγραψε δὲ καὶ τίτλον ὁ Πιλάτος. Et rectiſſime Theophilus noſter in *§. ſeq. Inſtit. de interd. ait;* Τίτλον εἶναι τὴν τῆς διακατοχῆς αἰτίαν: *Titulum eſſe cauſam poſſeſſionis*, veluti emptionem, donationem, legatum, dotem, hereditatem, quam gloſſa hic vocat cauſam remotam, cauſam ſcilicet poſſeſſionis, cauſam

ſam traditionis, quod idem eſt. Traditionem vero ipſam eſſe cauſam proximam, & de vtraque cauſa verboſe conſcribit, quæ neque ſunt in iure, neque ex iure. Poſſeſſionis autem ſunt plures cauſæ, veluti quum quis rem alienam a non domino bona fide emit & vſucepit eam rem, & pro ſuo poſſidet, quia vſucepit, & pro emptore, quia emit, etiam poſt vſucapionem, *l. 1. in fine, infr. pro ſuo.* Denique eam rem poſſidet pro ſuo, & pro emptore: pro ſuo, quaſi quæſitam vſucapione ex 12. tabul. Dominium autem habet vſucapionis iure duntaxat, non etiam emptionis aut traditionis factæ a non domino. Et ſimiliter, qui heres extitit ei, qui pro emptore poſſidebat ex emptionis cauſa, & pro emptore poſſidet, quo iure defunctus poſſedit, in cuius ius omne ſuccedit: & poſſidet etiam pro herede, id eſt, iure hereditario. Dominium autem eius rei habet iure tantum hereditario. Denique dominium ex vna tantum cauſa contingere poteſt, poſſeſſio etiam ex duabus. Nec obſtat *l. 4. C. de cont. empt.* quæ ait, *duplicari non poſſe titulum poſſeſſionis*, quoniam, vt ibi gloſſa ſentit recte, & quæ ſequuntur etiam in ea lege, demonſtrant, ſub nomine poſſeſſionis illo loco, non poſſeſſio nuda ſignificatur, id eſt, vſus quidam rei, ſed dominium, quod per poſſeſsionem contingit, id eſt, effectus poſſeſsionis, vt & alias in *l. 1. §. item adquirimus*, docui accipi poſſeſsionem pro vſucapione, ſiue pro adquiſitione dominij per vſum, per poſſeſsionem. Et ita etiam vſus, id eſt, vſucapio, *l. deducta §. ante, in fine inf.* Vſus & caſus, inquit, vſus, id eſt, vſucapio. *Caſus*, id eſt, damnum fatale; vel quod idem eſt, vſus, id eſt, deminutio, caſus, id eſt, deperditio, ex *l. deperditam, de pet. hereditat.* Non eſt omittendum, eandem hac in re eſſe rationem poſſeſsionis & obligationis, nam & deberi nobis eadem res poteſt ex pluribus cauſis, ex pluribus obligationibus, id eſt, ex pluribus obligationum cauſis, vt *l. 14. §. penult. de except. rei iudic. l. 168. de reg. iuris.* Tria ſunt duntaxat, quæ adquirimus (non eſt quartum) vel dominium, vel poſſeſſio, vel obligatio. Et dominium ex vna cauſa tantum, cætera etiam ex pluribus.

Ad §. Ex contrario.

PLures, vt dixi, poſſunt eſſe cauſæ poſſeſsionis eiuſdem rei, dominij vna tantum. At ex contrario, vt nunc docet in hoc §. neque poſſeſſores, neque domini eiuſdem rei plures eſſe poſſunt, ita ſcilicet, vt ſinguli ſint vel poſſeſſores, vel domini pro ſolido. Quod etiam oſtenditur in *l. 5. §. ſi duobus, commod. & l. penult. §. pater, de caſt. pecul.* & *l. 141. §. 1. de regulis iuris.* Et fuit hæc Proculianorum ſententia, quæ obtinuit hac ratione, quia contra naturam eſt, vt cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris, ſine qua detentione corporali, nec ciuilis poſſeſsio exiſtere poteſt, vel acquiri. Et obtinuit Proculianorum ſententia generaliter: puta, neque duos poſſe in ſolidum eandem rem poſsidere ciuiliter: neque duos naturaliter: neque vnum ciuiliter, alterum naturaliter, neque vnum iuſte, neque alterum iniuſte: neque etiam vnum bona fide, alterum mala fide. Contra vero Sabiniani (nam de [illegible] re varie diſputatum fuit) ſtatuebant, vnius rei pro ſolido duos poſſeſſores eſſe poſſe, & exemplo vtebantur precarij. Nam & poſsidere eum dicebant, qui precario rogaſſet, vt ſibi quid poſsidere liceret: & eum quoque, qui precario dediſſet: vnum poſsidere corpore, alterum animo: vnum naturaliter, alterum ciuiliter. Quod & a Pomponio, qui Sabinianus fuiſſe videtur, relatum eſt in libris ad Sabinum, *l. & heredi. §. eum qui de precario.* Et vtrumque, inquit, iuſte poſsidere. Nam & precaria poſſeſsio iuſta eſt, *l. 7. §. inter prædones, comm. diuid.* Verius tamen eſt, eum poſsidere ſolum, qui precario dominum rogauit, vt ſibi rem eius poſsidere liceret quia dominus ei poſſeſsione ceſsit, qui precibus eius locum dedit. Et quod dicitur *in §. eum qui*, vt docui, eſt ex ſchola Sabinianorum. At Trebatius etiam Sabino quodammodo conſentiens dicebat, poſſe alium iuſte, veluti dominum, alium iniuſte, veluti prædonem, poſsidere rem eandem pro ſolido, quod etiam proponitur in *l. 3. vti poſſidetis*, ſed dubitanter, atque adeo ſupponitur magis, quam proponitur. *Si quis*, inquit, *proponeret poſſeſſionem iuſtam & iniuſtam, ego poſſideo ex iuſta cauſa adquirendi dominij: tu vi aut clam.* Si quis ergo ita proponeret in perſona duorum poſſeſsionem, in vnius iuſtam, in alterius perſona iniuſtam, in vtriuſque pro ſolido, ſi quis hoc proponeret, veluti hic Neratius, quod & Trebatius propoſuit, quod tamen nos neque admittimus, neque approbamus. Nam etſi Titius, quæ eſt ſpecies *d. l. 3.* vi aut clam a me poſsideat, vel ab alio ſolus ipſe poſsidet, licet eum a me vi aut clam poſsidet, id eſt, cum me mea poſſeſsione vi aut clam euertit, ſuperior ſum in interdicto vti poſsidetis, quaſi poſſeſſor, tametſi poſſeſſor non ſim, tuendus tamen ſum tanquam poſſeſſor, non quia poſſeſsionem habeo, quam nec habeo, ſed quia habeo interdictum vnde vi, vel interdictum de clandeſtina poſſeſſione, quo recuperare amiſsam poſſeſsionem poſsim, *l. 17. in princip. hoc tit. l. 7. §. Iulianus, communi diuid.* Idem tamen Trebatius, vt in hoc §. oſtenditur, qui admittebat duos poſſeſſores eiuſdem rei in ſolidum, vnum iuſtum, alterum iniuſtum, negabat duos iuſtos, aut duos iniuſtos poſſeſſores eſse poſse eiuſdem rei in ſolidum. Quod etiam extat in *l. duo, de precario*, quem tamen merito reprehendit Labeo princeps Proculianorum: non quod dixerit duos iuſte vel iniuſte poſsidere non poſse, quia hoc eſt veriſsimum, hoc Proculiani maxime volunt: Sed cum negaret duos iuſte, vel duos iniuſte poſsidere poſse, in eo reprehenditur, quia non negauit etiam eum iuſte, alterum iniuſte poſsidere poſse. At reprehenditur hac ratione, quia: *In ſumma*, inquit, *poſſeſsionis*, Baſilica, εἰς τὸ σύμπαν τῆς κατοχῆς, *Non multum intereſt iuſte quis, an iniuſte poſsideat*; quoniam ſiue iuſte ſiue iniuſte poſsideat, vtique ſemper poſſidet ſolus. At iniuſte, dices, poſsidet. dicam, poſsidet tamen, vt de ſententia iudicis dicitur, at male iudicauit: iudicauit tamen. Quoquo igitur modo quis poſsideat, vtique poſsidet, & quidem ſolus. Vnde ſi duo iuſte vel duo iniuſte poſsidere non poſsint, quod & Trebatius dixit, non poterit etiam vnus iuſte, alter iniuſte poſsidere, quod tamen Trebatius dicebat. Et vt tandem concluditur in hoc §. *non magis eadem poſſeſsio apud duos eſſe poteſt in ſolidum: quam vt tu ſtare videaris in eo loco, quo ego ſto: vel in eo quo ſedeo, tu ſedere videaris.* A qua re ſiue actu corporali ſane omnis poſſeſsio incipit, & conſiſtit ab initio ſiue naturalis ſiue ciuilis. Vnde & in ſpecie *l. clam. §. vltimo, hoc titulo*, quæ hoc loco nobis explicanda eſt, propterea quod de ea diſceptent doctores inter ſe plurimum, in ſpecie, inquam, illius *§. vltimi, l. clam, hoc titulo*, Doctores male ſtatuunt, vnum poſsidere naturaliter, alterum ciuiliter: nam qui ad nundinas proficiſcitur, de quo ibi agitur, ſuorum nemine domi relicto, qui corpore ſuo diſceſsit a poſſeſsione, nec eam retinuit alieno corpore, per ſeruum puta, per colonum, animo quidem ſolo retinet poſſeſsionem. non adquiritur ſolo animo, ſed retinetur ſolo animo; animo ergo retinet poſſeſsionem. Sed ſi dum redit a nundinis, dum eſt in itinere, alius furtive ingreſſus ſit in poſſeſsionem, vbi id ipſe reſciuerit, iam non ipſe animo retinere, ſed animo potius amiſiſſe poſſeſsionem videtur. Quis enim eſt, qui non deſpondeat animum, vel abiiciat potius, cum intelligit poſſeſſionem ab alio occupatam eſſe? Ergo ſtatim atque intellexit alium furtive ingreſſum eſſe poſſeſsionem, ipſe animo ſolo deſinit poſsidere. Nam & animo ſolo amittitur poſſeſsio, & ille clam poſsidere incipit, vel etiam vi, videlicet ſi reuertentem dominum ad prædium ſuum, prohibuerit nec admiſerit, *l. 1. §. ſiue autem, de vi & vi arm.* Itaque non efficies ex illo §. duos poſſeſſores, vnum naturalis, alterum ciuilis poſſeſsionis.

Ad §. In amittenda.

DOcuit iam ab initio huius l. 3. possessionem non adquiri solo animo, quia naturali adprehensione opus est. Nunc quoque docet eam amitti solo animo & adfectione sola: non eandem esse rationem adquirendæ & amittendæ possessionis, non adquiri solo animo, vel solo corpore, amitti tamen solo animo, quo modo etiam distare possessionem a dominio in *l.* 17. ostenditur §. 1. *inf. hoc tit.* nam dominium non amitti solo animo, *l. ius agnation. de pact.* Si dico rem illam, quæ mea est, nolle meam esse, non amitto eius rei dominium: nuda voluntate non amittitur dominium, sed facto aliquo opus est: nudo pacto, nudo consensu non amittitur dominium, *l.traditionibus,C.de pactis.* Et hæc confirmantur etiam *l.*20. *de opt. leg.* Sed dominium amittitur certis quibusdam, & legitimis modis, non temere, non fortuito: Possessio autem amittitur solo animo. Itaque statim atque nolo fundum possidere, etiamsi adhuc fundo corpore insistam, possessionem amitto; & si nomine alieno eam deinceps possidere volo, is cuius nomine eam possideo, eam possidet, non ego, *l. quod meo, in princ. inf.* Retinetur etiam possessio solo animo, videlicet si alius fundo insistat suo corpore, quod proponitur in fine *huius §.* Retineo possessionem solo animo, licet in fundo alius sit, quem ibi perperam Accursius ait possidere naturaliter, quod esse non potest, vt scilicet & ego possideam & ille. Est quidem in fundo, vt ait, est in possessione corpore tenus, sed non possidet tamen, quamdiu viget in me animus possidendi, nec labascit vlla suspicione, vllave opinione ab alio apprehensæ possessionis, *l. quamuis, inf. hoc tit.* Vbi eleganter *ignoranti non tolli possessionem*, quæ solo animo retinetur: scienti tolli, vbi resciuit alium ingressum esse possessionem; quæ scientia facit, vt dilabatur animus possidendi & effluat. Cæterum ignoranti non tollitur; imo retinetur, quantumuis licet alius sit in possessione. Et confirmatur sententia huius §. multis aliis locis, *l.*1.*§.quod vulgo, de vi & vi arm.l.licet hoc tit. de adquir. possess. l.* 1. *§. si vir. l.peregre §.vlt.l.si is qui animo,l. qui vniuersas §. pen. hoc tit. & in hac l. §.saltus.* Confirmatur etiam eo, quod sequitur statim in hac *l.§.si quis nuntiet.* possessorem, cui nuntiatum est, domum suam a latronibus captam, si timore conterritus, dum veretur vim maiorem, non accesserit, animo amittere possessionem. Quod & in *l.* 7. *inf.* proponitur ex hoc ipso libro Pauli 54. & coniungendum cum hoc §. Vtrumque, id est, siue eam domum corpore non possidebat, siue possidebat per seruum, aut colonum, animo solo amittit possess. intelligit eas ædes occupatas esse a latronibus. Quis hoc intellecto non deponat animum possidendi? Neque enim animus possidendi est fictio quædam animi, sed credulitas animi, atque persuasio certa. Restat in hoc §.*in amittenda, & seq.* possessionem retineri solo animo, possessionem, etiam amitti solo animo, cui etiam statim obiicitur *l.*8. *inf.* quæ, vt nulla possessio adquiritur, nisi corpore & animo, ita ait, *nullam amitti, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est,* id est, nisi animo etiam & corpore. Quo in loco explicando, qui facile expediri potest, fere æuum interpretes consumpserunt. Sed ad illum locum addi oportet temperamentum, quod facit articulus *fere* in *l. fere*, in *l.*153.*de regul. iuris.* In qua eadem verba repetuntur ab eodem Paulo *lib. seq.* Itaque & in *l.* 8. illud *fere* supplendum est, quemadmodum adquiritur, ita & amittitur possessio. Recte *fere*, quia non omnino certe vt adquiritur, ita & amittitur possessio. Nam & si non amittitur corpore solo, nisi concurrat etiam animus deponendæ possessionis, quia animo solo retinetur, & si igitur non amittatur corpore solo, nisi concurrat etiam animus, quo modo recte Ioannes censuit accipiendam esse *l.* 8. *& d.l.*153. tamen solo animo amitti potest, etiamsi de prædio corpore non discedam. Et recte Græci interpretes ἀπόκτησιν, id est amissionem possessionis, esse εὐκολωτέραν & ἁπλουστέραν, faciliorem & simpliciorem. Verum ne fallamur, hæc dicimus tantum de possessione, quam per nosmetipsos possidemus, hanc amittimus nudo animo: sed quam per alios possidemus, veluti per seruum, aut colonum, eam profecto non amittimus solo animo. Quod explicabimus *in §. seq.*

Ad §. Quod si seruus.

IAm in *§. in amittenda*, tractaui de amittenda possessione, quam etiam amitti fusius docui animo solo, non etiam corpore solo, quia retineri potest animo solo & retentioni aduersa est amissio. Etiam adieci, quod dicitur animo solo amitti possessionem, id verissimum esse in ea possessione, quam per nosmetipsos possidemus, non etiam in ea, quam possidemus per alios, veluti per seruum, per colonum, per inquilinum, per procuratorem, hanc enim possessionem retinemus, non amittimus, etiamsi velimus amittere, aut si eius amittendæ animum susceperimus, quamdiu videlicet is seruus, vel colonus, nostro nomine est in possessione. Denique quamdiu seruus meus, vel colonus meus meo nomine est in possessione fundi, etiamsi abiecero animum possessoris, fundum possideo: & quamdiu igitur alius non est ingressus possessionem, deiecto seruo meo vel colono, *l. peregre §. vlt. inf. hoc tit.* Idque verum est, si quis vi me deiecerit de fundo, seruum autem meum vel colonum non deiecerit, quia per seruum retineo possessionem, vel per colonum, qui vi deiectus non est, *l.* 1. *§. non alij, de vi & vi arm.* At si seruus quoque meus, vel colonus, vel procurator deiectus fuerit, vel si res, quam mihi possidebat, ei erepta fuerit, vel etiam si ipse eius rei possessione me interuerterit, dum eam vult sibi habere, nec mihi restituere, hoc genere etiam ignorantes possessionem amittimus, *d. l. peregre §. vlt. & l. si rem mobilem, inf. l.* 1. *§. quod seruus, de vi & vi arm.* Hinc exoritur magna quæstio, Quid sit dicendum si seruus, vel colonus meus, qui meo nomine possidet, ab alio deiectus non fuerit, sed ipse sua sponte dereliquerit possessionem: vel etiam, quid si vita decesserit? Et si quidem vita decesserit, constat inter omnes me animo retinere possessionem, *l. si id quod §.* 1. *hoc tit.* Verum quæritur, an etiam si possessione discesscit, si possessionem dereliquerit, ego animo retineam possessionem? Et in *§. quod si seruus*, proponitur animo retineri possessionem siue seruus vel colonus, per quos corpore possidebam, discesserint, siue decesserint. Et certe, vbi possessione discessit colonus vel seruus, vbi prædio exiit, colonus, vel seruus non animo deserendæ possessionis, constat inter omnes possessionem non amitti, siue dominum possessionem non amittere, *l.si colonus, inf.hoc tit.* At quid si animus seruo vel colono fuerit deserendæ possessionis, vel prodendæ alij, vt alius eam ingrederetur, non tradendæ, sed prodendæ? Et hac in re fuit controuersia inter Iurisconsultos. Proculiani, si seruus vel colonus possessione discessit eius deserendæ causa, existimabant possessionem etiam hoc casu a domino aut animo domini retineri, nec amitti. Quod ostendit *l. quum quis, de dolo.* vbi & in eam rem nominatim citatur Proculus. Sabiniani vero putabant, amitti possessionem. Et ideo Pomponius ad Sabinum in *d. l. si colonus*, possessionem non amitti, *ait*, si non deserendæ possessionis causa colonus de fundo exierit, quia si deserendæ possessionis causa, Sabinus putabat possessionem amitti. Vnde & ex Iuliano, qui Sabinianus fuit, Africanus Iuliani discipulus, in *l. si de eo fundo §.* 1. *inf. hoc tit.* colono quidem vita decedente, qua de re constat inter omnes, possessionem, quam per eum dominus tenebat, non amitti, non interpellari, nisi eam dominus negligat, nec velit adipisci, vt ait hoc loco, aut nisi alius eam possessionem apprehendat sciente domino: colono tamen vltro possessione discedente, possessionem

possessionem amitti. Itaque quod proponitur initio huius §. animo retineri possessionem, siue seruus, vel colonus vita decesserit, siue possessione discesserit, etiam animo deserendæ possessionis, procul dubio est ex Proculianorum sententia, quæ hodie obtinuit & comprobata est constitutione Iustiniani, *l. vlt. C. eod. tit.* Quod autem sequitur *in hoc* §. *si alij tradiderim, amitto possessionem*, vt alias ostendi & probaui, manifesto corruptum est. Quid enim hoc est; *si alij tradiderim amitto possessionem.* Imo & si non tradiderim, quia animo solo amitto possessionem, statim atque ego constituo, me nolle possidere, possidere desino. Vnde legendum opinor, *at si alij tradiderint*, id est, si colonus vel seruus extraneo tradiderint possessionem, vt dixi sup. si decesserint vel discesserint, non amitti possessionem. Nunc ait; *At si alij tradiderint, amitti possessionem.* Hic igitur est sensus, possessionem non amitti hoc solo, quod seruus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, vel discesserint, sed si alij fundum tradiderint, si alij fundum vendiderint & tradiderint, tum possessionem amitti, & vsucapionem interpellari. Quod ostenditur in *l. non solum* §. *qui pignori, tit. seq.* At si non alij fundum tradiderint, sed vita decesserint, vel possessionem dereliquerint, aut desidia quadam, aut dolo malo, vt alij facultas esset ingrediendi, tunc animo retineo possessionem, quia, vt dixi, constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi deiecti fuerimus. Quæ postrema verba recte Accursius retulit ad priorem clausulam huius §. non ad proximiorem, non ad illam scilicet: *At si alij tradiderint, amitto possessionem.* Et sensus est apertus, possidere me fundum, quem per seruum aut colonum possidebam, etiam posteaquam vita decessit seruus vel colonus: vel postquam possessionem dereliquit, donec aut ipse voluntate mea discesserit, aut vi deiectus fuerit quod ita in Basilicis est breuiter expressum: Νομῆς ἢ προαιρέσει ἢ βίᾳ ἀναχωροῦμεν. *Possessione, aut voluntate & proposito animi nostri, aut vi recedimus.* Possessionem amittimus animo nostro, libero scilicet, aut vi: & animo quidem solo, vel etiam corpore si modo, vt ait *d. l. peregre.* §. *vlt.* eo animo inde digrediamur, ne possideamus: nec enim corpore solo possessionem amittimus. Sequitur in §. *si seruus.*

Ad §. Si seruus.

Amitti etiam possessionem serui, si is se diu gesserit pro libero, vt fecit Spartacus, cuius etiam meminit in hoc §. & Athenio, duces belli seruilis. Si ad idem exemplum, seruus se meus diu pro libero gesserit, seruum meum desino possidere, si modo & cum apprehensus erit, paratus sit subire & pati liberale iudicium: si modo paratus sit pro suo capite, pro sua libertate litigare: si ex libertate, in qua moratur, forte petatur in seruitutem a domino; hunc seruum, qui se domino aduersarium præparat, necesse est, vt dominus, qui hoc intelligit desinat possidere, & animo quidem solo. Idque etiam ostenditur in *l.* 15. §. *si seruus, tit. seq. & l. per eum, hoc tit.* Et hoc, vt apparet ex specie proposita, si ex libertate seruus petatur in seruitutem, si seruus diu fuerit in possessione libertatis, pro qua etiam iudicium pati, iudicio experiri paratus sit, aduersus eum, qui se dominum dicit. At ex diuerso, si ex possessione seruitutis, si cum possideretur tanquam seruus, in libertatem proclamauerit: vel vt, hic loquitur, reclamauerit, & liberale iudicium implorauerit, nihilominus iuste dominus eum possidet, tanquam seruum, inquit, donec liber pronunciatus fuerit, quia fuit in possessione seruitutis. Et hæc est sententia huius §. quæ pugnare videtur omnino cum his legibus, quæ probant post ordinatum liberale iudicium, eum, qui de suo statu litigat, in possessione libertatis constitui vindiciis datis secundum libertatem ex 12. tabul. & interim in omnibus haberi pro libero: nec igitur possideri ab eo, qui se dominum dicit, non tantum si ex possessione libertatis vindicetur in seruitutem, sed etiam quod magis est, si ex possessione seruitutis reclamet in libertatem, post ordinatam liberalem causam, interim loco liberi hominis habetur, & est in possessione libertatis. Hoc probat *l. ordinata, de liber. caus. & l. seruum* §. 1. *de procur. & l. is autem, ex quib. caus. mai.* Quod omnino videtur pugnare cum eo, quod ait in hoc §. eum, qui ex seruitute in libertatem proclamat, nihilominus a domino possideri, donec liber pronuntiatus fuerit. Sed ait, *eum animo possideri.* Dicendum igitur est, eum, qui ex seruitute adserit se in libertatem, licet post ordinatum liberale iudicium in possessione libertatis constituatur, & desinat possideri corpore domini, animo tamen possideri; vt ait hoc loco *donec liber pronunciatus fuerit.* Adeo hæc est vtilitas, vt contra, si seruus pronuntietur, interim per eum dominus adquisisse intelligatur quicquid stipulatus fuerit, vel per traditionem acceperit ex iusta causa. Itemque, vt interim cœptam eiusdem serui vsucapionem dominus impleſſe dicatur, vt *l. si cui* §. *licet, de liber. caus. l. serui* §. *vlt. de furt.* Iam sæpe docuimus supra vtilitatis causa non possessores haberi possessorum loco, vt non interrumpatur cœpta vsucapio, vel vt ne adquisitiones præripiantur, quæ obueniunt interim, dum seruus non possidetur, hoc colore scilicet. *quod animo retineat possessionem.* Atque ita finis huius §. atque etiam §. superioris hic est, vt ostendat animo solo retineri possessionem, qui etiam est finis, siue scopus §. *saltus*, ad quem transeo.

Ad §. Saltus.

Saltus hibernos & æstiuos, quos certis temporibus relinquere solemus vacuos, nullo ibi relicto seruo vel colono, interim dum sunt vacui, animo solo possidemus, animo solo retinemus, licet alius eos saltus nobis ignorantibus animo possidendi ingressus fuerit, hic enim non possidet, antequam resciuerimus eum ingressum possessionem animo possidendi. Ignoranti enim non tollitur possessio per alium quenquam, vel prædonem vel inuasorem, quæ solo animo retinetur. Et hoc ostenditur in *l. quamuis saltus, inf. hoc tit.* Exemplum est quod hic proponitur de saltibus æstiuis & hibernis. Sed idem quoque iuris est in cæteris prædiis, si forte ea relinquamus nullo in eis relicto ex hominibus nostris. Quod proponitur etiam in *l.* 1. §. *quod vulgo, de vi & vi arm.* Sed hoc frequentius euenit & apparet in saltibus, quos pecora depascuntur, non anno toto, sed parte anni tantum, vel æstate tantum. Hæc pascua possidemus animo solo, *l. si is qui animo, l. peregre* §. *vlt. inf. hoc tit.* Paulus 5. *sentent. tit.* 2. *Possessionem*, inquit, *nudo animo retinere possumus, sicut in saltibus hibernis æstiuisque contingit.* Eodem etiam loco idem Paulus iterat, quod & hic proponit statim, *nos possidere animo nostro duntaxat*, excepto vno casu, quem etiam in hoc §. subiicit. Corpore autem possidere promiscue, vel nostro, vel alieno, veluti (quo exemplo vsus est) per seruum, per colonum: Seruus enim nobis possidet suo corpore, non sibi, & colonus similiter nobis, non sibi, *l.* 1. *C. comm. de vsucap.* nec inter seruum aut colonum, per quem possidemus quicquam interest, vt ait *l. si id quod* §. 1. *hoc tit.* Colonus in fundo tantum esse dicitur, dominus autem possidere animo suo & corpore coloni, & corpore item coloni solo, quamdiu is nomine domini in fundo est, licet dominus abiecerit animum possidendi, vt si vi deiectus dominus fuerit, non etiam seruus, aut colonus, quod initio ostendi. Colonus, inquam, in fundo est, dominus autem possidet. Quam in rem facit optime lex 6. §. *is qui rogauit, de precar.* M. Tull. pro Cecinna: *Cesennia*, inquit, *possidebat, cum erat colonus in fundo.* Loquitur proprie, vt nostri auctores, & ex nostris etiam auctoribus, *cum erat colonus in fundo.* Vnde & in §. *in amittenda in fi. sup.* Sed & si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, puta te ignorante, adhuc possides solus: ni-

mirum, quia is, qui in fundo eſt, non poſſidet, qui in poſſeſſione eſſe dici poteſt. Sed aliud eſt eſſe in poſſeſſione, aliud eſſe poſſeſſorem: vt aliud eſt eſſe in ſeruitute, aliud longe ſeruum eſſe. At ſciendum eſt, quod & in hoc §. proponitur, vnum tantum eſſe caſum, de quo & iam ſupra dixi ſatis, & in *l.* 1. §. *item adquirimus.* Quo caſu etiam animo alieno poſſidemus, puta, animo ſerui noſtri, aut filiifamil. ex cauſa peculiari ignorantes: nec enim id, quod ſeruus meus parat, ſiue comparat nomine peculij, quamuis ei peculium habere permiſerim, id animo meo poſſideo: id animo meo non poſſideo, ſi neſcio quam rem parauerit. Et qua ex cauſa, ſi ſeruum certam rem emere iuſſero vel filiumfam. vel etiam procuratorem, eamque emerit, & ſibi traditam meo nomine acceperit, videor quidem animo meo nactus poſſeſſionem, quia certam rem deſignaui, deſtinaui, quam meo nomine apprehenderet. At ſi generaliter permiſi habere peculium, conquirere, parare peculium, nec ſciam quid parauerit, quoue titulo, non poſſum videri animo meo poſſidere rem quam neſcio, & cuius etiam cauſa ſiue titulus obtinendæ non cadit in animum meum. Ex quo ſequitur, in cauſa peculiari ignorantes dominos poſſidere non tantum corpore, ſed etiam animo alieno, ſed nullus tamen eſt alius caſus ſimilis.

Ad §. Nerua filius.

NErua filius ait, in libris ſcilicet de vſucapion. vt conſtat ex *l. ſi rem mobilem, inf. hoc tit.* ait ſiue definit, res mobiles eatenus a nobis poſſideri, quatenus ſub cuſtodia noſtra ſunt, quod & ſupra §. *Neratius* indicat, in fine. Id vero ita Paulus interpretatur hoc in loco, id eſt, *quatenus ſi velimus naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſumus*, id eſt, quatenus in præſentia noſtra ſunt, & a nobis manu prehendi poſſunt. Vt ecce pecus, quod aberrauerat, & ſi non deſinat eſſe meum, *l.* 1. *de abig.* confeſtim tamen, atque aberrare cœpit, id poſſidere deſino, quia non eſt ſub cuſtodia mea, quia effugit cuſtodiam meam. Et ſimiliter vaſis, quod mihi excidit forte demerſum in flumen, ita vt non inueniatur, dominium quidem retineo, at poſſeſſionem amitto, quia deſiit eſſe ſub cuſtodia mea, *l. Pomponius, in princip. inf. hoc tit.* Et generaliter, rem mobilem, quam ita poſsidemus, vt ignoremus vbi ſit, non poſſidemus, *l. ſi id quod, in princ. inf. hoc tit.* Quo genere etiam animo ſolo amittimus poſſeſſionem. Vix enim eſt, vt habeamus animum poſſidendi id, quod ignoramus vbi ſit, idque plane deſinimus poſsidere, quamuis a nullo tum poſsideatur, vt ait hoc loco, & in *d. l. ſi rem mobilem*, quamuis eam rem nemo alius inuaſerit. Longe eſt alia ratio rei immobilis, nam rem immobilem, quæ ab alio non poſsidetur, non deſinimus poſsidere, quamdiu habemus animum poſsidendi: res immobilis ſemper patet nobis: res immobilis ſemper eſt in propatulo, atque in præſentia noſtra eſſe, & quaſi ſub cuſtodia noſtra eſſe ſemper videtur. Vnde & ſi res mobilis ſit in præſentia, veluti in domo noſtra, quamuis non inueniatur, quia poteſt inueniri, ſi diligenter perquiratur; quia, inquit, præſentia eius rei eſt, id eſt, quia præſens ea res eſt, non procul a nobis. Eſt enim in domo noſtra, hoc ſcimus, ſed eam quærimus, ideo & eam poſsidere videmur. Porro rerum mobilium appellatione, de quibus eſt definitio illa Neruæ, continentur etiam homines, id eſt, mancipia, *l.* 15. §. *ſuffic. de vſufr.* Et ideo a definitione Neruæ hoc loco excipiuntur homines. Nam & ſeruos poſſidemus, qui non ſunt ſub cuſtodia noſtra, veluti ſeruos, qui ſunt in fuga, quos ſatis liquet, non eſſe ſub cuſtodia noſtra, poſſidemus, ſi neque ab alio, dum poſſideantur, neque ſe pro liberis gerant, paratique ſint pro ſua libertate litigare, vt diximus in §. *ſi ſeruus.* Et definitur in *l. pereum* §. 1. *inf.* ſeruos qui ſunt in fuga, qui non ſe gerunt pro liberis, vel potius, qui diu non ſunt morati in libertate, & qui etiam ab aliis non poſsidentur, vt eos intelligamur poſsidere, licet cuſtodiam & poteſtatem noſtram euaſerint, vtilitatis ratio ſuaſit, ne ſit in poteſtate ſeruorum per fugam poſſeſsione ſui dominium interuertere, qui nec vllius rei poſſeſsione dominium ſubuertere poſſunt, *l. Pomponius in princ. & l. rem quæ nobis, inf. hoc tit.* Cæteros etiam ſeruos, qui non ſunt in fuga, qui forte ſunt peregre in prouincia quadam longinqua, quamuis non ſint ſub cuſtodia noſtra, poſſidemus, quia animum habent reuertendi ad nos, nec ſeipſos furati ſunt, vt fugitiui, qui ſeipſos furari dicuntur & ſubtrahere dominis. Itaque qui non ſunt fugitiui, ipſi nobis poſſeſsionem ſui conſeruant propoſito reuertendi. Quod & ita eleganter *Papinianus in d. l. ſi rem mobilem* ſcribit: *Homo propoſito redeundi, domino poſſeſſionem ſui conſeruat*: Ex qua lege præterea notanda eſt alia differentia inter res mobiles & immobiles. Ignorantes non deſinimus poſsidere rem immobilem, licet alius poſseſsionem ingreſſus ſit, *l. quamuis,* 46, *hoc tit.* Ignoranti non tollitur poſſeſsio, quæ ſolo animo retinetur, excepto vno caſu tantum: ſi eam alieno corpore poſsideamus, per ſeruum puta, vel colonum, & ſeruus vel colonus nobis ignorantibus vi detruſus ſit poſſeſſione, *l. peregre* §. *vlt. hoc tit. l.* 1. §. *quod ſeruus, de vi & vi armata.* At, quæ eſt alia ſpecies, ſi colonus, qui nobis fundum poſſidebat, conſtituerit eum ſibi poſsidere lucri faciendi cauſa, nec deinceps domino penſionem exſoluerit, dominus, ſi hoc ignorauerit, fundum poſsidere non deſinit, quia colonus non potuit ſibi ſolus cauſam poſſeſsionis mutare, non potuit ſibi alium poſſeſsionis titulum fingere aut fabricare, *l.* 5. *C. eod. tit. l.* 2. § 1. *inf. pro her.* Scientem dominum puto deſinere poſsidere, ſi ſciuerit colonum inuaſiſſe coloniam, id eſt, fundum, quem mihi poſsidebat, *l. rem quæ nobis, inf. hoc tit.* Multoque magis, ſi fundum colonus alij vendiderit tanquam ſuum, & tradiderit, quo caſu & fundi furtum fieri Sabinus dicebat, vt eſt relatum a Gellio in fine libr. 11. Et verum quoque eſt hoc caſu, dominum poſſeſſionem amittere, vt confirmaui *ſup. ad* §. *quod ſi ſeruus.* In re mobili aliud dicendum eſt, nempe ſi rem mobilem apud te depoſitam, vel tibi a me commodatam tibi poſſidere, neque mihi reſtituere conſtitueris, confeſtim etiam ignorantem me amittere poſſeſſionem, quia res deſiit eſſe ſub cuſtodia mea, cuius poſſeſſione me depoſitarius vel commodatarius interuerterit: & rem mobilem eatenus duntaxat poſſideo, quatenus ſub cuſtodia mea eſt, ita vt cum mihi libuerit, eam prehendere poſſim. Et hoc comprobat *d. l. ſi rem mobilem, &* §. *ſi rem, inf. in hac l.* Sequitur §. *item feras.*

Ad §. Item feras.

IN ſuperiori Neruæ definione rerum *mobilium* appellatione homines quidem non continentur. Itaque brutorum quoque animalium poſſeſsio omiſſa cuſtodia, vel neglecta cuſtodia eorum animalium, confeſtim amittitur, vt & cæterarum rerum mobilium, quæ anima carent, *d. l. ſi rem mobilem.* Retinetur autem eorum animalium poſſeſſio, quandiu ſub cuſtodia noſtra ſunt, exempli gratia, feras beſtias poſſidemus, quas viuariis incluſimus, vt ait hoc loco. Viuaria, quæ & roboraria veteres appellabant, quod tabulis roboreis munirentur, ſepirentur. Et viuaria ita Procopius definit 1. *de bello Gothico.* Τείχωμα βραχύ· ὅπως δὴ λέοντάς τε, καὶ τ᾽ ἄλλα κατ᾽ ἕκαστα θηρία, καθειργμένα ζῶντα ἐπιφυλάττοιεν, διό τι καὶ τὸ βιβάριον ὠνόμασαν. Vtitur nomine latino. *viuarium.* ait eſſe maceriam breuem, intra quam leones & aliæ feræ beſtiæ incluſæ, viuæ ſeruantur, a qua re & viuarium, inquit, nominatur. Ideo & καθειργμένα ζῶντα. Feras igitur viuariis incluſas poſſidemus, quia ſunt ſub cuſtodia noſtra: feras autem, quæ in ſyluis vagantur, non poſsidemus, quia relictæ ſunt in naturali libertate, nec ſunt ſub cuſtodia noſtra. Alioquin, inquit, quod notandum, emptorem & poſſeſſorem fundi ſequerentur, quem non ſequuntur. Ergo feræ incluſæ viuariis ſequuntur emptorem fundi. at quæ in ſyluis vagantur non ſequuntur emptorem fundi, quod & verum eſt, vt hic locus oſtendit, etiamſi ſyluæ circumſeptæ ſint, vt fit, foſſa forte vel aggere, aut virgultis, aut ſpinis, & vaccetris, aut ex arboribus truncis demiſsis

missis in terram. Nam illud sepimentum nihil bestiarum naturali libertati officere videtur, aut bestiarum naturalem libertatem minuere non videtur. Et simili modo pisces, quod & hic tractat Paulus, quos in piscinas coniecimus, posside mus: non etiam pisces, qui sunt in lacu vel stagno nostro. Hi igitur, qui sunt in lacu vel stagno, non sequuntur emptorem fundi. Illi, qui in piscinas a nobis coniecti sunt sequuntur emptorem fundi. Hoc est consequens superioribus, quæ dicta sunt de feris bestiis: Eadem est enim ratio piscium, quæ illarum. Quid ergo est quæso quod ait *l. fundi, de act. empt.* pisces, qui sunt in piscina, non esse fundi, non magis, quam pullos, aut cætera animalia, quæ sunt in fundo vendito: ergo non sequi emptorem fundi: puto, *piscinam* ibi accipiendam esse pro *lacu vel stagno*, vt apud Gellium *lib.* 2. *cap.* 20. legimus, lacus & stagna suo atque proprio nomine piscinas nominari. In hoc autem §. *item feras*, piscinæ sunt viuaria: nam & *viuaria* dicuntur de piscibus, etiam in idiotismo nostro, in quæ pisces coniectos includimus.

Ad §. Aues.

SEquitur in hoc §. *Aues* similiter cauea inclusas, vel mansuefactas & custodiæ nostræ subiectas, a nobis possideri, itemque columbas & apes, quæ ex consuetudine auolare, & reuolare solent, etiam eo tempore, quo manus & oculos nostros effugiunt, licet fera sit earum natura, a nobis possideri, quia & hæ aues hominum exemplo, proposito reuertendi ad nos, possessionem sui nobis conseruant. Itaque & hæ aues sunt excipiendæ a definitione Neruæ, sicut & homines.

Ad §. Labeo.

SEquitur in hoc §. amitti possessionem eius loci, & quidem videri amitti animo, quem mare aut flumen occupauit, non minus, quam si prædo me deiecto, aut hominibus meis deiectis, eum fundum occupauerit. vt *l. qui vniuersas §. item quod a mari, inf. hoc tit.* Et adde, amitti etiam eius loci dominium inundatione maris aut fluminis, vt diserte scriptum est in *l. si ager, quib. mod. vsufr. amitt.* quod tamen Accursius hic negat, perperam in sententiam suam adducta *l. adeo §. insula, sup. tit. prox. in fi.* Imo ille locus dominium inundatione amitti significat, dum restitui dominium ait, eodem impetu aqua recedente, quo venerat. amitti igitur & postea restitui. Denique amitti non possessionem tantum inundatione, sed & dominium. Et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. Si rem.

IS, cui rem commodaui, vel apud quem rem deposui, si furandi animo eam rem contrectauerit, id est, loco mouerit vt hic §. indicat, *contrectare, vel attrectare* scilicet esse *loco mouere*. Et etiam significat §. *Neratius, sup.* si, inquam, depositarius eam rem furandi animo contrectauerit, statim eam desino possidere, non minus, quam si mihi vi erepta esset, quod etiam ostendit, *l. rem a nobis, & l. si rem mobilem, inf.* Sed si depositarius vel commodatarius eam rem non contrectauerit, licet inficiandi depositum animum habeat, non desino eam possidere, ideoque nec eius rei furtum fecisse intelligitur. nam & inficiatio ipsa furtum non est, *l. infitiando, de fur.* Inficiari est depositum nolle reddere. *l.* 13. *de poss.* Quintil. decl. 245. *Inficiari*, inquit, *est depositum nolle soluere.* Vnde in *d. l. si rem mobilem*, cum ait; Depositario constituente sibi rem possidere neque reddere: dominum statim desinere possidere, quasi amissa custodia. necesse est vt ponamus inficiationi depositarij etiam contrectationem accessisse. Quod & Ioannes posuit recte. Furtum, quod & contrectatio esse definitur fraudulosa & interuersio possessionis, non fit animo solo sine contrectatione. Quod omne ex prudentia veterum traditur, in hoc §. *si rem.* Vnde & in §. *sequenti, illud quoque a veteribus*, inquit, *præceptum est*; quia & id quod est in superiori §. a veteribus est. Quid vero in hoc §. *illud*, proponit nobis ex veteribus? Hanc scilicet regulam iuris certissimam: *neminem sibi ipsum causam*, id est, *titulum possessionis mutare posse*, vt & ex veteribus traditur in *l. qui bona §. vlt. inf. & l.* 5. *C. eod. & l. non solum §. quod vulgo, tit. seq. & l.* 2. §. 1. *pro her.* exempli gratia, depositarius vel commodatarius, qui domino possidet, non sibi, non potest lucri faciendi causa, id est, furti faciendi causa inducere animum, instituereve, ita vt dicat, *Se sibi possidere pro herede, aut pro bonorum possessore*, at voluntate domini, si ab eo heres instituatur, & moriatur dominus, sane potest possidere pro herede: voluntate domini potest possidere pro emptore, vel pro donato, quia non ipse videtur sibi mutare causam possessionis, quia nec ante possidebat sibi. quæ ratio redditur hoc loco, atque etiam in *d. l. non solum §. quod vulgo*, sed dominus ei mutat causam possessionis: non ego, sed alius mihi titulum, qualis qualis possessionis meæ mutare, eumque meliorem, aut iustiorem facere potest. Restat tantum §. *vlt.* quem explicabimus proxima recitatione.

Ad §. vlt.

IN *leg.* 3. *de adquir. vel amitt. poss.* restat adhuc §. vlt. qui est de causis possessionum. Paulus, quum satis dixisset ante de adquirenda & retinenda siue reseruanda & de amittenda possessione, quæ tria sunt, in quibus rectissime dicitur in *leg. vlt. de leg.* totum ius consistere: & in eo tractatu miscuisset etiam aliquid de causis possessionum, vt in §. *ex plur. & in §. prox. sup.* ad extremum docet, genera possessionum, genera causarum siue titulorum, quibus adquiruntur & nituntur iustæ possessiones, tot esse, quot sunt iustæ causæ adquirendi dominij: veluti pro emptore, causa est siue titulus iustus adquirendi dominij, & adquirendæ possessionis: emptio sc. iusta est causa dominij & possessionis adquirendæ per traditionem, si dominus rem suam vendiderit, & emptori tradiderit: vel per vsucapionem, si non dominus rem alienam vendiderit, & emptori bona fide accipienti tradiderit. Item pro donato, pro herede, pro dote, pro noxæ dedito. Nam & donatio & dos iusta est causa acquirendarum rerum; itemque hereditas, quæ ex testamento, vel ab intestato defertur, & noxæ deditio, si seruus, qui noxam nocuit, nolente domino pro eo subire æstimationem litis. Sunt & alij infiniti tituli & iusti tituli, vt indicat *l. vlt. pro suo.* Veluti titulus pro bonorum possessore, qui similis est titulo pro herede, & titulus pro legato. Nam & legatum iusta est causa adquirendi dominij, & consequenter adquirendæ possessionis, & titulus *pro derelicto, titulus pro soluto, pro adiudicato*, si iudicio communi diuidundo rem communem vni ex sociis adiudicauerit iudex in solidum. Et similiter titulus *pro suo*: cuius tamen tituli, qui vocatur *pro suo*, duplex significatio est, cum cæterorum titulorum sit vna duntaxat, eaque specialis. At titulus *pro suo*, & generaliter & specialiter accipitur. Nam & cæteris omnibus titulis specialibus, generaliter titulus pro suo cohæret, *l.* 1. *pro suo.* Quod & Stephanus Græcus interpres notat *l. Proculus, de iure dot.* Cuius etiam interpretationem in latinum sermonem conuersam hodie habemus ab Herueto. Titulus etiam *pro suo*, accipitur specialiter, vt & in hoc §. demonstratur, & in *l.* 2. *inf. pro suo*, quæ etiam est ex hoc libro Pauli 54. eiusque interpretatio coniungetur huic §. Specialiter, inquam, hoc solo titulo, qui vocatur *pro suo* possidemus ea animalia, quæ mari, cœlo, terra capimus, piscatione, aucupio, venatione. Item, quæ in bello capimus. item quæ vt in rerum natura essent, nos ipsi fecimus: vt vestimenta, quæ fecimus ex aliena vel nostra lana, aut vina, quæ ex vuis nostris, vel alienis, quæ omnia nostra fiunt iure gentium: Item, quæ alluuione fluminum eodem iure nostra fiunt: titulo pro suo possidemus, non alio titulo. Item, quod additur in illa *l.* 2. quæ ex rebus possessis alieno nomine: veluti pro emptore, vel pro

herede, vel pro donato, quæ ex rebus, inquam, poſſeſsis alio titulo nata, eodem iure poſsidemus, quæ defuncti, aut venditoris, aut donatoris nunquam fuerunt, vt idem auctor recte ait *l. 4. §. fructus, tit. seq.* Ea, inquam, pro ſuo poſsidemus, non alio titulo, veluti fructus rei venditæ, aut donatæ, & fructus rei hereditariæ poſt emptionem, aut donationem, aut aditionem hereditatis ſatos vel productos atque redactos. Et ſimiliter, partus ancillæ venditæ, vel ancillæ hereditariæ, ancillæ, inquam hereditariæ, conceptos poſt venditionem, vel poſt aditionem hereditatis: hoc enim pro herede, vel pro emptore non poſsidemus, vel etiam hos pro donato non poſsidemus, quia donatione comprehenſi non ſunt, vel quia donationis tempore nondum erant. Quia igitur non iure hereditario, aut emptionis vel donationis cauſa, nobis obuenerunt, ſed iure gentium. (Quæ enim ex animalibus, aut rebus noſtris naſcuntur iure gentium noſtra ſunt, *§. item ea quæ ex animalibus, Inſt. de rerum diu.*) ſequitur ea nos pro ſuo poſſidere. Sequitur in hoc §. *Et in ſumma magis vnum genus eſt poſſidendi, ſpecies infinitæ.* Dixit initio plura genera eſſe poſſeſsionum, genera accipiens oratorum more pro poſſeſsionum ſpeciebus. Id nunc mutat, dum ait, *& in ſumma*, reſpiciens ad dialecticos. Hoc enim ait, *vnum potius eſſe genus poſſeſſionis*, id eſt, in ſumma poſſeſsionem eſſe genus. Pro emptore autem, pro donato, pro herede poſſeſsionem vel aliam cuiuſcunque tituli poſſeſsionem eſſe ſpeciem, vt ſupra eodem modo *ex §. ex contrario*, facta alia diuiſione poſſeſsionis in poſſeſsionem iuſtam & iniuſtam; id eſt, in poſſeſsionem bonæ fidei & poſſeſsionem malæ fidei, quę diuiſio fit etiam & proponitur in hoc §. *vlt.* Dixit, *In ſumma poſſeſſionis non multum intereſſe iuſte quis an iniuſte poſſideat*: quia ſcilicet poſſeſsio genus eſt, ſub quo tam iniuſta quam iuſta continetur. Ac proinde non minus poſſeſſor eſt, qui iniuſte, quam qui iuſte poſsidet. Verum non eſt omittendum inter iuſtam & iniuſtam poſſeſsionem hoc potiſsimum verſari interuallum, ſiue diſcrimen: quod iuſta poſſeſsio, vel eſt ciuilis; vt puta, ſi quis ex iuſta cauſa acquirendi dominij, eo animo rem poſsideat, vt credat ſe eius dominum eſſe, vel eſt naturalis, vt ſi quis non eo animo, non ea opinione poſsideat, id eſt, non animo domini, ſed longe alia mente cogitationeque, & huiuſmodi eſt poſſeſsio pigneratitia & poſſeſsio precaria, quæ & ipſæ ſunt iuſtæ poſſeſsiones, *l. 7. §. inter prædonem, commun. diuid. l. ſeruus depoſitus §. 1. de nox. action. l. quæcumque §. 1. de Publ. in rem act.* Iuſtæ, inquam, ſunt poſſeſsiones pigneratitia, & precaria, & bonæ fidei igitur: quia domini voluntate prehenduntur. Neque vero ſemper ſcientia rei alienæ fidem malam facit, *l. generaliter, de nox. action. l. qui ſolidum §. vlt. de leg. 2.* Sed hoc tantum facit conſcientia rei alienæ, vt poſſeſsio ſit apud nos naturaliter tantum, non ciuiliter: neque enim poſſumus animo domini poſsidere, quod ſcimus alienum eſſe. Qua ratione etiam poſſeſsio omnis iniuſta veluti clandeſtina, aut, quæ vi occupata eſt, nulla eſt ciuilis, quia nec fur, nec prædo iure animoque domini poſsidet. Eſt igitur naturalis tantum detentio quædam rei nullo iure poſſeſſæ: ſiue rei poſſeſſæ pro poſſeſſore, qui titulus ſemper eſt iniuſtus, quia qui ita poſsidet, non aliam poſsit adferre cauſam ſuæ poſſeſsionis, quam quod poſsideat.

Reprehenditur autem in hoc vltimo §. Quintus Mutius, qui inter ſpecies poſſeſsionum poſuit, ſi quando iuſſu magiſtratus rei ſeruandæ, id eſt, nominis ſeruandi cauſa, debitore latitante, & indefenſo, mittetur *creditor in poſſeſſionem bonorum debitoris*, vel etiam, ſi quando vicino non cauente damni infecti de vitio ruinave ſui prædij, quæ imminet, vicinus, cuius intereſt ex primo decreto mittetur in poſſeſſionem prædij damnoſi, vel etiam, ſi mulier, quam vir moriens prægnantem reliquit, ventris nomine mittetur in poſſeſsionem bonorum defuncti, vice bonorum poſſeſsionis contra tabulas, vel ſecundum tabulas, vel vnde liberi, quoniam hæ miſsiones in poſſeſsionem, poſſeſsionem non concedunt: ſed cuſtodiam tantum & obſeruationem rerum, ita vt qui mittuntur in poſſeſsionem, frequentius dicantur mitti cuſtodiæ cauſa, ne quid ex rebus pereat vel dilapidetur, *l. officium, de rei vindic. l. pen. §. creditores, uti poſſid. cap. pen. & vlt. ext. de eo qui mitt. in poſſeſſ. rei ſeru. cauſa, & cap. vlt. ext. vt lite non cont. non proc. ad rec. teſt.* Vbi quod Pontifices conſtituunt, id ſumpſerunt ex *l. pen. §. vlt. C. de præſ. 30. annor.* & ex gloſſa adſcripta tum illo loco, tum etiam in hoc §. vltimo, vt & pleraſque alias gloſſas, & ſæpiſsime ſine ratione, iuris auctoritate donauerunt. Eadem vero ratione etiam Pomponius aduerſus Q. Mutij ſententiam vſus eſt. Quia miſsio in poſſeſsionem, poſſeſſorem non facit, ſed cuſtodiam tantum opponit rebus, quod indicat *l. quum legati inſ. quib. ex cauſ. in poſſeſſ.* adhibita inſcriptione, nam illa lex eſt ex Pomponij libris ad Q. Mutium. Et vero miſsionem in poſſeſsionem ex primo decreto non facere verum poſſeſſorem Paulus hoc loco probat hoc argumento: quod ſecundo decreto opus ſit ad concedendã poſſeſsionem ei qui ex primo decreto miſſus eſt in poſſeſsionem ædium, pro quibus damni infecti non cauebatur, *ſi id longo tempore fiat*, vt ait hoc loco, id eſt, ſi duretur, ſi perſeueretur non caueri damni infecti, vt ait *l. 7. §. vnde, de vſufr. & lex 4. §. ſi forte, de damn. infec. ſi aliquandiu.* quod idem eſt, *res non defendatur, aliquandiu*, vt ait *l. ſi finita §. non autem, hoc tit.* qui locus comparatus cum hoc loco, id eſt, cum his verbis *§. vlt. ſi longo tempore fiat*, liquido demonſtrat longi temporis definitionem, verſari in cognitione & arbitrio prætoris, qui ſi iuſta ei cauſa videatur, quod aliquandiu res non defendatur, ſecundum decretum interponitur, quo qui primo miſſus tantum eſt in poſſeſsionem ædium, iubetur eas ædes poſsidere iure dominij, vt ait *d. l. 7. de vſufr. l. ſi finita §. poſtea autem, de damno infecto.* Secundo igitur decreto iubetur eas ædes poſsidere ciuiliter. ſi iure dominij, ciuiliter igitur. Et conſequenter etiam ei eas ædes tempore legitimo vſucapere permittitur, quæ vſucapio nunquam contingit ſine poſſeſſione ciuili, id eſt, quæ poſsideatur iure dominij, aut opinione dominij: non fuit igitur poſſeſſor ante ſecundum decretum, ſed fuit tantum in poſſeſsione cuſtodiæ cauſa. Ex poteſtate ſecundi decreti colligimus, quæ fuerit poteſtas primi: primo fuit in poſſeſsione, ſecundo fuit poſſeſſor iure dominij. aliud eſt fieri vel eſſe in poſſeſsione, longe aliud poſsidere, *l. 10. §. 1. inſ. hoc tit.* Ex ſecundo decreto dominus deiicitur poſſeſsione, & actori vacua conceditur. Primo autem decreto dominus non deiicitur, *d. l. ſi finita §. ſi quis autem, & §. vbi autem.* Poſſeſsio autem ciuilis ſola, non etiam dominium ſtatim ſecundo decreto conceditur. Prætor poſſeſſorem, non dominium facere poteſt, non heredem, & ideo poſſeſſori facto ex ſecundo decreto, neceſſaria eſt vſucapio, per quam dominium adquirat, quod non quæſiuit ſecundo decreto. Et in *l. 5. comm. diuid.* quam hic obiicit Accurſius, quod ait; *Si ex cauſa damni infecti iuſſi ſimus ædes poſſidere, & ex hoc dominium earum nanciſcemur*, id ſic accipiendum eſt, *ſi poſſeſſionem ſequuta fuerit vſucapio*, neque enim ſecundo decreto, ſed vſucapione dominium nanciſcimur. nihil eſt quod plura addam, niſi hoc in contextu, vbi ita legitur in Pand. Flor. quę ſunt caſtiora Digeſta, *ſi quando iuſſu magiſtratus rei ſeruandæ cauſa, vel quia damni infecti non cauetur mitti poſſidemus*: manifeſto legendum eſſe: *miſſi poſſidemus*: non poſſidemus ſcilicet ex illis cauſis: ſed tantum in poſſeſsionem miſſi ſumus.

Ad l. 2. De vſurpat. & vſucap.

Vſurpatio eſt vſucapionis interruptio. Oratores autem vſurpationem, frequentem vſum vocant.

Paulus in libro, qui eſt in manu, prius cœpit tractare de poſſeſsione, deinde de vſurpatione & vſucapione, de quibus datur primum *l. 2. & 4. eod. tit.* Et in l. 2. definitur vſurpatio eſſe, *interruptio ſiue interpellatio vſucapionis.* Sunt igitur hæc duo inter ſe contraria, vſurpatio & vſucapio, & eſt vtrumque nomen ex 12. tabul. vt ex eo liquet, quod Gellius

Gellius scribit, vel refert ex Quinto Mutio Iurisconsulto, *l.* 3. *cap.* 2. Vxorem vsu suam facere eum, apud quem matrimonij causa annum continuum fuerit, etiamsi legibus solemnique ritu ducta non fuerit, quo temporis spatio, id est, anni spatio & cæteras res mobiles vsucapi constat ex 12. tabul. Et hac de re etiam eleganter Seruius in illum locum Virgilij:

Thetis emat omnibus vndis

Tribus, inquit, *modis, apud veteres nuptiæ fiebant, vsu, farre, auec le pain benist, coemptione:* Vsu, inquit, si mulier anno cum viro, licet sine legibus fuerit, sine interpellatione scilicet, sine intercapedine. Vnde & in *l.* 24. *de ritu nup. in liberæ mulieris consuetudine*, quod nihil aliud est, quam vsu: consuetudo est vsus, *nuptias intelligi, non concubinatum.* Ergo vsucapi vxorem, vxorem capi vsu anni continui ex 12. tabul. & ex veteri iure. Vsurpari autem vxorem, si in eo anno, quo vsu haberi cœpit, trinoctium a viro abfuerit ex eadem *l.* 12. *tabul.* vt & Mutius retulit. Vsurpari ergo, interrumpi vsucapionem, quod anno continuo ea muliere vsus maritus non fuerit. Interruptio temporis, interruptio est vsus siue vsucapionis. Vsucapio enim desiderat continuationem temporis lege definiti; *l.* 3. *hoc tit.* Vnde & rem mobilem, quam cœperam vsucapere, si intra annum, vel hodie intra triennium, aliquot dierum spatio non possedero, forte ea re mihi vi erepta, vt *l. rem quæ nobis, sup. tit. prox.* vel quo alio casu possessione translata aut reuersa ad dominum rei, vel ad alium, vsurpatione, & quidem vsurpatione naturali, vsurpatione reali, vsucapio interrupta intelligitur. nec quidquam interest, vt ostendit *l.* 5. *inf. hoc tit.* ad dominum ab eo, qui rem cœperat vsucapere, possessio redierit, an ad extraneum. *Vsurpare* est vsu retinere, quod alioquin inusu dominus amitteret, & vsu acquireret alter. Et ita detentione hypothecæ, quod nihil aliud est, quam vsurpatione, creditor interrumpit præscriptionem aduersus actionem hypothecariam, quam habet, *l. cum notissimi, §. imo, C. de præsc.* 30. *ann.* Sic etiam sæpe in titulo *quemadmod. seruit. amitt.* vsurpari seruitus dicitur, id est, inusu, siue non vtendo, quæ vsu retinetur, quave is, cui ea seruitus debetur, vtitur, veluti iter totum vsurpari, quia si is, cui debetur iter, per partem aliquam itineris eat, aquæductum totum vsurpauit: igitur non vtendo non amitti si is, cui aquæductus debetur, in partem aliquam aquagij aquam duxerit, *l.* 8. *§. vlt. & l.* 9. *quemadm. seru. amitt.* Sicut & totum fundum vsurpari certum est, si quælibet eius particula vsurpetur, *l.* 3. *in princ. sup. tit. prox.* Et similiter totum aquæductum, aut totam viam, quæ debetur fundo communi plurium vsurpari per vnum ex sociis, qui seruitute vtatur, quive eam seruitutem non vtendo amittere non possit, vt pupillus, etiamsi cæteri socij ea seruitute non vtantur, quod constat ex *l.* 10. *in princ. & l.* 16. *eod. tit.* Idem per colonum, per fructuarium, per mercenarium, per hospitem, & amicum, vel quem alium, qui eum cui via debetur, eadem via inuisendum veniat, & per bonæ fidei possessorem, & per malæ fidei etiam possessorem, viam vsurpari, licet is, cui debetur via, cuiusve fundo debetur, ea vsus ipse non fuerit. Et hoc ostenditur in *l.* 5. 12. 20. *&* 24. *quemadm. seru. amitt.* Dico autem etiam per malæ fidei possessorem vsurpationem fieri, interruptionem vsucapionis fieri. Quod & in illa *l.* 24. aperte proditum est, *& in illa l.* 12. Nec refert iuste, quod est bona fide, nec ne possideat. Et in *l.* 5. *hoc tit.* his verbis: *Nec interest pro suo quisque possideat, an ex lucratiua causa*, id est lucrandi tantum causa mala fide, vt docui in notis ad illam *l.* 5. Porro contraria hæc sunt, non vtendo amittere seruitutem, & vsurpare seruitutem quod est vsu retinere. Contraria hæc sunt *vsucapere*, quod dominus scilicet inusu amittit, & *vsurpare*, quod nostrum cum esset alter vsucapere cœperat, & id quidem vel semel vsurpasse intra tempus, quo non vtendo amitti vel vsucapione dominium acquiri solet, vel inquam, id semel vsurpasse interrumpendæ vsucapionis causa satis est, neque enim, vt in hac lege 2. Paulus docet, 12. tabul. vt oratoribus *vsurpare*, est frequentatiuum, vel iteratiuum verbum, quia semel vsurpasse sufficit ad interrumpendam vsucapionem. Imo vero & nemine, exempli gratia, aquam ducente, ius aquæ ducendæ vsurpatur, si per riuum sua sponte aqua fluxerit, *d. l.* 12. *quemadm. seru. amitt.* Itaque variis modis vsurpationes fiunt, quos hoc lib. omnes Paulum exposuisse credibile est. Late enim patet hic locus, cum & de vsurpationibus librum scripsisse Appium Claudium referat Pomponius in *l.* 2. *de orig. iur.* Forte & vsurpationibus hodie licet adnumerare omnem rationem interrumpendæ vsucapionis. Nam & *l.* 5. *inf. hoc tit.* significat, aliam esse naturalem vsurpationem, aliam ciuilem. Ciuilis est veluti conuentio executoris, si per executorem, per viatorem is, qui cœpit vsucapere conueniatur, & admoneatur, vt possessione discedat non tantum litis contestatione, sed etiam conuentione executoris & libelli petitorij, libelli, *ἀπαιτήσεως*, sic vocatur, id est *admonitionis*, vsucapio interrumpitur, *l.* 3. *& l. quum notissimi, in princ. C. de præsc.* 30. *annorum, l. vlt. C. de annal. except. l.* 2. *C. vbi in rem act. exerc. deb.* Itemque si nemo sit, qui conueniatur, qui interpelletur, vsucapio interrumpitur protestatione publice facta, *d. l.* 2. *C. de ann. excep.* Itemque interuentu pupilli, si ei, qui cœpit vsucapere nec dum impleuit vsucapionem, heres exstiterit pupillus, quia vsucapio non currit aduersus pupillum. Et sic ætas pupilli interuentusve pupilli interrumpit vsucapionem, *d. l.* 3. *C. de præsc.* 30. *ann.*

Ad l. 4. eod.

Sequitur de vsucapione dicere. Et hoc ordine eundum est, vt videamus, quis potest vsucapere, & quas res, & quanto tempore.

§. 1. *Vsucapere potest scilicet paterfam. Filiusfam. & maxime miles in castris acquisitum vsucapiet.*

§. 2. *Pupillus si tutore auctore cœperit possidere, vsucapit. Si non tutore auctore possideat, & animum possidendi habeat: dicemus posse eum vsucapere.*

§. 3. *Furiosus, quod ante furorem possidere cœpit, vsucapit. Sed hæc persona ita demum vsucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua vsucapio sequitur.*

§. 4. *Seruus pro herede possidere non potest.*

§. 5. *Fructus & partus ancillarum, & fœtus pecorum, si defuncti non fuerunt, vsucapi possunt.*

§. 6. *Quod autem dicit lex Atinia, vt res furtiua non vsucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, reuertatur: sic acceptum est, vt in domini potestatem debeat reuerti, non in eius vtique, cui subreptum est. Igitur creditori subrepta, & ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.*

§. 7. *Labeo quoque ait, si res peculiaris serui mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse. Commodius dicitur, etiamsi sciero rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me seruus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui: Nam si nolui, tunc exigendum est, vt ego facultatem eius nactus sim.*

§. 8. *Ideoque & si seruus meus rem mihi subripuerit, deinde eandem loco suo reponat: poterit vsucapi, quasi in potestatem meam redierit. vtique si nesciȷ. Nam si sciui, exigimus, vt redisse sciam in meam potestatem.*

§. 9. *Item si eam rem, quam seruus subripuerit, peculiari nomine teneat: non videri in potestatem meam reuersam, Pomponius ait: nisi ita habere cœperimus, quemadmodum habuimus, antequam subriperetur: aut cum resciissemus, in peculio eum habere concessimus.*

§. 10. *Item Labeo, si rem quam apud te deposueram, lucrifaciendi causa vendideris: deinde ex pœnitentia redemeris, & eodem statu habeas, siue ignorante me, siue sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam rediisse secundum Proculi sententiam, quæ & vera est.*

§. 11. *Si pupilli res subrepta sit, sufficere dicendum est, si tutor eius sciat, redisse eam in domum pupilli. Et si in furioso, sufficere, curatores scire.*

§. 12. *Tunc in potestatem domini redisse dicendum est, cum*

possessionem eius nactus sit iuste, vt auelli non possit. Sed & tanquam suæ rei: Nam si ignorans rem mihi subreptam, emam, non vider. in potestatem meam reuersam.

§. 13. *Sed & si vindicauero rem mihi subreptam, & litis æstimationem accepero, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, vsucapietur.*

§. 14. *Idem dicendum est, etiamsi voluntate mea alij tradita sit.*

§. 15. *Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtiuam esse, conceperit ea, & pepererit: non tamen vsucapiet.*

§. 16. *De illo quæritur, si seruus meus ancillam quam surripuit, pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum vsucapere possim. Sabinus & Cassius non putant: quia possessio, quam seruus vitiose nactus sit, domino noceret. Et hoc verum est.*

§. 17. *Sed & si, vt seruum meum manumitterem, alius mihi furtiuam ancillam dederit, ea quæ apud me conceperit, & pepererit, vsu me non capturum. Idemque fore etiam, si quis eum ancillam mecum permutasset, aut in solutum dedisset: item si donasset.*

§. 18. *Si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum vsucapere. quod si nescierit, posse. Quod si cum iam vsucaperet, cognouerit alienam esse, initium vsucapionis intueri debemus, sicut in emptis reb. placuit.*

§. 19. *Lana ouium furtiuarum, si quidem apud furem detonsa est, vsucapi non potest. Si vero apud bonæ fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec vsucapi debet, sed statim emptoris fit. Idem in agnis dicendum si consumpti sint: Quod verum est.*

§. 20. *Si ex lana furtiua vestimentum feceris, verius est, vt substantiam spectemus: & ideo vestis furtiua erit.*

§. 21. *Si rem pignori datam debitor surripuerit, & vendiderit, vsucapi eam posse, Cassius scribit. quia in potestatem domini videtur peruenisse, qui pignori dederit: quamuis cum eo furti agi potest. Quod puto rectius dici.*

§. 22. *Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intrauerit: potest longo tempore capi res: quamuis enim interdictum vnde vi locum habeat, quia verum est, vi me deiectum: non tamen verum est & vi possessum.*

§. 23. *Cæterum etiamsi mala fide fundum me possidentem deieceris, & vendideris, non poterit capi: quoniam verum est, vi possessum esse, licet non a domino.*

§. 24. *Idem dicendum est in eo, qui eum expulit, qui pro herede possideat, quamuis sciat esse hereditarium.*

§. 25. * *(Si fundum alienum bona fide possidentem, quis sciens esse alienum expulerit, vsucapere non potest *) quoniam vi possidet.*

§. 26. *Si dominus fundi possessorem vi deiecerit: Cassius ait, non videri in potestatem eius rediisse: quando interdicto vnde vi restituturus sit possessionem.*

§. 27. *Si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea vi expuleris: per longum tempus non vtendo amittam viam: quia nec possideri intelligitur ius incorporale: nec de via quis, id est, mero iure detruditur.*

§. 28. *Item si occupaueris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris: non videris vi possedisse.*

§. 29. *Libertatem seruitutum vsucapi posse, verius est: quia eam vsucapionem sustulit lex Scribonia, quæ seruitutem constituebat: non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata seruitute. Itaque si cum tibi seruitutem deberem, ne mihi (puta) liceret altius ædificare, & per statutum tempus altius ædificatum habuero, sublata erit seruitus.*

POst hunc vero tractatum de vsurpat. Paulus cœpit dicere de vsucapionibus, ac primum quidem, vt patet ex hac l. 4. docuit, quis posset vsucapere vel non. Tractauit de personis prius, deinde de rebus, & tertio loco de actionibus, quæ impleto demum tempore vsucapionis possessori adquiruntur, tanquam domino. Et de personis quidem hoc primo; non tantum patrem famil. vsucapere posse rem alienam, cuius possessionem nactus fuerit ex causa castrensis, vel quasi castrensis peculij, bona fide & iusto titulo, quæ requiruntur omnino in vsucapionibus. Pupillum quoque infantem, quod alienum possidere cœpit tutore auctore, iusta ex causa vsucapere posse: imo & quod possidere cœpit non tutore auctore, *si modo*, vt ait, *animum possidendi habuerit*. Corpore enim solo possessio non adquiritur. Ergo si animum possidendi habeat, vt puta si proximus fuerit pubertati, qui plerumque intellectus capax est, quod etiam exposui in *l.* 1. §. 1. *sup. tit. prox.* Glossa hoc loco exemplum ponit in Lombardis, Romanis, & Normanis, quasi scilicet ij extemplo simulatque infantiam excesserint, doli potentes sint.

Ad §. Furiosus.

SEquitur in §. *furiosus, Furiosum etiam quod ante furorem possidere cœperit, vsucapere posse.* Quia furore vel quolibet alio languore siue morbo possessio, vel vsucapio non interrumpitur, sicut nec somno, qua comparatione nostri auctores vtuntur, *l. nunquam* §. *si seruus*, & *l. iusto* §. *pen. inf. hoc tit.* Posse etiam furiosum, dum fureret, incipere possidere & vsucapere vno casu, puta per seruum suum aut filiumfam. ex causa peculiari, vt etiam exposui in *l.* 1. §. *item, sup. tit. prox.* Et hoc est, quod ait hoc loco, *Sed hæc persona*, id est, furiosus, *ita demum vsucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua*, inquit, *vsucapio sequitur.* Et procedit etiam ignoranti scilic. cui furiosus comparatur, quod in rebus tantum peculiaribus iure singulari receptum est, vt supra docui. His additur, *seruum pro herede possidere, & vsucapere non posse.* Hoc est verissimum, quia nec seruus heres esse potest: soli ciues Romani heredes esse possunt, *l. 6. §. solemus, de hered. inst.* Et aliud sane dicendum in filiofam. qui ciuis Romanus est, & heres esse potest ex causa castrensi, vel quasi castrensi, & vsucapere igitur pro herede. Seruus non item. tempore opus est ad vsucapionem. Seruus pro herede nihil possidere & vsucapere potest. Sequitur §. *fructus.*

Ad §. Fructus.

DIxit sup. de personis, quæ vsucapere possunt, vel non. Ab hoc §. dicere incipit de rebus, quæ vsucapi possunt. Et ait, *fructus* (sic hoc explicandum & dilatandum est) prædiorum hereditariorum, & partus ancillarum hereditariarum, a defuncto bona fide & iusto titulo possessarum, veluti pro emptore, aut pro donato: & similiter fœtus pecorum hereditariorum, quæ etiam defunctus a non domino iusta ex causa bona fide accepit, quamuis hi fructus vel partus defuncti nunquam fuerint, vt puta, si nati sunt post aditam hereditatem, vsucapi posse, licet nati sint ex alienis ancillis, vel pecoribus. Id vero ita intelligendum est, vt alias ostendi, & etiam heri ex *l.* 2 *inf. pro suo.* vt hi fructus vel partus possint vsucapi pro suo. Et hoc quidem solo titulo, quod non concurrat alius: neque enim concurrit titulus pro herede, quia hi fructus vel partus in hereditate inuenti non sunt, cum nati sint post aditam hereditatem, & ideo non hereditati; sed rebus accepto feruntur, vt ait *l. in fideicomm.* 18. §. 1. *ad Senatusc. Trebell.* In sequentibus tractabimus de rebus furtiuis, & vi possessis, quæ vsucapi non possunt.

Ad §. Quod autem.

A §. *fructus* cœpit tractare Paulus de rebus, quæ vsucapi, vel non vsucapi possunt, & proculdubio docuit inter cætera proposuitve ante §. *quod autem*, qui sequitur §. *fructus*, rerum furtiuarum vsucapionem inhiberi *l.* 12. *tabul. & leg. Attinia.* Quod & proditum est in §. *furtiuæ, Inst. de vsucap.* Et legis Attiniæ verba sunt apud Gellium, vt nouere omnes, huiusmodi, *Quod subreptum erit, eius rei æterna auctoritas esto.* id est, æterna vsucapio. Vel potius æterna

æterna per vsum auctoritas: aliarum rerum, quæ furtiuæ non sunt, aut vi possessæ, fere omnium vsus & auctoritas est biennium ex 12. tabulis. Iure nouo decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes. Rerum autem furtiuarum auctoritas est æterna, id est, nullo finitur tempore, & nulla igitur auctoritas temporis: nulla auctoritas, quæ ducatur ex tempore, per quam earum rerum dominium bonæ fidei possessor adquirere possit, denique nulla vsucapio. Et eius iuris ratio, mea quidem sententia hæc est, ne cuiquam furtum, quod ei fit, captiosum sit, siue damnosum: vel ne cuiquam liceat per furtum efficere, vt res aliena in alterius dominium transeat. Denique, vt interuertatur quidem possessio per furtum, sed dominium, vt nunquam mutetur. Et vt vulgo legitur, ait lex Attinia, *quod subreptum erit.* Veteres tamen omnes Codices habent, *quod subruptum erit.* nec male. Nam & sic Arnobius lib. 2. *Cunctis,* inquit, *opinionibus argumenta non desunt, quibus & sua decreta confirment, & aliorum subrupiant, & labefaciant scita.* Adiecit lex Attinia hanc exceptionem: *nisi quod subreptum, vel subruptum erit, in potestatem eius, cui subreptum est, reuertatur.* Quæ exceptio, vt ostenditur in hoc §. *quod autem,* non de quocunque, cui subreptum erit, sed de domino rei tantum accipienda est: neque enim desinit esse furtiuum, quod subreptum creditori pigneratitio, vel commodatario, in eiusdem potestatem redit, sed quod rediit in potestatem domini, vel in potestatem heredis eius, qui idem homo esse intelligitur, idemque dominus. Sola domini reprehensio purgat vitium rei furtiuæ, & rem suæ pristinæ conditioni restituit. Igitur nec ante res furtiua vsucapi potest ab vllo, quam dominus eam vindicauerit, & receperit, aut pro ea litis æstimationem acceperit, *§. tunc autem, inf. in hac l.* quia æstimatio, vt vulgo fertur & verum est, plerumque succedit loco rei. Eadem ratio est rei amotæ diuortij causa, quia & ipsa re vera furtiua res est. Itaque ne a bonæ fidei quidem possessore vsucapi potest, *l. pen. rer. amot.*

Ad §. sequ.

SEquitur in hoc §. ex Labeone, rem peculiarem seruo subreptam ignorante domino vsucapi posse, si in potestatem serui redierit, licet dominus rediisse ignorauerit, quia etiamsi ea, quæ gesta sunt in ea re, omnia ignorauerit, in potestatem domini rediisse res videtur, cum rediit in potestatem serui, cui eam rem habere dominus permiserit. Quandoquidem & rursus, si eius facultatem seruus nanciscatur, in peculio esse, atque ita a domino possideri incipit, *l. interdum* §. *si res, de furt.* A domino, inquam, possideri incipit, quasi pars sui patrimonij, nam & reuera peculium, quod seruo concessit in suo patrimonio est, *l. per seruum* §. 1. *de adquir. rer. dom.* §. 1. *Instit. quibus non est permiss. fac. test.* Labeo loquitur de re peculiari seruo subrepta, & in potestatem serui reuersa, ignorante domino. Sed idem omnino, *commodius* dici subiicit Paulus, si sciente domino omnia gesta sint, id est, si sciente domino, & furto rem subtractam, & in potestatem serui reuersam. Idem, inquam, dici, rediisse scilicet eam rem videri in potestatem domini, & vsucapi posse, quæ rediit in potestatem serui. Sed vtrumque exigimus, vt & sciuerit rem subreptam, & sciuerit quoque rem rediisse in potestatem serui. Nam si dominus scierit eam rem subreptam esse, nec scierit rediisse in potestatem serui, sane nondum videtur rediisse in potestatem domini, sicut nec res domini, quæ subrepta est, & in potestatem domini rediit, rediisse videtur in eius potestatem antequam id ipse resciuerit. vt sciuit rem sibi subreptam & scire etiam debet rem ad se rediisse, *l. si ad dominum* 86. *de furt. l. si rem subreptam, inf. hoc tit.* Et hoc est quod ait in hoc §. *Labeo, nec sufficit, si eam rem quam perdidit,* id est, si rem peculiarem, quæ seruo meo me sciente subrepta est, *me ignorante seruus meus apprehendat,* id est, me ignorante in serui mei potestatem redeat. Nam vt furti gnarus sum, ita gnarus esse debeo apprehensionis, siue reditionis furtiuæ rei in serui potestatem, vt vsucapi possit, vt desinat esse furtiua. *Si modo,* inquit, quod notandum, *eam rem in peculio esse volui.* Qui modus refertur ad omnia ea, quæ supra dicta sunt. Nam si nolui eam rem amplius in serui peculio esse, res desinit esse peculiaris nuda voluntate domini. Si igitur nolui, eam rem amplius esse in peculio, non aliter videtur ea res in potestatem meam rediisse, *quam si possessionem & facultatem eius ipsemet nactus fuerim.* neque enim sufficit, si vel sciente me ea res redierit in potestatem serui mei, cui iam amplius eam rem habere non permisi. Eodemque modo, vt subiicit, scribens iam non de re peculiari, sed de re dominica, & idem esse ostendens in re dominica, quod in re peculiari. Idemque fere, si seruus domino rem subripuerit ignorante domino, deinde mutato consilio, eandem suo loco reposuerit, in potestatem domini rediisse videtur, & vsucapi potest. Re omni gesta, vt dixi, ignorante domino. Quod si sciente domino seruus eam rem subripuerit, non aliter potest vsucapi, quam si sciente domino loco suo reposita fuerit: Furtum contrahitur re suo loco mota, *l. 3. §. si rem, sup. tit. prox.* & contra: Furtum soluitur, re suo loco reposita. vt hic locus ostendit. Ex quo etiam liquet, quod maxime notandum est, seruum rei dominicæ furtum facere, si eam loco moueat, si eam loco mouerit lucrifaciendi causa, etiamsi alij eam non tradiderit, sed ea res apud eũ remanserit. Ac reuera quidem seruus rem domini loco mouendo lucrifaciendi & sibi habendi causa, furtum non facit, nec sui ipsius, nec rei cuiusquam dominicæ, quamdiu ea res apud eum est. seruus furtum non facit, quia, vt sui possessione dominum subuertere non potest, ita nec possessione cuiusquam rei, quæ ad dominum pertineat. Reuera igitur seruus rei dominicæ, quam loco mouit lucrifaciendi causa, furtum non facit, nisi eam alij tradiderit, *l. rem quæ nobis, sup. tit. prox.* Exemplo coloni, qui non aliter intelligitur interuertere dominum possessione rei conductæ, quam si eam rem alij tradiderit: non igitur, quamdiu ipse colonus insidet rei & insistit, *l. 1. §. quod si seruus, sup. tit. prox. l. 5. C. eod. tit.* Verum ne furtum serui aut contrectatio rei dominicæ, quæ fit a seruo lucrifaciendi causa, ne domino sit captiosa, ne domino inferat damnum, quod ad vsucapionem attinet, res fingitur esse furtiua, nec si ad alium peruenerit, non tradente seruo, vsucapi potest. Quod introductum est exemplo etiam serui fugitiui, qui & si dominum non interuertat reuera possessione sui, nec sui furtum faciat, vt diximus paulo supra, nisi ab alio apprehendatur, nisi se alij tradat, vel diu se pro libero gerat, *l. 1. §. per seruum, l. 3. §. si seruus, l. Pomponius, in princ. l. rem quæ nobis, tit. prox.* tamen quantum ad vsucapionem attinet, sui furtum fecisse fingitur, ne a quoquam vsucapi possit, ne fuga serui ex quacunque causa, domino damnosa sit, *l. ancilla, de furt. l. 1. C. de seru. fugit.* Denique quod ad vsucapionem attinet, ne contingat, seruus fugitiuus fingitur esse furtiuus: seruus, qui est in fuga, etiamsi nemo eum apprehenderit, verum etiamsi se seruum esse fatetur, nec abnuat, seipsum furatus esse intelligitur, vt loquitur, *lex 6. C. de his qui ad Eccl. conf.* Et Apuleius Milesiacorum 7. *Ipse me furatus,* inquit, *agre solus e mediis Orci faucibus ad hunc euasi modum.* His coniuncta scriptura, additur etiam in hoc §. rem domini a seruo subreptam, si seruus eam suo loco non reponat, sed peculiari nomine teneat, non videri eam rem rediisse in potestatem domini, ac proinde vsucapi non posse, nisi dominus, vbi resciuerit, seruum eam rem peculij nomine tenere, id approbauerit, & eam in peculio esse concesserit, quod summam rationem habet. Nihil est præterea in hoc §. Addamus etiam interpretationem §. sequentis.

Ad §. Item Labeo.

DEpositarius, si alij vendat & tradat rem depositam, vt pretium lucrifaciat, proculdubio furtum facit, quod & hoc loco vel his solis verbis significatur, lucrifa-

ciendi causa, *l. 2. §. 1. inf. pro her. l. non solum §. quod vulgo, hoc tit.* Et definitio etiam furti confirmat, in qua non omittuntur hæc verba, *lucrifaciendi causa.* Sed si depositarius pœnitentia actus, postea eam rem redemerit ab emptore, tradiderit igitur, & in pristinam depositi causam habere cœperit, siue sciente, siue ignorante domino res vendita a depositario, & mox redempta fuerit, quia depositarius eam rem tenuit domini voluntate, domini animo, sane furti vitium soluitur, quasi re furtiua, re, quæ furtiua erat, in potestatem domini reuersa; etiam res vsucapi potest. Vitium, inquam, furti soluitur: sed non etiam vitium furis, vitium personæ, neque enim ipse depositarius pœnitentia furti reus esse desinit. Quod & probat *l. 1. §. si rem, depos.* quam hic male exponit Accursius. ibi recte. depositi pœnitentia, aut restitutio rei furem non soluit pœna, *l. qui ea mente, de furt.* Seneca lib. 2. de tranquil. animi: *Si quis,* inquit, *rem, quam e villa mea subripuit, in domo mea reponat, ille furtum fecerit, etsi ego nihil perdiderim.* Et 4. declam. *Tam teneris,* inquit, *quam qui vulnerauerit aliquem, licet vulnus sanauerit: quam qui subripuit aliquid, licet deprehensus reddiderit.* Et huic rei simile est, quod & hic Bartolus notat, & exstat, vt ego distinxi titulos *lib. 4. feudor. tit.* 53. vt vulgo distinguuntur *lib. 2. tit.* 34. Si cliens siue vasallus beneficium aut feudum vendiderit inuito, aut ignorante domino contra constitutionem Lotharij, & Frederici, atque adeo, si feudum commissum fuerit domino, quod sine consensu eius venditum fuerit, ex illis constitutionibus, licet postea vasallus feudum redemerit, non liberatur vasallus pœna commissi, in quam incidit semel: vitium, si quod semel rei hæsit, ob eam rem soluitur, res, inquam, soluitur, reus non soluitur pœna, quod est verissimum. Reliqua persequemur die crastina.

Ad §. Si pupilli.

HIc §. est de re pupilli furto subrepta, quæ vsucapi potest, si redierit in domum pupilli sciente tutore, quasi amoto furti vitio: vt & res furioso subrepta, si redierit in domum furiosi sciente curatore, vsucapi potest: non satis est rediisse in domum eandem, sed & dominum, qui admissi furti ignarus non est, hoc scire oportet rem furtiuam in domum suam rediisse, *l. si ad dominum, de furt.* Tutor autem vel curator personam domini sustinet, *l. interdum, §. qui tutelam, de furt. l. tutor qui tutelam, de adm. tut. l. ad ea, de reg. iur.* Pupillus ipse sine tutore nihil scire intelligitur, & furiosus similiter sine curatore, *l. vlt. de iur. & fact. ignor. l. vlt. rem pupill. salu. fore,* nisi scilicet proximus pubertati, & consilij capax fuerit. Et hæc ad sententiam huius §. At hinc non immerito quis dixerit, hunc §. ex contrario, cum loquatur tantum de re pupilli furtiua, quam dicit non posse vsucapi, nisi redierit in domum pupilli sciente tutore, ex contrario, inquam, argumentum præbere, aliam rem pupilli, quæ furtiua non est, vsucapi posse, quod tamen negat *l. bonæ fidei, de adquir. rer. dom.* Et Cicer. etiam nouit, qui in 1. ad Attic. epist. 5. ait, *de tutela legitima, in qua pupilla sit, nihil vsucapi posse.* Et in oratione pro Flacco: *Nihil posse de tutela legitima,* (in qua erat Valeria quædam, de qua in ea oratione agitur) *sine omnium tutorum auctoritate deminui, atque adeo Valeriam ipsam vsu vxorem fieri, siue vsucapi matrimonij causa non potuisse sine Flacci auctoritate,* qui vnus erat ex tutoribus mulieris. Et sane verissimum est. Verissimum etiam hoc est, rem pupilli immobilem, rem soli vsucapi non posse, veluti fundum, aut ædes. Et de re immobili loquitur *d. lex bonæ fidei,* apertissime. Res autem mobilis pupilli videtur vsucapi posse & hic §. *si pupilli,* est de re mobili, non de immobili, quia ad furti causam respicit, & rei immobilis furtum non fit, *l. 38. inf. hoc tit.* Fuit hæc distinctio inter rem mobilem & immobilem Irnerij, & placet satis. Verum & rem etiam alienam a pupillo bona fide possessam constat inter omnes vsucapi posse, quasi alienam non quasi pupillarem, *l. 2. §. tutor, pro empt.* Constat etiam vsucapionem cœptam aduersus defunctum, qui postumum heredem reliquit, impleri posse, priusquam postumus nascatur, *l. etiam ei qui, de minor.* Atque ita priusquam heres existat, quia interim hereditas iacens, non postumi heredis futuri, sed defuncti vicem sustinet, atque ita vsucapio impleri videtur aduersus defunctum antè editionem postumi, non aduersus puerum, non aduersus postumum.

Ad §. Tunc in potestatem.

HVius §. sententia hæc est. In l. Attinia in potestatem domini rem furtiuam rediisse aut venisse videri, si dominus possessionem eius nactus sit eo modo, quo ab eo auelli non possit, id est, iusta ex causa. Si inquit, *possessionem eius nactus sit iuste, vt auelli non possit.* Nec enim videtur possessionem nactus is; qui ita nactus est, vt eam retinere non possit, *l. non videtur, sup. tit. prox. & §. si dominus, inf. in hac l.* Et nota quod ait, *si possessionem eius nactus sit:* nam & ita *l. 12. C. de furt. Ancillæ,* inquit, *furtiuæ partus editi apud furem, priusquam a domino possideantur, vsucapi non possunt,* id est, priusquam venerint in domini potestatem. Etiam hoc exigimus, vt ad dominum res furtiua redierit tanquam sua. Alioquin non videretur rediisse in eius potestatem, id est, exigimus, vt ciuilem possessionem eius rei tanquam pridem dominus, nactus fuerit. Nam, vt subiicit, si rem mihi subreptam ignorans emero, quasi alienam, & mihi traditam accepero, non videtur rediisse in potestatem meam: quia non tanquam mea, sed tanquam aliena venit in potestatem meam, quia eius rei pretium mihi abest, quia pro ea pretium intuli: non ergo venit ad me tanquam fuerit iam ante mea, *l. 14. in fi. de verb. signif.* sed quasi iam nunc ex aliena facta fuerit mea. At videtur tamen res venisse in potestatem domini, si eam viddicauerit a fure, etiamsi non abstulerit rem ipsam, sed rei siue litis æstimationem. Litis æstimatio est similis emptioni, *l. 3. inf. pro empt.* Videtur ergo fur, qui litis æstimationem subiit, eam rem, siue litem emisse a domino. Itaque iam eam rem non pro furtiua, non pro possessore, sed pro suo possidet, & purgatum est vitium furti, *l. si fur, in princ. inf. hoc tit.* Præterea, si domino ea res tradita non sit, sed tradita sit alij voluntate domini, cui forte dominus donatam volebat, etiam hoc modo res ad eum peruenisse, & abolitum aut purgatum furti vitium videtur esse. Itaque vsucapi potest: nihil refert, mihi tradas rem, an alij voluntate mea, *l. 22. §. fugitiuus, mand.* Pergamus ad reliqua.

Ad §. Heres, & §. De illo.

HI duo §. sunt de partu ancillæ furtiuæ. Si ancilla furtiua apud heredem furis ignorantem eam esse furtiuam, conceperit, & pepererit, heres partum eius non vsucapiet. Quod proponitur in hoc §. *heres.* Heres igitur furis, etiamsi ignorauerit ancillam esse furtiuam, non potest vsucapere partum ex ea conceptum & editum apud heredem, quia heres succedit in ius omne defuncti, vt *l. cum heres, de diu. & temp. præsc.* Et defunctus nec ancillam, nec partum ancillæ furtiuæ apud se conceptum & editum, vsucapere potuit, ergo nec heres eius. Cum dicimus, *heredem succedere in omne ius,* hoc dicimus, eum succedere in vitia, virtutesque defuncti, in commoda & in incommoda, vt *l. si ego §. partus, de Pub. in rem act. l. pen. C. de acq. possess.* Ergo si apud heredem furis ancilla furtiua conceperit & pepererit, quamuis heres ignorauerit, eam esse furtiuam, quia succedit in malam fidem defuncti, partum vsucapere non potest. Idem est, si conceperit apud furem, pepererit apud heredem eius ex Marcelli sententia, quæ verior est, *l. 10. §. Scæuola, inf. hoc tit.* At Quintus Cerbidius Scæuola, vt ibidem refertur, existimabat ex iis casibus, puta si ancilla furtiua concepisset, & peperisset apud heredem furis, bona fide possidentem: vel si conceperit apud furem & pepererit apud eundem furis heredem, partum ancillæ furtiuæ vsucapi posse, hac ratione, quia *partus non est pars ancillæ furtiuæ,*

furtiuæ. Quod ex ipſo Scæuola repetitur in *l. 26. de verb. ſignific. Alioquin*, inquit, *nec partus editus & conceptus ſcilicet apud bonæ fidei poſſeſſorem, apud. bonæ fidei emptorem, vſucapi poſſet*, ſi partus eſſet pars ancillæ furtiuæ, quem tamen vſucapi poſſe conſtat inter omnes, & probabitur infra. Ideo autem putabat partum ancillæ furtiuæ partem non eſſe, quia Publij Scæuolæ gentilis ſui, & M. Manilij opinionem ſequebatur, qui dicebant, partum eſſe in fructu, partum eſſe fructum ancillæ, quo modo Hebræi loqui ſolent. Si enim eſt fructus ancillæ, ergo non eſt pars ancillæ. Fructus non eſt pars rei, ex qua naſcitur, at Bruti ſententia in §. *fructus*, obtinuit, partum non eſſe in fructu: Ideoque paſſim in ff. & in hac l. in §. *fructus*, fructus ſeparatur a partu. Partum, inquam, non eſſe in fructu, quod abſurdum eſſet hominem, cuius gratia fructus innumeros rerum natura comparauit, in hominis fructu eſſe. Vetus quidem hæc quæſtio eſt, partus ſit in fructu necne, *l. vetus quæſtio, de vſufr.* ἀρχαῖα ζητεῖα, vt Ariſtoteles loquitur. Et veterem etiam eſſe hanc quæſtionem teſtatur M. Tullij locus notiſſimus 1. *de finib. bonor. & malor.* Sed obtinuit ſententia Bruti, quam & Marcellus & cæteri ſequuntur, *partum non eſſe in fructu*, & conſequenter, *partum eſſe partem ancillæ*, atque ita nec ancillam, quæ furtiua eſt, nec partum eius vſucapi poſſe, ſiue prægnans ancilla ſubrepta fuerit, vt *l. pen. de ſtat. homin.* ſiue apud furem, vel apud furis heredem; quantumvis licet conditionis ancillæ ignarum conceperit, & pepererit vt in hoc §. ſiue apud furem, aut furis heredem conceperit & pepererit apud extraneum bonæ fidei emptorem, horum nullo caſu partus vſucapi poteſt, quod probat, *l. ſi ego §. partus, de Pub. in rem, act. & in l. qui vas §. ancilla, de furt.* At ſi ancilla furtiua conceperit & pepererit apud bonæ fidei emptorem, hoc ſolo caſu partus vſucapio procedere poteſt, *d. §. ancilla, l. 3. D. pro empt. l. non ſolum, in princ. inf. hoc tit.* Ex quo, vt iam pridem docui & dixi, emendandus eſt *d. §. partus, l. ſi ego, de Pub. in rem act.* Vnde ſi ſeruus pro capite ſuo, pro libertate ſua domino ignoranti dederit ancillam, quam ſubripuerat, & ancilla apud dominum conceperit, qui bonæ fidei poſſeſſor eſt, & pepererit, conſequenter ſuperioribus, quæ propoſui pro certis, dominus partem poſſidere & vſucapere poteſt, & poſſidere pro emptore, *l. 9. & 10. inf. pro emp.* quia emiſſe videtur ancillam præmio libertatis collatæ in ſeruum. Genus quoddam hoc eſt, ſiue exemplum emptionis venditionis. Verum vt oſtenditur in §. *de illo*, qui ſequitur, hoc ita procedit, vt ſcilicet dominus poſſit vſucapere partum ancillæ furtiuæ, quam ei ignoranti ſeruus dedit pro libertate ſua, & partum ſcilicet apud eum conceptum & editum, ſi eo tempore apud eum conceptus & editus fuerit partus, quo adhuc furtiuam eſſe matrem eius ignorabat, *d. l. non ſolum, in princ.* Nam ſi antequam conciperetur, vel ſi poſt conceptionem, antequam naſceretur, dominus, ſiue emptor cognouerit, ancillam eſſe furtiuam, nec partum eius vſucapere poteſt. Et hoc caſu quidem ſolo, *poſſeſſio ſerui vitioſa domino nocet*. Neque huic dicto quicquam repugnat *l. iuſto §. & ſi poſſ. inf. hoc tit.* quia non loquitur de ancilla furtiua. Si ancillam prægnantem, quæ non erat furtiua, bona fide poſſidere cœpi, licet poſtea cognouerim, eam eſſe alienam, antequam pareret, partum vſucapere poſſum, licet ſcierim eam alienam eſſe, antequam eniteretur. Sed ſi fuerit furtiua, partum vſucapere non poſſum, niſi & editi partus tempore ignorauerim eſſe furtiuam. Hæc vero diſtinctio, vt oſtenditur in §. *de illo*, ſeruatur etiam, cum non ipſe ſeruus pro ſuo capite, ſed alius mihi dedit ancillam furtiuam, vt ſeruum meum manumitterem: Nam ſi me adhuc furti ignaro, ancilla apud me conceperit & pepererit, partum vſucapere poſſum, quia ancillam poſſideo bona fide: ſed ſi ancillam furtiuam eſſe reſciuero, antequam eniteretur, partum vſucapere non poſſum. Eademque diſtinctio ſeruatur, cum quidam alius ancillã furtiuam, quam neſciebam eſſe furtiuam, mecum permutauit, aut mihi in ſolutum dedit, quæ negotia imitantur etiam emptionem venditionem. Etiam eadem diſtinctio ſeruatur, ſi ancillam furtiuam mihi ignoranti donauerit: non ergo in emptione tantum, ſed & in donatione. Etiam hoc additur in §. *de illo*: ſi poſt editionem partus ex ancilla furtiua, non ante emptor reſciuerit, matrem eius eſſe furtiuam, partum eius non aliter vſucapi poſſe, quam ſi prius eum cœperit vſucapere quam id reſciuerit: nec aliter, quam ſi, vt traditur in *l. 3. pro ſuo*, re cognita dominum ancillæ eius rei dominum commonefecerit, aut commonefacere non potuerit ante impletum vſucapionis tempus. Rite cœptam vſucapionem mala fides ſuperueniens non interrumpit, *l. bona fid. de adquir. rer. dom. l. pen. inf. pro empt.* Rite autem cœpit vſucapio, rite inchoauit vſucapionem emptor, ſi tempore emptionis, & tempore etiam traditionis ancillam furtiuam eſſe neſciuerit, *l. 7. §. vlt. de Pub. in rem act. l. 10. l. 43. l. pen. inf. hoc tit. l. 2. inf. pro empt.* Si igitur vtroque tempore in bona fide verſetur emptor, ſuperueniens poſtea ſcientia rei alienæ, ſiue ancillæ furtiuæ non interpellat iure cœptam vſucapionem. Et hæc ſunt, quæ pertinent ad §. *heres*, & §. *de illo*.

Paul.

Ad §. lana.

QVæ reſtant in *l. 4. de vſurp. & vſucap.* nunc iam abſoluam, ac primum explicabo §. *lana*. Dixit ſupra de partu ancillarum, nunc dicere inſtituit de fœtu pecorum, cæteriſque pecorum fructibus. Et hic mihi videtur eſſe congruus locus, quo conferre poſſim partum cum fœtu, vt quid inter vtrumque interualli ſit, ſiue diſcriminis perſpiciamus. Fœtus ſunt in fructu pecorum veluti agni, hœdi, iuuenci, porculi, equulei: At partus non ſunt in fructu ancillarum ex Bruti ſententia, quæ obtinuit, hac ratione, quod ſit abſurdum hominem eſſe in fructu hominis, cum omnes fructus hominis gratia rerum natura comparauerit, *l. vetus, de vſufr. l. in pecudum, de vſurpat.* Quam rationem iuris auctores ducunt ex diſciplina Stoicorum, qua omnes imbuti ſunt. Lucretius de Stoicis lib. 2. *Ne genus*, inquit, *occidat humanum, quorum hominum cauſa, omnia conſtituiſſe Deos fingunt.* Stoici ſcilicet. Et Lactant. lib. 7. *Hominum*, inquit, *cauſa mundum, & omnia, quæ in eo ſunt, eſſe facta, Stoici loquuntur*. idem diuinę literę docẽt. Sequitur alia differẽtia: partus ancillarum furtiuarum concepti & editi apud bonæ fidei emptorem, ei ſtatim non adquiruntur, quia non adquiruntur, quia non numerantur in fructu, ſed vſucapi ab eo poſſunt, quia hoc caſu non intelliguntur eſſe furtiui, *l. qui vas §. ancilla, de furt. l. non ſolum, in princ. hoc tit. l. ſi ego §. partus, de Pub. in rem act. l. 3. C. pro empt.* quod latius expoſuimus in §. *heres*, & in §. *de illo*, qui hunc antecedit. Fœtus autem pecudum furtiuarum concepti & editi apud bonæ fidei emptorem, ei ſtatim pleno iure adquiruntur, *d. l. in pecudum*. Et quamuis pecudes ſint furtiuæ, fœtus tamen earum non ſunt furtiui & vſucapi poſſunt, non quidem ab ipſo bonæ fidei emptore, qui eorum dominium ſtatim adquirit, ſed ab alio, ſi forte alij traditi ſint a non domino. Et hoc ſignificatur in *d. l. qui vas §. ancilla*, illo loco, *idem & in pecudibus ſeruandum eſt, & in fœtu earum, quod in partu*. Quod plenius docet Obſer. 15. *cap. 20. & Notat. 1. cap. 20.* Denique illius loci; *Idem & in pecudibus, &c.* ſenſus hic eſt, idem & in pecudibus ſeruandum eſſe, & in fœtu earum, concepto ſcil. & edito apud bonæ fidei poſſeſſorem, quod & in partu, concepto ſimiliter & edito apud bonæ fidei poſſeſſorem. Seruandũ autem hoc eſſe in vtroque, in partu, & in fœtu, vt non ſit furtiuus illo caſu, vtque vſucapi poſſit. & partus quidem vſucapi poteſt vel ab alio quocunque vel ab ipſo bonæ fidei poſſeſſore, quia partus ſtatim ad eum non pertinet, cum non ſit in fructu: fœtus autem ab alio vſucapi poteſt, non etiam a bonæ fidei emptore, quia ſtatim fœtus ei pleno iure adquiritur, quandoquidem numeratur in fructu. Bonæ fidei poſſeſſori, non eſt neceſſaria fructuum vſucapio, maxime eorum, qui diligentia & opera eius prouenerunt, *l. fructus, de vſur.* quales etiam ſunt fructus pecorum: Neque enim, exempli gratia, *oues*, vt M. Tull. ait 2. de Nat. deor. *vllum ex ſe fructum edere*

Kk

sine hominum cultu, & curatione possunt. Vsucapio plenum ius tribuere dicitur in *l.* 17. *infi. de rei vind.* Plenum autem ius fœtum aut fructum statim bonæ fidei emptori ipsa perceptio tribuit. Ergo vsucapi non debet, vt loquitur in hoc §. Nemo quod suum est, vsucapit, *l. in bello* §. *si quis seruum, de cap. & postlim.* Perceptio, inquam, ipsa fructuum, & fœtuum igitur, quoniam sunt in fructu, plenum ius bonæ fidei emptori tribuit statim, ideoque plenum ius plenumve dominium postea perficit & consummat secuta consumptio & abusio fructuum aut fœtuum. Quomodo? nam de consumptis a bonæ fidei possessore fructibus nulla actio domino competit, de exstantibus in rem actio competit. Itaque in restitutionem veniunt, quamuis facti sint bonæ fidei possessoris, *l. certum, C. de rei vind.* Denique perceptio fructuum inchoat adquisitionem fructuum: consumptio corroborat, atque confirmat, *l. quæsitum, in fi. de adqu. rer. dom.* §. *si quis a non domino, Institut. de rer. diuis.* Vnde & in hoc §. *lana,* conuenienter superioribus Paulus ait, *Lanam pecoris furtiui apud furem detonsam,* quia furtiua est, *vsucapi non posse*: Detonsam quoque apud bonæ fidei emptorem vsucapi non posse, non quia sit furtiua, neque enim est furtiua, sed alia ratione, quia *statim atque detonsa est, pleno iure fit bonæ fidei possess.* Et perfecte quidem, vel, vt Doctores loquuntur, irreuocabiliter, si sit consumpta; vt si ex ea bonæ fidei emptor vestimentum fecerit. ergo vsucapi non potest, si sit statim bonæ fidei emptoris. Ergo, inquit, vsucapi non debet, quia dominium ex vna tantum causa contingere potest, *l.* 3. §. *ex plurimis, sup. tit. prox.* Et subiicit hoc loco Paulus, eandem esse rationem fœtus, vt puta agnos editos apud bonæ fidei emptorem eius fieri si consumpti sint, inquit, eius fieri, perfecte scilicet. Idemque dicendum de cæteris fructibus pecorum veluti de lacte, aut pilis ouium, aut caprarum, aut vaccarum, *d. l. in pecudum.* Varro 2. de re rust. cap. vlt. *Vt fructum ouis e lana ad vestimentum, sic capra pilos ministrat ad vsum nauticum, & ad bellica tormenta, & fabrilia vasa.* imo, & hodie ad vestimentum. Est & alia differentia inter fructus & partus. Partus ancillæ furtiuæ concepti apud furem, vel furis heredem, & editi apud bonæ fidei emptorem, vsucapi non possunt, quia furtiui sunt, *d. l. qui vas* §. *ancilla.* Fœtus autem editi apud bonæ fidei emptorem, licet concepti fuerint apud furem, vel furis heredem, vt puta, si oues, quæ furtiuæ erant, & grauidæ vænierint, statim atque editi fuerint agni, bonæ fidei emptori adquiruntur, sicut lac ouium, aut caprarum, aut vaccarum, licet plenis vberibus vænierint, statim fit bonæ fidei emptoris atque mulsum fuerit, qua comparatione lactis cum fœtu vtitur *l. bona fid.* §. *vlt. de adqu. rer. dom.* Et licet ex hoc §. *lana,* lacti coniungere lanam, quæ detonsa apud bonæ fidei emptorem, eius fit pleno iure, licet apud furem ouis iam cœperit esse lanata & tonsuræ proxima. Omnia, quæ ad hanc quæstionem pertinent, ita possunt perspicue, & vere definiri atque concludi, idem iuris esse in fœtu & partu pecudis, vel ancillæ furtiuæ, vt ab alio vsucapi possit, si conceptus & editus sit apud bonæ fidei emptorem, *d. l. qui vas* §. *ancilla,* illo loco, *idem & in pecudibus.* Et rursus idem etiam esse iuris in fœtu vel partu pecudis, vel ancillæ furtiuæ, vt vsucapi non possit, si editus sit apud furem, vel furis heredem, *l.* 10. §. *Scæuola, inf. hoc tit.* At idem iuris non esse in fœtu & partu, si conceptus sit apud furem, vel furis heredem, vel apud dominum, priusquam furtum fieret pecudis vel ancillæ, editus autem sit apud bonæ fidei emptorem. Idem, inquam, iuris non esse in fœtu, & partu, quia partus vsucapi non potest, si prægnans ancilla subrepta sit, vel si apud furem, vel furis heredem conceperit; fœtus autem ab ipso bonæ fidei emptore vsucapi non potest, quia perceptione dominium adquisiuit, ab alio tamen vsucapi potest, quasi amoto furti vitio, fœtus dominio quæsito bonæ fidei emptori, *l. bona fid.* §. *vlt. de adquir. rer. dom.*

Ad §. Si ex lana.

Sequitur in hoc §. vestem factam ex lana furtiua, esse furtiuam, nec a bonæ fidei possessore vsucapi posse, quia substantia præualet, quæ potissimum spectatur, substantia autem est furtiua. Substantia, id est, materia, ex qua vestis facta est. Quomodo Stoicos substantiam accipere Diogenes Laertius testis est in Zenone, pro materia, vt in *l.* 9. & *l.* 14. *de cont. empt.* substantia, id est, materia: non spectatur species lanea, sed lana, ex cuius materia species illa confecta est. Ergo & lanea species furtiua est, nec vsucapi potest: Et hoc quidem ita procedit, si fur ipse vestimentum fecerit ex lana furtiua; quia eius est vestimentum, cuius & lana fuit, auctore eodem Paulo in *l. de eo* §. *si quis ex vuis, ad exhib.* Sed si is, qui lanam furtiuam bona fide emit, ex ea vestimentum fecit, Paulus existimat eum esse vestimenti dominum, qui fecit, non eum, cuius lana fuerit, quia quod extat, non lana est, sed laneum corpus, lanea species, *l. sed si ex meis, de adq. rer. dom. l. lana, de leg.* 3. Vestis igitur, quam fecit bonæ fidei emptor ex lana furtiua, non est furtiua, & vsucapi igitur ab alio potest, si alij vestis tradita sit a non domino, non etiam ab eo, qui bona fide eam vestem fecerit, qui cum vestis dominus effectus sit, eam vsucapere intelligi non potest, *d. l. in bello* §. *si quis seruum, & sup.* in §. *lana.*

Ad §. Si rem.

Restat adhuc de rebus furtiuis §. *si rem,* in quo proponitur vnus casus, quo rei quodammodo furtiuæ vsucapio locum habere videtur. Aliquando suæ rei furtum fit. Suæ rei furtum facit debitor, qui rem suam creditori pignori dedit, per traditionem cessa possessione creditori, si deinde eam rem creditori subripiat & alij vendat, ac tradat; vel etiam si eam pignori non tradiderit, sed nuda conuentione pignori obligauerit, non dimissa possessione, quæ hypotheca dicitur proprie, ac deinde extero eam rem vendiderit, ac tradiderit. Idque ostenditur in *l. in actione* 19. §. *vlt.* & *l. si is qui, de furt.* Quo quidem nomine debitor creditori tenetur furti actione in duplum: in quo scil. duplatur summa sortis debitæ, & vsurarum eius, *l. creditori, eod. tit.* Et priore quidem casu, cum res creditori pignori data est, id est, cum pignus re, siue traditione, contractum est, res subrepta a debitore vsucapi potest, quasi non sit furtiua, aut esse desierit, quamuis verum sit, debitorem eius furtum fecisse, eoque nomine teneri furti pœnali iudicio, vsucapi autem posse, quia subrepta est a domino, atque ita in potestatem domini peruenit. Eodemque modo & furtum factum, & furtum purgatum videtur, aut furti vitium. Idque in hoc §. proponitur, & in *l. si rem, inf. pro empt.* Vbi tamen lex ait, *hac de re dubitatum fuisse,* nempe de vsucapione pignoris traditi creditori, & postea a debitore subrepti & venditi. Et vt opinor, dubitatum fuit de vsucapione eius rei, procederet necne, inter Cassianos, & Proculianos, quoniam quod proponitur in hoc §. *si rem,* est ex Cassio. Cuius etiam sententia certior esse dicitur, quam scilicet aduersariorum. Ergo & hic §. dubitatum fuisse significat de vsucapione eius rei. Denique Proculiani existimabant, eam rem quasi furtiuam vsucapi non posse, nisi in potestatem creditoriis rediisset, sicut posteriore casu, si rem suam nuda conuentione, nudo consensu, nudo pacto, pignori nexam debitor alij vendiderit & tradiderit, constat inter omnes, non aliter eam vsucapi posse, quam si in potestatem creditoris peruenerit, *l. cum sit, C. pro empt.* Omnes quidem & Cassiani, & Proculiani priore casu, id est, pignore reipsa contracto, pignore tradito creditori, ac deinde subrepto a debitore & vendito, vsucapionem admittebant, si res rediisset in potestatem creditoris, vt *l. vlt. inf. hoc tit.* At Cassiani hoc amplius etiam vsucapionem admittebant, si res non rediisset in potestatem creditoris: Proculiani non aliter, quam si res rediisset in potestatem creditoris. Et Cassianorum sententiam hoc loco Paulus approbat, nec nouum dici potest

poteſt, vt res, de cuius furto agi poteſt pœnali iudicio, vſucapiatur, nec intelligatur eſſe furtiua, quia, vt idem Paulus ait in *l. cum ex, de furt.* & ſi alius eam ſubripuiſſet, & in poteſtatem domini rediiſſet, vſucapi poſſet. Ergo & ſi dominus ipſe eam ſubripuerit, vſucapi poteſt, quia per furtum in eius poteſtatem & poſſeſſionem rediit. Dices, quod vnumquemque prima ſpecie mouere poſſit: imo non rediit, aut non videtur rediiſſe in poteſtatem domini, id eſt, debitoris, quia ei auelli poteſt actione hypothecaria, quæ poſſeſſionem auocat pignoris, vel etiam condictione triticaria, *l. 2. de cond. trit. l. verum, de furt.* Et vt dictum eſt ſup. in §. *tunc in poteſtatem,* tunc videtur res rediiſſe in poteſtatem domini, quum poſſeſſionem eius nactus eſt iuſte, iuſta ex cauſa, vt auelli non poſſit. Nam ſi poſſeſſio ei auelli poteſt, non videtur eam adeptus, *l. non videtur, de adq. poſſ.* Quod Accurſius explicat male in *l. 13. §. deſinere, de verb. ſignif.* Ad hanc obiectionem dicam, in caſu propoſito iis actionibus debitorem non teneri, qui ſubripuit rem, quam creditori pignori dederat, quia ſubreptam rem ſtatim proponitur alij vendidiſſe. Si igitur alij rem non vendiderit, ſed retinuerit, quam ſubripuit creditori, ſane tunc non videtur in eius poteſtatem perueniſſe, quia creditor eam ei auellere poteſt, *d. §. tunc in pot.* Et interim igitur, dum eam non auellit creditor, ea res vſucapi non poteſt, quod maxime notandum eſt.

Ad §. Si tu me.

Dixit ante de rebus furtiuis, quarum vſucapionem inhibet lex Attinia, ſi in domini herediſve eius poteſtatem nondum peruenerint, nondum redierint. hæ ſunt res mobiles: nam rerum immobilium furtum non fit: res, inquam, mobiles furto ſubreptæ, aut vi abreptæ: nam & hæ furtiuæ ſunt, nec vſucapi poſſunt, antequam in domini poteſtatem redierint, *l. vlt. vi bon. rapt.* Quamobrem & hoc libro egit Paulus de rebus mobilibus vi raptis, vt conſtat ex *l. 3. eod. tit. & l. 2. de incend. ruin. naufrag.* quas ſuo loco & ordine interpretabimur. Nunc ab hoc §. *ſi tu me vi,* dicere inſtituit de rebus vi poſſeſſis, quarum etiam vſucapionem inhibet lex Plautia & Iulia, *l. non ſolum §. ſi dominus, inf. hoc tit.* ſub eadem conditione, *ſi in domini heredíſve eius poteſtatem nondum redierint.* Hæ vero ſunt res immobiles, res ſoli, quæ vi poſſeſſæ dicuntur. Si quis deiecto domino per vim apprehenſam poſſeſſionem obtineat, *l. 1. §. vi poſſeſſ. de vi & vi arm.* Sed vt oſtenditur in hoc *§. ſi tu me vi,* ſi quis poſſeſſione quidem fundi dominum vi deiecerit, verum ipſe non apprehenderit poſſeſſionem, ſed Titius forte ab eo non ſubmiſſus, non ſuppoſitus in poſſeſſionem vacantem venerit, fundus non videtur vi poſſeſſus, & vſucapi poteſt. nam etſi is, qui vi dominum detruſit, teneatur interdicto vnde vi, non Titius, qui vim nullam fecit, *l. 7. de vi & vi armata*, res tamen ideo vi poſſeſſa non videtur, ſicut in ſpecie *§. ſi rem,* qui præcedit, quamuis debitor, qui ſubripuit rem ſuam, quam creditori pignori dederat actione furti teneatur, non ideo tamen res furtiua eſſe intelligitur, quod euenit etiam in ſpecie, *l. cum ex §. 1. de furt.* & in ſpecie §. 1. *idem Labeo, ſup. in hac lege* vt ibi expoſui. At non tantum ſi dominum quis poſſeſſione fundi deiecerit, ſed & ſi poſſeſſorem, qui rem alienam mala fide poſſidebat, vi quis deiecerit, & mox eam rem vendiderit bonæ fidei emptori, Paulus ait, rem vi poſſeſſam videri, nec a bonæ fidei emptore vſucapi poſſe, antequam redierit ſcilicet in poteſtatem domini. Et ſubiecit abſque dubio, quod eſt ex hoc libro relatum in *l. 8. de vi & vi, arm. Fulcinium Iuriſconſultum dicere, vi poſſideri quotiens dominus, vel non dominus, cum tamen poſſideret, vi deiectus eſt.* Quod huic loco coaptandum eſt omnino. Addit Paulus in hoc loco, idem etiam eſſe dicendum, ſi eum, qui fundum bona fide poſſidebat, verbi gratia pro herede, cum falſo putaret, ſe heredem eſſe, aliquis ſciens fundum alienum ſiue hereditarium eſſe, vi deiecerit, & fundum vendiderit bonæ fidei emptori: nam & hic fundus vi poſſeſſus

Paul.

A videtur, & vſucapi poteſt, antequam venerit in poteſtatem domini, immo quod plus eſt, quodque additur in *. ſi dominus,* ſi dominus ipſe poſſeſſorem rei ſuæ malæ fidei aut bonæ fidei vi deiecerit, res non videtur in poteſtatem domini perueniſſe, quia auelli ei poſſeſſio poteſt interdicto vnde vi, quod eam nactus ſit malo more, malaque ratione: & non videtur quis poſſeſſionem nactus eius rei, quam ita nactus eſt, vt retinere non poſſit, *l. non videtur, ſup. tit. prox.* Neque vero dominus ob eam rem conuentus interdicto vnde vi, poteſt ſe tueri exceptione dominij, quia nec domino licet vi rem ſuam poſſeſſori auferre, domino non licet ſibi ius dicere, *l. ſi quis aliquem, ad l. Iul. de vi priu. l. ſi quis ad ſe fundum, C. ad l. Iul. de vi.* Ergo etiamſi dominus ipſe poſſeſſorem rei ſuæ vi deiecerit B & apprehenderit poſſeſſionem, res vi poſſeſſa videtur, nec dici poteſt eam rem perueniſſe in domini poteſtatem, cum poſſeſſio ei auelli poſſit interdicto vnde vi. Eodemque modo dicebam heri in §. *ſi rem*, ſi dominus rem ſuam, quam creditori pignori dedit, creditori ſubripiat, & retineat, non diſtrahat, rem in poteſtatem eius rediiſſe non videri, quia poſſeſſio auelli ei poteſt actione hypothecaria, quæ poſſeſſionem auocat, *l. ſi cum debitor, de euiction.* vel condictione triticaria, *l. 2. de condict. tritic. l. verum, de furt. l. ſi pignore §. 1. de pignerat. act.* & ideo vſucapi ea res non poteſt, quod eſt proprium & conueniens exemplum ad §. *tunc in poteſtatem, ſup.* Quod autem iam ſæpe diximus, & hic §. ex contrario ſenſu demonſtrat, idem iuris eſſe in re furtiua, & re vi poſſeſſa, vt non aliter vſucapi poſC ſit, quam ſi in poteſtatem domini redierit, vel heredis eius, eo modo, quo auelli ei non poſſit, vel etiam quod addere licet ex *§. ſi pupillo, ſup.* in poteſtatem eius, qui vicem domini ſuſtinet, veluti tutoris aut curatoris: id Accurſius in *l. certe §. Iulianus, de precar.* & Bartolus cum hoc loco, tum multis aliis conſtanter, & alij complures interpretes non probant. Exiſtimant enim in re quidem furtiua hoc exigi omnimodo, vt in poteſtatem domini redierit, quo poſſit vſucapi, non in poteſtatem eius, cui ſubrepta eſt, non in poteſtatem non domini, ſi non domino ſubrepta ſit, veluti creditori, aut commodatario, quod & verum eſt, §. *quod autem, ſup.* niſi ſcilicet dominus ipſe creditori D rem pigneratam ſubripuerit, quo caſu debet redire in poteſtatem creditoris, *l. vlt. hoc tit. l. cum ſit, C. pro empt.* nimirum quia debitor creditorem vice ſua poſſeſſorem fecit dimiſſa poſſeſſione pignoris. In re autem vi poſſeſſa, idem illi ſibi perſuadent, id omnino non exigi, vt res vi poſſeſſa redierit in poteſtatem domini: ſatis enim eſſe, vt vſucapi poſſit ſi redierit in poteſtatem eius, qui per vim poſſeſſione deiectus eſt, quamuis non dominus fuerit. Qua ratione vero, aut quo argumento? Ratione quidem nulla: nam vtriuſque rei furtiuæ & vi poſſeſſæ par eſt cauſa, & vitium idem vtriuſque vſucapioni obſtat: vitium ex re ſcilicet, non vitium ex perſona, *l. vbi §. 1. hoc tit. §. aliquando, Inſtit. eod.* qui nominatim exigit, vt res vi poſſeſſa redeat in poteſtatem domini, vt vſucapi poſſit. Argumento tamen ſuæ opinionis confirmandæ cauſa, vtuntur ſatis valido, ſatis maſculo, quod ducunt ex *d. l. certe* E *§. Iulianus, de precar.* In cuius ſpecie licet id ibi palam non exprimatur, ponunt, non dominum fuiſſe vi deiectum de poſſeſſione fundi, & inde ſtatuunt purgari peruaſionis ſiue deprædationis vitium, ſi fundus redierit in poteſtatem non domini, qui vi deiectus eſt, rediiſſe videri, ſi is, qui ab eo vi poſſidet, id eſt, qui vi eum deiecit, eundem fundum ab alio precario rogauerit, vt ſibi poſſidere liceret, quia hoc pacto prædo deſiit vi poſſidere, & incipit precario poſſidere, qui iuſtus eſt titulus ex voluntate eius, quem vi deiecerat. Quod in eo §. *Iulianus,* confirmatur hoc exemplo, quia & ſi prædo fundum, cuius poſſeſſionem vi occupauit, expulſo non domino poſſeſſore: ſi, inquam, eum fundum ab eodem emerit, purgari inuaſionis vitium, id eſt, deſinit vi poſſidere, & incipit pro emptore poſſidere. Addit, & hoc ſolum dubitationem facit, *& dominium capere,* id eſt, vſucapere incipit, *incipit,* inquit, *pro emptore vſu-*

capere, quia ait, *vsucapere*, siue quod idem est, *dominium capere*, ex eo colligunt recte, dominum non fuisse eum, qui deiectus est vi, quoniam si a domino emisset fundum, & pro tradito habuisset, dominium fundi adquisisset, & ideo pro emptore vsucapere non potuisset. Proinde hinc efficiunt, eum, qui vi deiectus est, non fuisse dominum, & si postea fundum, quo expulsus est, prædoni vendiderit, prædoni necessariam esse vsucapionem pro emptore. Cæterum vitium ex re vi possessa, ex fundo vi possesso amoueri: quia ea res ad non dominum, qui possidebat, cum deiectus est, rediit, rediisse venditio arguit. Id vero longe abhorret a iure, vt purgetur vitium rei possessæ vi, re reuersa in potestatem non domini, cum siue fuerit furtiua, siue vi possessa in *d.* §. *aliquando*, dicatur, eam rem non ante vsucapi posse, quam redierit in potestatem domini. Itaque verisimile esse dico in *d.* §. *Iulianus*, sicut initio dixi, prædonem incipere precario possidere, qui precario rem rogauit ab eo, quem vi ab ea re deiecit: Ita & in extremo huius §. dixisse Iulianum & scripsisse hoc modo: *Nam & si*, prædo scilicet, *ab eo emerit, quem vi deiecit, inciperet etiam pro emptore possidere*, nec adiecisse *vsucapere*, *aut dominium capere*. dixisse simpliciter vt supra, *incipere simpliciter pro emptore possidere*, &c. sicut *sup. incipere precario possidere, & vi desinere possidere*. & in summa incipere possidere pro suo, non pro alieno, non pro possessore, vt ait *l. furt. in princip. hoc tit.* Nec igitur scripsisse Iulianum, prædonem, qui ab eo emerit, *incipere etiam*, vt vulgo scriptum est, *pro emptore posse dominium capere*, quæ loquutio dura & inelegans est, *incipere posse vsucapere*, confecta ex tribus infinitiuis. Itaque ita potius legamus vt dixi, *inciperet etiam pro emptore possidere*, non posse, sed possidere. Et conuenienter speciem ponamus in domino, qui vi deiectus est, a quo, si prædo fundum emerit, cuius possessionem per vim apprehenderit, & pro tradito habuerit, desinit vi possidere, & incipit possidere pro emptore, & fundus quidem non ab ipso: fundus, inquam, non ab ipso, quia fundi dominus est, sed ab alio quandoque vsucapi potest, quasi purgato inuasionis vitio. Quod etiam ita proponitur in *l. quamuis, de furtis*, & significatur in §. *tunc in potestatem*. His addamus quod est in §. *pen. huius l.*

Ad §. penult.

NOn videri fundum vi possideri, si quis intrauerit in fundi possessionem vacuam, id est, a nemine possessam, domino forte, vt exemplum apponatur, per alium vi expulso de possessione fundi, nec ab eo, qui expulit apprehensa possessione, vt in §. *si tu me vi, sup* Quo casu neque is, qui vi expulit me, possidet, quia non apprehendit possessionem, neque is, qui vi expulsus est, quia deposuit animum possidendi, & nullus ergo possidet, denique possessio vacat. Si quis igitur nemine possidente fundum ingrediatur, vacuam possessionem intret, & deinde venientem dominum fundum prohibeat ingredi, non videtur vi possidere; qui dominum non possidentem prohibet: si dominum possidentem, siue animo retinentem possessionem prohiberet, vi possideret, eoque genere dominus possessionem, quam animo retinebat amittere videretur, *l.* 1. §. *eum qui, & seq. inf. de vi & vi arm. l. clam, in fin. sup. tit. prox.* Quæ nihil officiunt huic §. penult. quoniam in his legibus non vacabat possessio, at in §. pen. vacabat.

Ad §. Si viam.

SCiendum est, seruitutes vsu non adquiri, inusu tamen amitti: *seruitutes vsu non adquiri*, id est, non vsucapi, quia res incorporales sunt, nempe iura prædiorum, & res incorporales, nec vsucapionem, nec possessionem recipiunt, *l. seruus* §. 1. *de adquir. rer. dom.* Ac præterea, quod explicabitur fusius in §. *vlt. huius l.* lex Scribonia, cuius fit mentio in eo §. *vlt.* omnino sustulit seruitutum vsucapionem, seruitutes tamen, vt dixi, inusu amitti, id est, si is, cuius prædio debentur, eis biennio vsus non sit. Iure veteri, vt Paulus docet 1. *sent. de seruit.* Iure autem nouo siue Iustinianeo, si decennio inter præsentes, vicennio inter absentes, vsus seruitute non sit *l. pen. C. de seru. & aqua.* Ex quo iure nouo & in hoc §. *si viam*, cum scripsisset Paulus *per biennium non vtendo amitti viam*, Tribonianus reposuit, *per longum tempus*, id est, decennium, aut vicennium. Ea est plerumque definitio longi temporis. Et sententia huius §. hæc est, viæ seruitutem amitti non vtendo. Si quis eum, qui viam per fundum alienum habuit, si dominus ipse fundi eum a via vi expulerit, atque ita fecerit per constitutum tempus, ne via vteretur. Igitur non vtendo amitti viam, & si vi illata a domino hoc contigerit, vt is, cui debetur via, via vsus non sit, quia ad hunc casum nihil pertinet *l. Plautia & Iulia*, sed pertinet tantum ad rem vi possessam, deiecto veteri possessore, non autem ad seruitutem, cuius vsu per vim quis expulsus sit, *quia seruitus*, inquit, *cum sit ius incorporale, non intelligitur possideri*. Quintil. 5. cap. 10. *Ius quod sit incorporale apprehendi manu non possit.* Et consequenter, vt Paulus ait, *mero iure*, id est, κατ' τὸ ἀκριβές, *neminem deiici de via*, neminem deiici de re incorporea. Atque etiam idem sentit Accursius in *l.* 3. §. *vnde, de vi & vi arm.* eo nomine non competere interdictum vnde vi, quod quis seruitute aut via vti, vi prohibitus sit. Et hæc sunt, quæ de rebus vi possessis habentur in hac l. quibus proculdubio adiunxit etiam Paulus in *l. pen. ad l. Iul. repetund.* quæ est ex hoc libro.

Ad l. penult. Ad l. Iul. Repetund.

Quod contra legem repetundarum proconsuli vel prætori donatum est, non poterit vsucapi.

§. 1. *Eadem lex venditiones, locationes, eius rei causa pluris minorisue factas irritas facit: impeditque vsucapionem, prius quam in potestatem eius, a quo profecta res sit, heredisue eius veniat.*

RES contra legem Iuliam repetundarum pecuniarum donatas proconsuli vel prætori, id est, proprætori, vt in *l.* 13. *de iurisd.* Proconsul & Prætor, id est, proprætor, quoniam lex Iulia repetund. pertinet tantum ad magistratus prouinciales, non ad magistratus vrbanos: prætor est magistratus vrbanus, proprætor prouincialis. Itaque in hac *l. pen.* ille articulus *pro* repetendus est ex priori voce proconsuli vel prætori: rebus, inquam, vi possessis addendæ sunt res contra legem Iuliam repetundarum donatæ magistratui prouinciali, quia & hæ quasi vi possessæ non possunt vsucapi, antequam redierint in potestatem eius, a quo profectæ sint, vel heredis eius. ¶ Sed neque res eidem venditæ, aut locatæ donationis seu beneficij causa, siue pluris, quod prima specie mirum est, siue minoris venditæ, aut locatæ sunt. Quid est etiamsi pluris venditæ sint, aut locatæ? Ita est, quia & nonnunquam magni interest præsidis prouinciæ, rem aliquam magno & immenso pretio comparare, adeo vt magnum beneficium accipere videatur, si quis eam rem ei vel pluris vendiderit. Lege autem Iulia repetundarum, vt ibidem ostenditur, *& venditiones omnes*, inquit, id est, venditiones omnium rerum, præter quam esculentorum, & poculentorum, quæ victus quotidiani sunt & rerum paternarum, vt *l. qui officij, de cont. empt. l. princeps, C. Theod. de iis qui adm. prou. vel eff. publ.* Cæterarum rerum, & venditiones, & locationes, præsidi prouinciæ factas, *eius rei*, inquit, *causa*, id est, donationis aut beneficij loco, quæ causa semper inesse præsumitur, *irritas facit, & earum vsucapionem inhibet*, quasi scilicet vi possessarum, aut ereptarum. M. Tull. accusat. in Verrem 4. siue libro de signis. *Quæ fuit*, inquit, *causa cur tam diligenter nos*, id est, magistratus prouinciales, *in prouinciis ab emptionibus remoueris? Hæc iudices*, inquit, *quod putabant ereptionem, non venditionem esse, cum venditori suo arbitratu vendere non liceret.* Itaque recte rebus vi possessis, adiecit res magistratui prouinciali donatas, vel aperta donatione, vel tacita

tacita sub venditionis specie, aut locationis. Nunc redeo ad §. *vlt. l.* 4. *de vsurp. & vsuc.*

Regressus ad §. vlt. legis 4. de vsuc. &c.

HOdie plenius tractabimus, an seruitutes prædiorum, id est, an libertates seruitutum, vt est hic scriptum, eorumdem prædiorum vsucapi possint. Seruitutes aliæ sunt prædiorum rusticorum, aliæ vrbanorum. Et seruitutes rusticorum quidem vsucapi non possunt, quia tametsi rebus corporalibus accedant, tamen res incorporales sunt, & res incorporales nec vsucapionem recipiũt, nec possessionem, sine qua vsucapio non contingit, §. *si via, sup.* Additur alia ratio in *l.* 14. *de seru.* quia seruitutes prædiorum rusticorum, veluti via, iter, actus, aquæductus, vel aquæ haustus, eius sunt naturæ & conditionis, vt non habeant certam & continuam possessionem, id est, quasi possessionem, vel vt habeant intermissionem, *l.* 13. *de vsufr. leg.* neque enim continuo ire, agere, ambulare, vel aquam ducere, vel haurire quisquam potest sine intermissione, nisi forte aquæ riuus sit, per quem sine opera eius, cui aqua debetur, sua sponte aqua fluat perpetuo. Quo genere etiam vsurpari & retineri aquam placet, quæ sua sponte fluit, etsi is, cui debetur aqua, eam non attingat, eaque non vtatur, *l.* 1. §. *quæsitum, de aq. quot. & æst. l.* 12. *quemadm. seruit. amitt.* Et in vsucapione continua possessio requiritur, non interrupta, non interpellata, *l.* 3. *hoc tit.* Ex contrario igitur seruitutes vrbanorum prædiorum, veluti altius ædes sublatas habendi, & officiendi luminibus vicini, vel tigni aut stillicidij immittendi, aut mœniani proiiciendi: hæ, inquam, seruitutes vrbanorum prædiorum, quia certam habent & continuam possessionem, vsucapi possunt, aut poterant olim. Verum & in his seruitutibus vrbanorum prædiorum idem obseruatur hodie, vt vsucapi non possint, *d. l.* 14. quia & in his, etsi posterior ratio non valeat, quam efficere diximus, vt seruitutes rusticorum prædiorum non vsucapiantur, prior tamen ratio valet, quia & seruitutes vrbanorum prædiorum, cum sint iura incorporalia, possideri non intelliguntur. Et vt proponitur in hoc §. *vlt.* qui proprie est de seruitutibus vrbanorum, non rusticorum prædiorum, earum quoque seruitutum vrbanarum vsucapionem lex Scribonia sustulit, qui locus est singularis. Vnde & in *l.* 20. *de seruitut. vrbanor. prædior.* seruitutes vrbanorum prædiorum possessione retineri dicuntur, id est, vsurpari, non vsucapi; quia vsurpatio interrumpit vsucapionem libertatis earumdem seruitutum. Denique post legem Scriboniam hoc iure vtimur, vt nec seruitutes vrbanorum prædiorum per se vsucapi possint, *l.* 10. §. 1. *inf. hoc tit.* vt seruitutes, inquit, vrbanorum prædiorum per se nusquam possint vsucapi. nusquam, id est, neque in Italia, neque in prouinciis: cum ædibus tamen, aut ædificiis vsucapi posſint, quia & qui ædes posſident, & seruitutes, quas ædes debent vicinis ædibus, posſidere intelliguntur, *l. si ædes* §. *vlt. de seruit. vrban. prædior.* Seruitutes, inquam, impositas ædibus, quas posſident, posſidere, easdemque vsucapere, id est, earum libertatem vsucapere intelliguntur, *si modo, nec vi, nec clam, nec precario*, id est, si non mala fide posſident, *l. si precario, comm. præd.* exempli gratia, si cum vicino ædes meæ deberent seruitutem altius non tollendi & obstruendi luminibus vicini, ædes meas integro statuto tempore altius sublatas habuero, non vi, non clam, non precario, ita posſidendo ædes meas, & possedisse videor seruitutem eis impositam atque vsucepisse eius libertatem. Quæ est sententia huius §. *vlt.* & *d. l. si ædes* §. *vlt.* Constitui igitur seruitus vsucapione nulla potest, tolli vsucapione potest: vel dicas hoc modo, vsucapi seruitus potest, non vt constituatur, sed vt perimatur, vsucapio præstare potest libertatem seruitutis, non seruitutem. Ad hæc notandum est, libertatem tantum seruitutum vrbanarum vsucapi posse, non etiam libertatem seruitutum rusticarum. Ratio differentiæ hæc est, quia seruitutes rusticæ, veluti via, iter, actus, cum ipso inusu solo amittantur, sine vllo eius facto, qui eas debet, consequens est, libertatem earum non vsucapi, quia vsucapio non iuris est tantum, sed etiam facti. Et hoc est, quod Paulus ait Sentent. 1. tit. 25. *Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio vsus non est, amisisse videtur.* Inusu solo, inquam, *quia vsucapi*, inquit, *non possunt*, id est, quia earum seruitutum libertas vsucapi non potest, quę solo inusu amittũtur, sine facto eius, qui eas debet. At seruitutes vrbanorũ prædiorum, non omnimodo amittuntur non vtendo, quoniam non sine facto eius, qui eas debet, id est, non sine vsucapione libertatis, neque enim, vt hoc exemplis planum faciam, desino debere seruitutem altius non tollendi, quam debeo tuis ædibus, ne luminibus officiam, si tu lumina, siue fenestras ædium tuarum obstruxeris, atque ita seruitute tibi debita vsus non fueris, nisi & ipse constituto tempore ædes meas altius sublatas habuero, id est, nisi libertatem ædium mearum vsucepero. non desino item debere seruitutem tigni immittendi & recipiendi, si tu tignum ex ædibus tuis in meas non immiseris, vel si immissum, diu exemptum inde habueris, nisi ego foramen, quo immitti tignum poterat, aut solebat, obturauero, & ita statuto tempore obturatum & conseptum habuero. Quod ostenditur in *l.* 5. *de seruit. vrbanor. prædior. l. si quis alia* §. *vlt. quemadm. seruit. amitt.* Præterea notandum est hoc iure, quamuis seruitutes vsucapi non posſint, longo tamen tempore eas, longa consuetudine adquiri, absque vllo alio iure, siue titulo, si modo quis eis vsus sit longo tempore, bona fide, non vi, non clam, non precario. Quod constat ex *l.* 1. §. *vlt. de aqua & aqua pluuia, l.* 5. §. *pen. de aqua quotid. & æst. l. si quis diuturno, si seruitut. vind. l.* 1. & 2. *C. de seruit.* si, inquam, seruitutibus longo tempore vsus sit, non vi, non clam, non precario. Adde, & si seruitutibus vsus sit tanquam suo iure, id est, quasi iure debitis sibi seruitutibus, quibus vsus est, quod constat ex *l. vlt. de itin. actuque priu.* Et in hanc rem satis erit exponere, quod est in *d. l. si quis diuturno*, qui nullo iure sibi quæsitam aquæductus seruitutem habebat, *eam diuturno vsu*, inquit, *& longa quasi possessione*, quia seruitus proprie non posſidetur, longa consuetudine quæsiuit, si vindicet eam seruitutem, si agat confessoria actione, non directa, quia non iure directo aquæductum adquisiuit: non posseſsione, sed quasi posseſsione, non vsucapione, sed prolixitate temporis, vt loquitur *l.* 22. §. *sed enim, ad Trebellianum.* Et Isocrates in Archidamo, τῷ πλήθει τοῦ χρόνου, *præscriptione longi temporis*, non ipso iure, sed tuitione prætoris, aut præsidis, *l. vlt. de aqua & aqua pluu.* nec si agat vtili actione, vtili vindicatione aquæductus, necesse habebit, vt eadem lex ostendit, de titulo docere, quo aquæ seruitus constituta est, veluti pro legato, pro emptore, vel pro donato, quia longa consuetudo diuturnusque vsus pro titulo est. Est satis igitur, si doceat se per decem annos inter præsentes, aut viginti inter absentes sine intermiſsione & interpellatione aquam duxisse bona fide, id est, non vi, non clam, non precario. Sufficit ergo vsus continuus decem, aut viginti annorum: ne dicas, non sufficere, sed vetustatem requiri, quæ exsuperet memoriam hominum, quod tentari potest ex *l.* 3. §. *ductus, de aqua quotid. & æst.* quia ille locus, *immemoriam*, sic loquamur secundum idioma Papiniani, immemoriam non exigit in adquirendo aquæductu, sed immemoria aquæductum recte constitutum dicit. Ex quo non sequitur, non recte constitutum esse eum, quem longi temporis vsus constituit, cum & longo tempore adquisitæ aquæ origo remota esse posſit a memoria hominum. Proinde non immemoria tantum: sed & longo tempore, quantumuis licet memoria eius exstet, seruitus iure quæsita intelligitur. Summa huius tractatus est: Vsucapionem præstare libertatem seruitutum, quæ non omnimodo pereunt non vtendo, id est, seruitutum vrbanarum, non etiam seruitutum quæ omnino pereunt non vtendo, id est, rusticarum: vsucapionem vero non constituere seruitutem. At longi temporis quasi posseſsionem seruitutem constituere tuitione prætoris, vel præsidis, apud quem longi temporis vsus pro iusto titulo est. Et hodie igitur vsucapionem, quæ olim erat ex 12. tabul. anni tantum

in rebus mobilibus, & biennij tantum in rebus immobilibus, vel incorporalibus, vt in seruitutibus, quamquam ad extremum in eis admissa vsucapio non fuerit, hodie, inquam, vsucapione legitima ex 12. tabul. quæ breuioris erat temporis, conuersa mutataque in longi temporis possessionem etiam vsucapione, scilicet hodierna, Iustiniana, seruitutes adquiri posse, *l. vlt. in fi. C. de præsc. longi temp.* quæ vsucapionis transformatio, vt loquitur idem Iustinianus, etiam effecit, vt ex tribus, quæ initio huius legis pollicetur Paulus, se ordine explicaturum, de personis, quæ possunt, vel non possunt vsucapere: & de rebus, quæ vsucapi, vel non vsucapi possunt: & quanto tempore res vsucapiantur, tertium articulum Iustinianus siue Tribonianus omiserit, quia non idem fuit Paulo, quod Iustiniano vsucapionis tempus. Paulo breuius ex 12. tabul. Iustiniano prolixius, & quia vsucapio & longi temporis possessio, præscriptio Paulo fuere diuersa. Iustiniano sunt idem omnino. Et hæc de seruitutibus, & libertate earum sufficiunt. Addam in extremo, rebus, quæ vsucapi non possunt, adiunxisse etiam Paulum ea, quæ ædibus vel ædificiis quibuscunque iniuncta sunt, veluti marmora, columnas, tigna, ostia, tegulas, quia heres, cum nec singulæ possideri intelligantur, quandiu hærent ædificiis, nec vsucapi igitur possunt, si alienæ fuerint, vel si ædificia ipsa plane tota fuerint aliena, ædificia possunt vsucapi, sed non singulæ res, ex quibus constant, quia non singulæ possidentur, sed vniuersitas tantum ædificij possidetur, *l. eum qui ædes inf. hoc tit.* Et ob eam rem etiam hæ res, ex quibus ædificia constant, legari, vendi, aut emi non possunt ex SC. ne ædificia diruantur, & deformetur vrbis aspectus, facto Adriani temporibus Auiola & Pansa consulibus. Et ex edicto etiam Vespasiani, *l. cætera, de leg. 1. l. 2. C. de ædif. priu.* Et hoc demum, cum scriberet Paulus in hoc libro 54. adiecit proculdubio, quod extat ex eodem libro in *l. Senatus 52. de cont. empt.*

Ad l. Senatus 52. De contrah. empt.

Senatus censuit, ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi adquireretur: neve quis negotiandi causa, eorum quid emeret, venderetve. Pœna in eum, qui aduersus Senatusconsultum fecisset, constituta est: vt duplum eius, quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero, qui vendidisset vt irrita fieret venditio. Plane si mihi pretium solueris, cum tu duplum ærario debeas, repetes a me, quod a mea parte irrita facta est venditio. Nec solum huic Senatusconsulto locus erit, si quis suam villam vel domum, sed & si alienam vendiderit.

SEnatusconsulto vetitum esse promercij causa, id est, negotiationis ædificia sua, vel aliena, si quis forte aliena possideat, demoliri, & marmora aliave corpora, ex quibus ædificia constant, vendere per partes, vendere in partes; quo plus adquiratur, inquit: quia plerunque (quod verum est) ex venditione singularum rerum plus pecuniæ redigetur, quam ex venditione totius ædificij. Et eodem SC. docet, pœnam esse constitutam tam in emptorem, quam in venditorem, qui aduersus Senatusconsultum fecisset. Pœnam in duplum scilicet redigendam in fiscum, aut ærarium. Quomodo in duplum videamus. Emptore scilicet quanti emit materiam ædificij, & venditore similiter quanti vendiderit & accepit, tantumdem inferente in ærarium, vt *l. vlt. de dam. inf.* Quo genere fit, vt vterque ærario conficiat duplum, vel etiam emptore inferente duplum integrum, vt si emit 100. conferat ducenta, & a venditore repetente pretium, quod ei numerauit, aut si nondum pretium ei numerauit, venditori denegata actione ex vendito. Quæ est sententia *d. l. Senatus.* Proxima recitatione veniam ad *l. 2. pro empt.*

Ad l. 2. pro emptore.

Pro emptore possidet, qui re vera emit. nec sufficit, tantum in ea opinione esse eum, vt putet, se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. Si tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam: vsucapies. Quare ergo, & si putem me vendidisse, & tradam, non capies vsu scilicet, quia in cæteris contractibus sufficit traditionis tempus. Sic denique si sciens stipuler rem alienam, vsucapiam: si, cum traditur mihi, existimem illius esse. At in emptione & illud tempus inspicitur, quo contrahitur. Igitur & bona fide emisse debet, & possessionem bona fide adeptus esse.

1. §. Separata est causa possessionis & vsucapionis. nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide. Quemadmodum qui sciens alienam rem emit pro emptore possidet, licet vsu non capiat.

2. §. Si sub conditione emptio facta sit: pendente conditione, emptor vsu non capit. Idemque est, & si putet conditionem extitisse, quæ nondum extitit. similis est enim ei, qui putat se emisse. Contra si extitit, & ignoret: potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, vsucapere eum. Est tamen nonnulla diuersitas: quod ibi, cum rem putat alienam, quæ sit venditoris, affectionem emptoris habeat: at cum nondum putat condemnationem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse. quod apertius quæri potest, si cum defunctus emisset, heredi eius traditur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi: an vsucapio cesset.

3. §. Sabinus: si sic empta sit, vt, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non vsucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, vtrum conditio sit hoc, an conuentio: si conuentio est, magis resoluetur, quam implebitur.

4. §. Si in diem addictio facta sit (id est, nisi si quis meliorem conditionem attulerit) perfectam esse emptionem, & fructus emptoris effici, & vsucapionem procedere, Iulianus putabat. Alij & hanc sub conditione esse contractam, ille non contrahi, sed resolui dicebat, quæ sententia vera est.

5. §. Sed & illa emptio pura est, vbi conuenit: vt si displicuerit intra diem certum, inempta sit.

6. §. Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait, vsu me eum non capturum: quia id, quod emptum non sit, pro emptore vsucapi non potest. Sed si fundus emptus sit & ampliores fines possessi sint: totum longo tempore capi: quoniam vniuersitas eius possideatur: non singulæ partes.

7. §. Eius bona emisti, apud quem mancipia erant deposita, Trebatius ait vsu te non capturum: quia empta non sint.

8. §. Tutor ex pupilli actione rem, quam eius putabat esse, emit. Seruius ait, posse eum vsucapere. In cuius opinionem decursum est: eo quod deterior causa pupilli non sit, si propius habeat emptorem. Et si minoris emerit, tutelæ iudicio tenebitur, ac si alij minoris addixisset. Idque & a Diuo Traiano constitutum dicitur.

9. §. Procuratorem quoque qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant, vtilitatis causa pro emptore vsucapturum. Idem potest dici, & si negotia domini gerens ignorantis, emerit propter eandem vtilitatem.

10. §. Si seruus tuus peculiari nomine emat rem, quam scit alienam: licet tu ignores alienam esse, tamen vsu non capies.

11. §. Celsus scribit, si seruus meus peculiari nomine adipiscatur possessionem, id etiam ignorantem me vsucapere, quod si non peculiari nomine, non nisi scientem me, & si vitiose cœperit possidere, meam vitiosam esse possessionem.

12. §. Pomponius quoque in his, quæ nomine domini possideantur, domini potius, quam serui voluntatem spectandam ait. Quod si peculiari, tunc mentem serui quærendam. Et si seruus mala fide possideat, eamque dominus nactus sit, vt suo nomine possideat, adempto puta peculio dicendum est, vt eadem causa sit possessionis: & ideo vsucapio ei non magis procedat.

13. §. Si seruus bona fide emerit peculiari nomine, ego, vbi primum cognoui, sciam alienam: processuram vsucapionem, Celsus ait. Initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si ego ipso tempore, quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam: vsu me non capturam.

14. §.

14.§.*Et ſi,quod bona fide ſeruus meus emerit, in pactionem libertatis mihi dederit: non ideo me magis vſucapturum, durare enim primam cauſam poſſeſſionis idem Celſus ait.*

15.§.*Si a pupillo emero ſine tutoris auctoritate, quem puberem eſſe putem: dicimus vſucapionem ſequi, vt hic plus ſit in re,quam in exiſtimatione. Quod ſi ſcias pupillum eſſe,putes tamen pupillis licere res ſuas ſine tutoris auctoritate adminiſtrare, non capies vſu: quia iuris error nulli prodeſt.*

16.§.*Si a furioſo, quem putem ſanæ mentis, emero: conſtitit vſucapere vtilitatis cauſa me poſſe,quamvis nulla eſſet emptio. & ideo neque de euictione actio naſcitur mihi, nec Publiciana competit, nec acceſſio poſſeſſionis.*

17.§.*Si eam rem, quam pro emptore vſucapiebas, ſcienti mihi alienam eſſe vendideris, non capiam vſu.*

18.§.*Etiam heredi vlteriori defuncti poſſeſſio proderit, quamvis medius heres poſſeſſionem eius nanctus non ſit.*

19.§.*Si defunctus bona fide emerit, vſucapietur res,quamvis heres ſcit alienam eſſe. Hoc & in bonorum poſſeſsione, & in fideicommiſſariis, quibus ex Trebelliano reſtituitur hereditas, ceteriſque pretoriis ſucceſſoribus obſeruatum eſt.*

20.§.*Emptori tempus venditoris ad vſucapionem procedit.*

21.§.*Si rem alienam emero, & cum vſucaperem, eandem rem dominus a me petierit: non interpellari vſucapionem meam litis conteſtatione. Sed ſi litis æſtimationem ſufferre maluerim: ait Iulianus, cauſam poſſeſsionis mutari ei, qui litis æſtimationem ſuſtulerit. Idemque eſſet,ſi dominus ei, qui rem emiſſet a non domino, donaſſet. Eaque ſententia vera eſt.*

MAiorem partem libri 54. expoſui ex iis legibus, quæ magna negotia faciunt. ſupereſt tantum lex ſecunda *pro emptore*, in qua oſtenditur, quod & *l. pen. ſup. tit. prox.* quam diſtet titulus ſiue cauſa poſſeſſionis & vſucapionis pro emptore a cæteris poſſeſſionum cauſis, quæ originem ducunt ex ſtipulatione, vel ex teſtamento, vel ex aliis contractibus aut quaſi contractibus emptioni venditioni diſſimilibus. In ceteris cauſis bona fides quod ad vſucapionem attinet, exigitur initio ſolutionis tantum,vel quod idem eſt, initio traditionis, initio poſſeſſionis, initio vſucapionis: nec exigitur etiam initio contractus: veluti initio ſtipulationis aut initio teſtamenti, *l.44.§.& ſi poſſeſsioni, ſup.tit.prox.* In cauſa autem emptionis venditionis non ſatis eſt, ſi bona fides interueniat traditionis tempore, ſed & bonam fidem interuenire oportet contractus tempore: Vnde ſi ſtipulanti tibi rem alienam, ſcienti rem alienam eſſe,promittam eam rem me daturum: non ideo minus eam rem a me tibi ſolutam vſucapies pro ſoluto, licet, vt dixi, eam ſtipulatus fueris ſciens alienam eſſe, ſi modo ſolutionis tempore putaueris eam rem meam eſſe, puta me eam rem emiſſe a domino, quia ſolutionis duntaxat tempus non ſtipulationis inſpicitur: poſſeſſionis tempus, non contractus tempus. Denique tempus a quo incipit vſucapio, quæ certe non incipit ante poſſeſſionem, ante vſum rei. At ſi de me ſciens rem alienam emeris, eam non vſucapies pro emptore,etiam ſi traditionis tempore putaueris,eam rem meam eſſe. Quia in hoc negotio non tantum traditionis, ſed etiam emptionis tempus inſpicitur, an emptor ſcil.bona fide emerit, & bona fide, rem ſibi traditam a venditore acceperit, *l.7.§. vlt.de Pub.in rem act.* Hinc vero fit,vt ex cauſa aliorum contractuum, ſi quid ſoluatur bona fide accipienti,id eſt, exiſtimanti id ſibi deberi ex ea cauſa, ex qua ſoluitur,vt id pro ſoluto vſucapi poſſit,etiamſi reuera non debeatur. Ex cauſa autem emptionis pro ſoluto, vel pro emptore, vel pro ſuo,vt vſucapi non poſſit, quod traditur bona fide accipienti, id eſt, exiſtimanti rem ſibi deberi ex cauſa venditionis,niſi reuera emerit, quod ex ea cauſa accepit & poſſidet *§.cum Stichum, & §.ſeq.inf.* in *h.l.* excepto vno caſu; qui exſtat in *l.* 11. *inf. h. t.* & à me plenius ad Africanum expoſitus eſt. nam illa l. 11. eſt Africani. Cur vero res non poſſunt vſucapi pro emptore, etiamſi ex cauſa emptionis venditionis tradita ſit bona fide accipienti, ſi reuera empta non ſit: Nempe quia,vt dictum eſt, cum in eo contractu exigamus, vt bona fide emerit, non poſſum videri emiſſe bona fide,niſi re vera emerit. Ergo omnimodo exigitur, vt emerit, hoc non eſt ſatis: Et vt emerit bona fide: Ac præterea, vt traditum ex cauſa venditionis bona fide acceperit. At videamus, cur etiam tempus emptionis exigimus, vt bonam fidem habeat, non etiam ſtipulationis tempus, vel alterius contractus, qui & aliuſcunque contractus ſit, ſtipulationis nomine comprehenditur, quod ſoleat ſtipulatio ſubiici omnibus contractibus. Stipulatio eſt πανδέκτη, vt dicere ſoleo,omnium contractuum. Cur ergo emptionis tempus exigimus, vt bonam fidem habeat, nedum traditionis, nec etiam exigimus, vt & alterius contractus tempus bonam fidem habeat: Cur contenti ſumus bona fide, quæ interueniat ſolutionis tempore? Vera eſt ratio: non ea quam adfert Accurſ. ſed ea quam affert & demonſtrat ſatis euidenter Iuriſc. in *l.* 15. §. *vlt. ſup. tit. prox.* quam neſcio quo ore, quave fronte reiicit Accurſ. Quia improbum eſt & furto proximum rem emere,aut vendere, quam ſcimus alienam eſſe, *l.* 1. *C. de com. rer. alien.l.* 34. §. *item ſi emptor, de cont. empt.* Conceſſum eſt tamen ſtipulari, & promittere rem, quam ſcimus, vel promiſſoris non eſſe, vel noſtram non eſſe: quæ ſunt verba *d. l.* 15. §. *vlt.* quia ſcilicet in ſtipulatione id agimus, vt eam rem promiſſor redimat a domino, & mox transferat in ſtipulationem. In emptione autem id non agimus, vt venditor rem a domino redimat, ſed eam ab eo quaſi ſuam emimus, vt & ipſe eam vendit quaſi ſuam, & eo animo,vt a ſe mox traditione facta, dominium tranſeat in emptorem: alioquin non eſt emptio venditio, *l.pen.§. vlt.de cont.empt.* Neque tamen tempore emptionis ſufficit habere bonam fidem, vt Proculiani ſenſiſſe videntur: ſed etiam ex Sabinianorum ſententia traditionis initium exigimus,vt habeat bonam fidem,*l.10.in prin.l.43.ſup.tit.prox.* Initium traditionis & vſucapionis, *l.4.§.de illo, in fi.ſup. tit.prox.* Alioquin vitioſa poſſeſſio eſſet, id eſt, malæ fidei: ergo inutilis ad vſucapionem, quia ex poſſeſſione malæ fidei vſucapio ſequi non poteſt. Et vt oſtenditur in §. 1. *h. l.* aliud eſt emere, aut pro emptore poſſidere: aliud vſucapere pro emptore, quia pro emptore poſſidet etiam, qui mala fide emit. Et enim reuera emit, qui mala fide emit, ſciens alienam rem eſſe, non tamen vſucapit pro emptore *§. ſi eam rem,inf.in h.l.* Denique non quodcunque qualitercunque poſſideo pro emptore,vel quolibet alio titulo,id etiam eodem titulo vſucapere poſſum. Vſucapio ius eſt bonæ fidei poſſeſſoris,non malæ fidei poſſeſſoris ius, *l.in bello §.ſi quis ſeruum, de cap.& poſtlim.* His conſequens eſt quod habetur in §. *ſi ſub conditione.*

Ad §. Si ſub conditione.

SI emptio & traditio conditionalis fuerit,antequam conditio exſtiterit, non ſequi,non procedere vſucapionem pro emptore, quia non eſt vera emptio, *l. neceſſario §.1.de per.& commod.rei vend.l.4.de in diem addict.* Idemque eſſe ſi emptor conditionem venditionis exſtitiſſe putet,quę non exſtiterit, quia ſimilis eſt ei qui putat ſe emiſſe, nec vere emit. Et vt ait initio huius legis, ex quo hæc pendent, *nec ſufficit tantum in ea opinione eſſe eum vt putet ſe emiſſe, ſed debet etiam reapſe ſubeſſe cauſa emptionis.* Non ſatis eſt,vt putet quis ſe emiſſe: inde quæritur, re empta ſub conditione, & tradita pendente conditione,an ſi poſtea conditio exſtiterit, & emptor ignoret eam exſtitiſſe, atque ita perfectam emptionem eſſe, an procedat vſucapio pro emptore ignoranti perfectam emptionem eſſe. Et Sabinus ait,vſucapionem pro emptore, etiam ignoranti conditionem exſtitiſſe, procedere inſpecta ſcilicet re ipſa & veritate potius, quam opinione emptoris: licet ſi a domino emerit, & acceperit, ſe emiſſe putans a non domino, putans rem alienam eſſe proculdubio dominium rei acquirit,quia plus poteſt quod eſt in re, quam quod eſt in opinione, *l.pen.§.qui ignorauerit, de iur. & fact. ignor.* Quod & hic videtur Paulus

adiecisse, quoniam subiicit, non per omnia hunc casum superiori esse similem, quia ibi cùm putat rem esse alienam, quæ est venditoris, cum putat se emere a non domino qui emit a domino, adfectionem emptoris habet: omnino enim vult emere. Hic autem cum sub conditione facta emptione putat conditionem nondum exstitisse, quę exstitit, nondum adfectionem emptoris habet, quia non putat emptionem esse perfectam. In vtroque tamen casu hæc diuersitas nihil efficit: nempe in vtroque casu plus valet substantia, τὸ ὄν, quam existimatio emptoris. Et addit tertium casum, in quo etiam plus valet substantia, id est, quod in re est, quam existimatio, si quod defunctus emit, nondum accepit, heredi eius tradatur a venditore, existimanti ex stipulationis non ex causa venditionis, non ex emptionis causa deberi, & tradi. Nam & hic substantia potius, quam existimatione heredis inspecta pro emptore vsucapio sequitur. Et multo magis, si res defuncto emptori tradita fuerit, quam heres putet eum ex alia causa possidere, vt *l. nunquam 2. §. vlt. sup. tit. prox.* Et hæc mens hoc loco, quamvis eam aperte non aperiat, Pauli fuisse videtur. hinc vero rapta occasione, quæritur in §. *Sabinus.*

Ad §. Sabinus.

De re empta l. commissoria, id est, ea l. vt si intra certum diem pretium non soluatur venditori, res sit inempta, res committatur venditori, ita vt eam auferre vel abducere possit: quam rem, antequam pretium soluatur, Sabinus negat pro emptore vsucapi posse, iam traditam scilicet emptori, quia existimat Sabinus conditionalem esse emptionem, vt iam definiui: quod sub conditione væniit, pendente conditione pro emptore vsucapi non posse. At Paulus putat, quamvis id scribat diffidenter, dum ait: *Sed videamus vtrum conditio sit hæc, an conuentio: si conuentio est, magis resoluitur quam implebitur*, Paulus, inquam, putat, puram & perfectam esse emptionem, quæ fit sub lege commissoria, sed resolui eam sub conditione, videlicet si pretium non soluatur intra constitutum diem, & ideo interim quidem procedere vsucapionem pro emptore, & interim fructus perceptos acquiri, vt *l. 5. de leg. comm.* Verum pretio non soluto ad diem sub conditione resolui & interpellari, nec impleri ius vsucapionis, & fructus refundendos esse venditori ab emptore vt *l. 1. de leg. com.* denique mox statuit Paulus in §. *seq.* de re emptori addicta in diem, id est, ea l. vt si quis pretio adiecerit intra certum diem, res sit inempta, res a priore emptore abeat, quia & emptionem hac l. factam, verum est conditionalem non esse, sed puram & sub conditione resolui pretij adiectione facta ab alio, & ideo interim vsucapionem pro emptore currere, & fructus similiter, atque accessiones omnes acquiri emptori, vt *l. 2. de in diem addict.* Ex qua tamen liquet, hoc Vlpianum non admisisse indistincte. Attigit Paulus hoc loco frequentiores leges, & conuentiones, quæ apponi in venditionibus solent, veluti legem commissoriam & addictionem in diem: nam & iis addit tertiam, si res væneat ea l. vt si emptori displicuerit intra certum tempus, res sit inempta, vtque eam venditori redhibere possit. In qua & idem multo magis admittendum est, vt statim procedat vsucapio pro emptore, quia ea lege factam emptionem constat inter omnes puram esse, atque perfectam: sed resolui sub conditione, si intra diem condictum displicuerit, *l. 3. de cont. empt. l. pen. C. de adil. ed.* Sequitur §. *cum Stichum.*

Ad §. Cum Stichum.

Cvius etiam definitio pendet ex propositione, quam Paulus posuit initio huius legis, Pro emptore possidere, & vsucapere eum, qui reuera emit: non etiam eum, qui non emit, licet ex causa emptionis rem traditam acceperit. Ex ea enim propositione efficitur, quod ostenditur in §. *cum Stichum*, eum qui emit Stichum, si per errorem Damam sibi traditum acceperit, exempli causa, Damam non vsucapere pro emptore, quia Damam reuera non emit, sed Stichum. Et, quod eleganter subiicit, aliam esse rationem fundi empti venditi, qui si finibus amplior tradatur, quam sit, pro emptore totus vsucapi potest: quia non partes fundi singulæ possidentur, sed vniuersitas fundi: *vniuersitas*, Basil. ὁλότης, siue totus fundus. Cui sententiæ nihil obstat *l. 4. h. t.* quę ait: Emptorem fundi, qui scit certā fundi partem esse alienam, eam partem non vsucapere, cæteras vsucapere, quas putat esse venditoris: eum vero, qui incertam partem fundi scit esse alienam, nihil vsucapere. Cur non ait, eum vniuersitatem vsucapere, & cum vniuersitate partem alienam siue certam siue incertam? Nihil est facilius. Ibi emptor sciuit partem alienam esse: hic ignorauit, emit vniuersitatem fundi, quem totum, vt tradebatur, existimabat esse venditoris, & ideo ei tanquam bonæ fidei possessori totius fundi, vt finibus demonstratus est, totus fundus vsucapi potest.

Ad §. Eius bona.

Pendet etiam ex eodem principio, quod est in hoc §. Emisti hereditatem aut bona eius, apud quem serui quidam depositi erant: hos seruos non vsucapies pro emptore, vel pro suo, quia eos non emisti, neque enim hi fuerunt in bonis, sed ex bonis, secundum distinctionem *l. 2. §. in hac, vi bon. rapt.* non fuerunt in bonis venditoris, sed in bonis alterius, & periculo venditoris, vt *l. 18. in princ. de dam. inf. & l. hac non tantum, de pet. hered.*

Ad §. Tutor. & §. seq.

Sciendum est, tutorem rem pupilli, quæ scilicet emi vendi potest, a seipso emere non posse, neque enim posse & emptoris & venditoris partib. fungi, *l. si in emptione 34. §. vlt. de contrah. empt. l. 5. §. item ipse tutor, de auct. tut.* Contutore auctore, curatore distrahente, ab eo rem pupilli emere posse, *d. §. item ipse tut.* Itemque palam & bona fide rem pupilli emere posse, *l. 5. C. de cont. empt.* veluti ex auctione publica rerum pupillarium, auctione hastæ, vt in hoc §. proponitur: etiamsi ipse tutor auctionem proponat, vel faciat: nemo prohibetur ex auctione, quam facit nomine alieno, sibi emere. nam & eodem modo Comes rerum priuatarum Principis & Palatinus & patronus fisci, non possunt emere rem fiscalem, nisi ex auctione publica, quam vel ipsi faciunt, *l. vlt. C. de res. vend. l. vlt.* quę est Græca a nobis restituta, *C. de fide & iure hasta fisc. lib. 10.* Aliter vero si tutor rem pupilli emerit, & pro tradita habuerit, non potest eam vsucapere pro emptore, vt in hoc §. traditur. quia initium possessionis vitiosum est. Sed si ex auctione rem pupilli emerit, eam vsucapere potest pro emptore, quod necessario accipiendum est de re aliena a pupillo bona fide possessa, & vt illa verba indicant: *Rem quam pupilli putabat esse.* Rem enim pupilli propriam si tutor ex auctione emat, statim dominium eius acquirit, nec vsucapioni locus fuerit: nemo vsucapit rem suam. Ratio autem cur tutor ex auctione rem pupilli emere possit, hęc redditur in hoc §. Quia deterior pupilli conditio non fit. Imo melior fit, si propius habeat emptorem, nec sit ei necesse diutius expectare, aut longius quærere emptorem rei pupillaris. Melior fit conditio pupilli, si domi paratum habeat rei suæ emptorem: si tutor, qui auctionem facit rerum pupillarium, ipsemet paratus sit, eas res, vel quasdam ex iis emere suo pretio. Verum hoc exigimus, vt bona fide emat, *d. §. item ipse tut. & d. l. 5. C. de cont. empt.* Nam si ex auctione dolo malo tutor minoris emerit rem pupilli, eo nomine perinde tenetur iudicio tutelæ, atque si rem pupilli alij dolo malo minoris addixisset, ex constitutione Traiani: addicere est verbum proprium auctionū publicarū, ei enim qui pluris licitus est, res addicitur, id est, penes eum collocatur, vt in §. sequenti dicitur. Idem ostenditur seruari in procuratore, qui ex mandatu domini auctionē facit rerum ad eum pertinentium: nam & hic ex eadem auctione sibi rem emere potest, & vsucapere

pere,quam eius esse putabat, cum esset aliena. Vsucapere pro emptore,*quod*, vt ait, *vtilitatis ratio exposcit*, nempe (quam non explicat) quia eo modo vt dictum est §. *superiori*, melior fit, non deterior domini conditio, si propius habeat emptorem: si ipsemet procurator pluribus licentibus liceatur & ipse, & tandem emat sibi. Quæ ratio etiam efficit, vt procurator voluntarius,id est, qui sine mandato absentis,&ignorantis negotia gerit,ex auctione rerum eius, quam facit in rem & vtilitatem eius,cum forte expedit res eius quasdamdistrahi potius quam seruari,quia tempore & mora perituræ,deteriores futuræ erant, si sibi aliquid ex ea auctione emerit, id vsucapere possit pro emptore. Si inquit,*negotia domini gerens ignorantis*. Recte,*ignorantis*.nam huic loco est applicandum, quod ex hoc libro relatum est in *l.ignorantis* 49.*de procurat. Ingnorantis domini per procuratorem conditionem deteriorem fieri non debere*. Et hoc casu scil. vt dixi in §. *tutor*, non fieri deteriorem domini conditionem, si proximum, non longe petitum emptorem habeat id est, si ipsemet, qui accedit ad negotia eius, emat publice proposita auctione, & ipso pluris licente rem vel res vænum expositas. Denique hic locus est de procuratore, qui ignorantis negotia dum gerit, auctionatur quædam eius bona,quæ vendi maxime expedit.Superior locus est de eo,qui mandantis & scientis res hastæ subiicit, quod olim male acceperam. Et ex his omnibus locis, quod elicitur, valde notandum est,eum, qui alieno nomine facit auctionem, ex ea sibi emere posse. Confundi autem cum his locis non debet lex *atquin* 19. §. *cum me, de negot. gest.* quam adducit Accurs. quia non loquitur de negotiorum gestore,siue procuratore voluntario,qui ex auctione,quam facit nomine alieno,sibi emit rem, quam eius putabat esse, quam hic locus ostendit eum posse vsucapere pro emptore:sed loquitur §.*cum me*,de negotiorum gestore, qui rem domini ignorans bona fide emit a non domino, quam etiam pro emptore vsucapere potest, nec eam domino restituere tenetur actione negot. gest. nisi ante impletam vsucapionem, antequam impleta sit vsucapio, cognouerit rem domini esse. Quæ est sententia §.*cum me*.

Ad §. Si seruus tuus & quatuor sequentes.

EX hoc §.& aliquot sequentibus §.*Celsus* §.*Pomponius*, §.*si seruus meus*,& §. *& si quod*,*vsque ad* §.*si a pupillo*, intelligimus in emptionibus a seruo factis, cuius mens, cuius voluntas, fides, scientia spectanda sit. Quæ quæstio etiam locum habet in patre & filiofam. & quæcunque de ea dicentur de domino & seruo,eadem obtinent in patre & filio. Explicatum autem hæc quæstio perquam difficilem habet,nisi quæ ad eam pertinent, ordine certo distinguantur.Illud autem in primis constituendum est,quod & proponitur in §.*Celsus*, multum interesse, seruus peculiari nomine rem alienam emerit, an non peculiari nomine, siue nomine domini. Nam si peculiari nomine, si ex peculij causa emerit, dominus etiam ignorans eam rem emptam esse, eam rem pro emptore vsucapit. Quod iure singulari receptum est in rebus peculiaribus, vt ignoranti domino procedat vsucapio, *l.peregre* §. *quæsitum*, *sup. de acquir.poss.l.*47.*sup. tit. prox.* Si enim nomine domini rem seruus emerit, non ante, aut non aliter vsucapio domino procedit, quam cognouerit, & sciuerit rem emptam esse,*l.iusto* §. *vlt.sup.tit.prox.* Denique scienti tantum rem a suis possideri, vsucapio procedit, non ignoranti,nisi possideat ex causa peculiari. Est & alia differentia,quia in his, quæ seruus possidet peculiari nomine, siue, quod idem est, suo nomine, serui potius, quam domini mens spectanda est, quia in peculio sustinet vicem domini. In his autem, quæ seruus nomine domini emerit, domini potius quam serui mens intuenda est, vt ait §. *Pomponius*. Quod ita declarat,si seruus peculiari nomine emit, aut emit,& accepit bona fide, ignorans rem alienam esse,aut mala fide, sciens rem alienam esse. Si bona fide quidem dominus non vsucapit, si eo tempore, quo seruus bona fide emit sciuerit rem esse alienam, quia scientia domini vitiosum initium possessionis facit. Sed si tunc ignorauerit, propter bonam fidem serui vsucapiet, licet postea resciuerit, rem esse alienam, quia bona fides serui,cum emptio facta est peculiari nomine, potius inspicitur: bona fides, quæ fuit in seruo initio adeptæ possessionis.Et hoc proponitur in §. *si seruus bona fide*. Sin autem seruus mala fide emerit peculiari nomine, sciens rem alienam esse, dominus rem emptam non vsucapit, licet ignorauerit alienam esse, quia intuenda potius est mala fides, quæ fuit in seruo initio adeptæ possessionis. Et hæc est sententia §. *si seruus tuus*. Vitiosa serui possessio domino nocet quominus vsucapere possit rem a seruo peculiari nomine emptam mala fide. Nam & quod seruus vitiose possidet, id est, mala fide ex causa peculiari, dominus quantumvis licet ignorans, vitiose possidere intelligitur: summum vitium possessionis est mala fides, vitium ex persona. Et hoc quidem vitium possessionis,quam seruus mala fide nactus est peculiari nomine non purgatur,non amouetur, licet postea rem dominus suo nomine possidere incipiat, veluti adempto peculio & sibi suo nomine possesso,quod ostenditur in §. *Pomponius*, vel etiam re empta a seruo domino tradita, pro sua libertate, pro suo capite,siue ob pactionem, suæ libertatis. Quod exemplum proponitur in §. *& si quod non bona fide*. Nam & si postea dominus, qui ignorat rem alienam esse, eam rem suo nomine possidere cœperit, durat prima possessionis causa, quæ vitiosa fuit, quia eam seruus nactus est mala fide. Prima possessio, id est, initium possessionis semper spectandum est,vitio careat, nec ne. Et de re quidem empta peculiari nomine, quæ dixi. De re autem empta nomine domini, quæ dicam. Si seruus nomine domini rem emerit bona fide,dominus eam rem non vsucapiet,si tunc sciuerit, rem alienam esse, quam seruum emere sciebat, vel etiam si postea vbi primum sciuit rem emptam a seruo, ex quo demum tempore vsucapio procederet ignoranti rem alienam esse, postea resciuerit rem alienam esse, quia, vt dictum est ante, in iis, quæ possidentur nomine domini, domini potius quam serui scientia spectatur §. *Pomponius*. Quod si seruus mala fide emerit, dominus etiam non vsucapiet,vbi cognouerit rem emptam, licet ignorauerit alienam esse. Verum enim est indistincte, quod ex Celso ait §.*Celsus*. si seruus vitiose cœperit possidere, domini vitiosam possessionem esse. Et in summa, quod de patre dicitur in *l.heres* §.*vlt.sup.tit.prox.* non tantum propter scientiam filij scientis alienam rem esse, quam non peculiari nomine emit, patrem non vsucapturum, sed etiam propter scientiam suam,id est,si sciat pater rem alienam esse,quam filius non peculiari nomine emit,patrem nō vsucapturum.Idem de domino dici potest, dominum non vsucapturum, quod seruus non peculiari nomine emit, propter suam scientiam,vel propter serui scientiam. Et hinc apparet discrimen possessionis quam seruus vel filius adipiscitur peculiari nomine, & possessionis, quam adipiscitur non peculiari nomine. Nam vt sup. ostendi, possessione peculiari nomine quæsita,domino quidem scientia serui nocet, nē vsucapiat, sed non etiam scientia sua, si rem, quam seruus peculiari nomine emit, postea dominus resciuerit esse alienam: si modo eam rem seruus ignorans bona fide emerit. Et ita sunt distinguendi §§. qui sunt in hac lege,hac de re. Itaque explicanda est hæc omnis quæstio.

Ad §. Si a pupillo, & §. Si a furioso.

HIc §. coniunctusque ei §. *si a furioso*, accipiendus est de re aliena a pupillo vel a furioso bona fide possessa, vt coarguunt & conuincunt ea omnino, quæ in extremo traduntur de actione Publiciana, quæ pertinent tantum ad res alienas bona fide possessas, & quæ de actione ex testamento, quæ competit euictionis nomine emptori re euicta a domino,cum scilicet rem eius, qui euicit,emit a non domino, atque etiam ea quidem coarguunt, quæ notat in fine huius quæstionis de accessione possessionis, id est, ad

vſucapionem perficiendam de coniungendo tempore, quo venditor rei alienæ poſſedit, cum tempore, quo poſſedit bonæ fidei emptor. Conſtat autem rem alienam a pupillo bona fide poſſeſſam poſſe vſucapi ex §. *tutor*, *ſup. in h. l.* Vtique ſine dubio ſi res mobilis fuerit: nam & res mobilis pupilli propria vſucapi poteſt ſecundum diſtinctionem Irnerij, non immobilis, quam probauimus ſupra in *l. 4. §. ſi pupilli, tit. prox.* Sed & prædium ruſticum vel ſuburbanum a pupillo bona fide poſſeſſum, quæ res eſt immobilis, ſi vænierit bonæ fidei emptori, pro emptore vſucapi poteſt, quia etſi venditio & traditio non valeat, etiam ſi fiat tutore auctore abſque decreto prætoris, *l. magis §. 1. de reb. eor. qui ſub. tut. ſunt.* & multo minus ſi fiat ſine tutoris auctoritate, quia nec poſſeſſionem quidem pupillus ciuilem, aut naturalem ſine tutoris auctoritate alienare vel amittere poteſt, *l. pupillus, de acquir. rer. dom. l. poſſeſſionem, de acquir. poſſ.* tamen eius rei vſucapio procedit bonæ fidei emptori, ſi iuſtus ſit error facti, quo ductus ad emptionem acceſſit, vt in hac ſpecie, quæ proponitur in hoc §. *ſi a pupillo.* A pupillo rem emi, & mihi traditam accepi ſine tutoris auctoritate, cum exiſtimarem eum eſſe puberem, forte ipſo fingente ſe puberem eſſe, aut ſpeciem & conſpectum habente puberis, omniumque opinione exiſtimato pubere, quæ iuſtiſſima eſt erroris cauſa: putaui igitur, me iure rem emere. Nam pubes rei ſuæ ſi curatorem non habeat, cui etiam non datur inuito, adminiſtrationem & alienationem habet, *l. 3. C. de in integ. reſtit.* Ac ne decreto quidem prætoris opus fuit in alienatione prædij vrbani, ſed prædij ruſtici tantum, vel ſuburbani ante Conſtantinum, i. ante legem. 22. *C. de admin. tut.* Denique putaui me iure rem emere, quia venditorem exiſtimaui eſſe puberem, atque adeo ius alienandæ rei habere. At re vera nulla emptio, nulla traditio, nulla tranſlatio poſſeſſionis, in quo laborat valde Accurſius: nec ideo tamen nulla eius rei vſucapio eſt, quia eam rem emi iuſto errore ductus, & vtilitatis ratio exigit, vt nulli iuſtus error damnum adferat. Iuſtus itaque error facit, vt emptio & traditio nulla erranti & poſſeſſionis & vſucapionis occaſionem præbeat, propter illam vtilitatem, quæ vt ait Horatius:

Iuſti prope mater & æqui.

Idemque dicam de pubere minore 25. annis, *l. 7. §. ſi a minore, de Pub. in rem act.* Qui & ſi rem alienam, quam poſſidet bona fide, cum haberet curatorem, ſine curatoris auctoritate vendiderit, & tradiderit, licet venditio non valeat, *d. l. 3. C. de integ. reſt.* tamen ſi eam bonæ fidei emptori vendiderit ignoranti eum minorem eſſe, & tradiderit, ab emptore vſucapi, & ante impletam vſucapionem, ſi forte eius rei poſſeſſionem amiſerit, vindicari poteſt actione Publiciana, quæ de his rebus tantum competit, quæ vſucapi poſſunt, *d. §. ſi a minore.* Nec igitur ſemper, vbi nulla alienatio eſt, nulla emptio, venditio, nulla traditio, & nulla quoque vſucapio eſt. Nam & ſi a furioſo, vt Paulus ſubiicit, quem certum eſt rerum ſuarum adminiſtrationem & alienationem non habere, rem alienam, quam furioſus bona fide nactus fuerat ante furorem, ego bona fide emero & accepero, cum exiſtimarem eum compotem ſuæ mentis eſſe, eo quod forte in conſpectu inumbratæ quietis eſſet conſtiturus, atque ita ſanus videretur, *vt l. quod meo §. furioſo, ſup. tit. prox.* quamvis nulla ſit emptio mero iure, mera ſubtilitate, vt Paulus ait, conſtat tamen inter omnes iuris auctores, rem ab eo emptam me vſucapere poſſe, vt *l. 13. §. 1. ſup. tit. prox.* Vtilitatis ratio, inquam, ne cuiquam iuſtus error noceat, facit, ne ſit ei fraudi obſcura & inumbrata quies venditoris. Quem enim non decipiat falſa ſanitatis ſpecies: pleriſque languet mens, nec languere tamen videtur, vt in hoc propoſito, furor eſt languor animi, vt *l. iuſto §. pen. ſup. t. prox.* Et hæc vero vtilitatis ratio gerendorumque negotiorum promiſcuus vſus efficit etiam, quod ante dictum eſt, vt qui a pupillo rem emit ſine tutoris auctoritate, quem puberem eſſe putat, quamvis nulla ſit emptio, tamen quia iure exiſtimat ſe emere, ductus iuſta erroris cauſa, & reapſe emit, vt pro emptore vſucapere poſſit, vtroque caſu, in pupillo ſcilicet & furioſo, inſpecta exiſtimatione potius & opinione emptoris, qui putat ſe contrahere cum pubere, & ſano, quam ſubſtantia veritatis, vt hic inquit: *Plus ſit in exiſtimatione, quam in re.* Sic enim reſtituenda ſunt verba, quæ manifeſto traiecta erant in hunc modum, *vt hic plus ſit in re, quam in exiſtimatione.* Quinimo hic, id eſt, in hac ſpecie, *Plus eſt in exiſtimatione, quam in re.* ſi exiſtimationem emptoris ſpectes, iure emit: ſi rem, non iure: & tamen procedit vſucapio pro emptore, quia plus valet, quod eſt in opinione, quam quod eſt in re. Vnde & vtroque caſu emptori amiſſa poſſeſſione, nondum vſucapione impleta, actio Publiciana competit, vt nominatim de eo, qui a furioſo emit, cum ignoraret eum furere, proditum eſt in *l. 7. §. Marcell. de Pub. in rem act.* eum vſucapere poſſe, & conſequenter habere Publicianam, & per hanc eandem quoque conſequentiam emptori re euicta, de euictione actionem naſci, ac ſi iure valeret emptio, quæ ſummo iure nulla eſt, quod euenit etiam in ſpecie *l. minor §. pater, de euict.* Et ſimiliter actionem poſſeſſionis ex perſona pupilli vel furioſi locum habere. Verum hæc omnia negantur, quamvis ſint veriſſima in fine huius § his verbis: *Et ideo neque de euictione actio naſcitur mihi, nec Publiciana competit, nec acceſſio poſſeſsionis.* ſed vt iam pridem oſtendi, ſi vt oportet hæc legantur vno ductu, & connectantur cum ſuperioribus hoc modo, *quamvis nulla eſſet emptio, & ideo neque mihi de euictione actio naſcitur, nec Publiciana competit, nec acceſsio poſſeſsionis.* Hæc inquam, ſi ita ductim legantur, ſenſus erit idoneus & congruentiſſimus, nempe hic, quamvis mero & ſtricto iure nulla ſit emptio, nec ideo de euictione actio naſcatur emptori, nec competat Publiciana, nec acceſsio poſſeſſionis, ſtricto iure ſcilicet, tamen vtilitatis cauſa, quod a priori ſententia repetendum eſt, conſtitit, emptorem vſucapere poſſe, & de euictione ei actionem naſci, & Publicianam competere, & acceſsionem poſſeſsionis, ex perſona furioſi. Atque ita nihil repugnat §. *Marcellus*, qui vtilitatis rationem ſpectat, non ſummum ius, qui id, quod conſtabat receptumque erat, ſpectat, non ius ſcriptum. Non eſt omittendum quod proponitur in hoc §. *ſi a pupillo*, eum, qui a pupillo emit ſine tutoris auctoritate, ſciens, eum eſſe pupillum, non vſucapere, imo nec longo tempore rem acquirere, *l. vlt. C. pro empt. l. 3. C. de auct. præſt.* Scientem igitur non vſucapere, etiamſi, vt ait, errauerit in iure, exiſtimans pupillis licere res ſuas ſine tutoris auctoritate adminiſtrare, quia facti quidem error ad vſucapionem prodeſt, verum iuris error nulli ad vſucapionem prodeſt, *l. 31. in prin. l. 34. §. 1. ſup. tit. prox. l. 4. de iur. & fact. ignor.* Et ita hæc quæſtio eſt explicanda. Quæ ſequuntur in hac l. vſque ad §. vltim. in quo conſiſtemus, ſunt de acceſsione poſſeſsionis, id eſt, de coniungendis temporibus inter emptorem & venditorem, temporibus quibus poſſedit emptor, poſsidetque venditor, & ex coniunctione temporum perficienda vſucapio, quæ tempora etiam coniungi conſtat ex §. *emptori*, in hac l. qui præponi debuit §. *eam rem.* Emptori tempus venditoris, id eſt, tempus, quo venditor poſſedit rem venditam, ad vſucapionem procedere. Quod probat etiam *l. 14. ſup. tit. prox. & l. Pomponius §. poſtea, de acquir. poſſeſ. & l. duob. inf. de diu. temp.* Id vero ita procedit, ſi & venditor & emptor bona fide nacti ſint poſſeſsionem, vtraque poſſeſsio coniungitur & explet perficitque emptionem: nam vt ait in hoc §. *ſi eam rem. Si rem, quam pro emptore vſucapiebas, ſcienti mihi alienam eſſe vendideris, eam non vſucapiam.* Poſſeſsio iuſta venditoris, vitioſæ poſſeſsioni emptoris non accedit, nec contra vitioſa poſſeſsio venditoris accedit iuſtæ poſſeſsioni emptoris, ſed vſucapio demum incipit a poſſeſsione emptoris, quæ bonæ fidei eſt. Et in hac re differentia eſt inter heredem & emptorem, id eſt, inter ſucceſſorem rei, & ſucceſſorem iuris vniuerſi: nam iuſta, id eſt, bonæ fidei poſſeſsio defuncti, accedit vitioſæ poſſeſsioni heredis non proximi tantum, ſed etiam vlterioris, etiamſi proximus heres medio tempore non poſsederit, dummodo nec

nec alius extraneus interim possessionem nactus fuerit, eique heredi possessio defuncti prodest ad vsucapionem: quamvis ipse heres sciat rem alienam esse, de cuius vsucapione agitur: & contra quoque vitiosa possessio defuncti, heredi etiam ignoranti nocet. Quod obtinere etiam ait Paulus in §. *si defunctus*, in bonorum possessore: nam & hic loco heredis est, & successoris iuris vniuersi: Et in fidei commissario Trebelliano, qui & ipse effectu quodammodo heres est *l.5.§.vlt.§.quod cum eo, qui in aliena, &c.* *Et in ceteris*, inquit, *pretoriis successoribus*, quod nesciunt explicare. Cedo exemplum, veluti in bonorum emptore, qui & prætorius successor a Theophilo dicitur in *tit. de succ. sub. quæ fieb.* Et in eo, cui libertatum conseruandarum causa defuncti bona addicta sunt, qui & bonæ fidei possessori comparatur. Ergo successor prætorius est, sicut bonorum possessor, *l. 4. §. is autem, & §. vlt. de fideic. libert.* Et in eo, qui omissa causa testamenti, in quo heres scriptus est, ab intestato possidet hereditatem, qui iure prætorio ex testamento videtur esse heres, *l. duo heredes, si quis omiss. caus. testam.* Et in herede scripto sub conditione iurisiurandi, cui eam conditionem prætor remittit, nam & hic prætorius est potius, quam legitimus successor, *l.1.§. ad eos, ad l. Falc.* Hi vero sunt ceteri prætorij successores, & ij quidem omnes vice defuncti funguntur, id est, eadem persona cum defuncto esse intelliguntur *l. 22. sup. tit. prox. l. vlt. C. de impub. & al. subst.* Defuncto autem si viueret cœpta vsucapione bona fide, mala fides superueniens non noceret, & adepta possessione mala fide, etiam bona fides superueniens ei non prodesset ad vsucapionem. Ergo nec heredi, vel cuicumque successori vniuersi iuris, qui idem homo esse fingitur, mala fides vsucapioni obstat, si defunctus bona fide possedit, nec heredis etiam bona fides ad vsucapionem ei prodest, si defunctus mala fide possederit. Heres est successor vniuersi iuris, id est, commodi & incommodi: actionis passiuæ & actiuæ: bonæ fidei & malæ fidei defuncti.

Ad §. vltim.

IN hoc §. ostenditur, iure cœptam vsucapionem litis contestatione non interrumpi, vt puta si rem alienam a non domino bona fide emero, quæ nec furtiua sit, nec vi possessa, & cum eam vsucaperem, dominus eandem rem a me petierit, edita & in iudicium deducta actione in rem, vsucapionem meam litis contestatione non interrumpi. Quinimo, post litem contestatam suspensa cognitione vsucapionem ad effectum & perduci & adimpleri. Vsurpatione quidem vsucapio interrumpitur, puta si possessio eius abierit a me, & ad dominum vel ad extraneum peruenerit, cum nondum impleuissem vsucapionem, quoniam vsucapio desiderat continuam possessionem nec interuallatam. Itaque abruptio possessionis & abruptio vsucapionis est, siue, vt loquuntur, abruptio temporis, τμῆ ϰ̀ διακοπὴ τοῦ χρόνου. At litis contestatione, manente possessione apud me, vsucapio non interrumpitur. Quod etiam ostenditur in *l. si post acceptam, de rei vind. & l. 2. inf. pro donato: & l. Iul. §. quantum, ad exhib.* Nam & si post litem contestatam incipiam malæ fidei possessor esse, quia cognosco rem alienam esse, aut non deesse hominem, qui eius rei dominum se esse adserat, *l. sed & si lege §. si ante, de petit. hered.* tamen sufficit initium possessionis & vsucapionis iustum & sine vitio fuisse, nec mala fides superueniens interrumpere vsucapionem legitimam potest, ex 12. tab. ac ne Iustinianeam quidem, quæ prolixius tempus habet, quam legitima, quæ tamen hodie successit in locum legitimæ. Si mala fides vel scientia rei alienæ interueniens non interrumpit vsucapionem: ergo nec litis contestatio, quæ hanc scientiam parit. Et hoc confirmatur etiam *l. bonæ fid. de acquir. rer. dom. & l. 4. §. de illo, in fine, tit. prox. sup. & constitutione Iustiniani de vsuc. transf.* Verum si dominus, qui cum rem eius vsucaperem, mecum egit actione in rem, me condemnauit, etiamsi vsucapionem lite pendente compleuerim, proculdubio rem qua de agitur, quamque medio tempore vsucepi, actori, qui causam tenuit restituere cogor, ne mora iudicij actori quicquam noceat, *d. l. si post acceptum.* Cuius sententiam Theophilus exposuit in *tit. de diuis. stipulat. l. sicut, §. sed si quæratur, si seru. vind.* Atque ita post litem contestatam secuta condemnatione possessoris, vsucapio in præteritum æstimatur, non in futurum. Quod obtinet etiam in præscriptione longi temporis, triginta, aut quadraginta annorum: quibus actiones personales, aut reales excluduntur. quæ tamen præscriptio hoc amplius habet, vt & ab initio interrumpatur litis contestatione, vel qua alia interpellatione & controuersia mota, etiamsi ea lis vel controuersia omissa, nec peracta, nec condemnatio sequuta fuerit, *l. 1. C. de præscr. long. temp.* Quod vsucapio non habet, quæ ipso iure currit, si iure cœperit, nec nisi vsurpatione siue intermissione possessionis interpellatur, intermissione bonæ fidei non interpellatur. At quid fiet si rem alienam bona fide emero & possedero, nec dum vsucapionem impleuero, & dominus a me eandem rem petat, & maluero domino litis, siue rei æstimationem præstare, quam interim pendente lite ius vsucapionis exequi, id est, vsucapionem implere. An hac via vti possum, vt rei dominium obtineam omissa vsucapione? Quod non videtur. Quia nemo potest sibi ipsi mutare causam possessionis, quæ est certissima iuris regula, *l. 3. §. illud, l. qui bona, §. vlt. de acquir. possess. l. 5. C. eod. tit. l. non solum §. quod vulgo, sup. tit. prox. l. 2. §. 1. tit. seq. l. 1. § vlt. pro donato.* Et litis æstimationem sufferendo, litis æstimationem præstando petitori, proculdubio mutatur causa possessionis, quia nunc possidere incipio, tanquam dominio rei mihi quæsito, non iure ciuili per vsucapionem, sed iure gentium per traditionem a domino factam, quasi ex emptionis causa, nam vt subiicitur id *l. 3. quæ sequitur*, litis æstimatio similis est emptioni. Qui rei, quæ a se petitur, domino æstimationem præstat, atque ita iudicio liberatur, eam rem a domino emere videtur. Hoc enim est quod dicitur, litis siue rei æstimationem similem esse emptioni, vt *l. 1. hoc tit. l. si propter, rer. amot.* adde & traditioni & emptioni, *l. 5. §. 1. commod.* Et mutatur quidem causa possessionis, si reus sufferat & inferat litis æstimationem, sed non ipse sibi solus eam mutat, quia nec potest sibi quisquam solus quam volet efficere possessionis causam, sed domini voluntate possessionis causa mutatur: consensu domini, nouo iure possidere incipit, qui accepta æstimatione efficit, vt deinceps eam rem, qua de lis erat, possideat pro emptore, vt *l. 4. §. tunc in potestat. sup. tit. prox.* Quod euenit etiam, vt proponitur in hoc §. si rem, quam quis bona fide emerat a non domino, dominus ei donauerit: quod enim possidebat pro emptore, & vsucapiebat, nunc incipit facto, & voluntate domini, non facto suo & iure suo possidere pro donato, vt nec vsucapere id possit vel debeat, quia dominus factus est: nemo rem suam vsucapit.

Ad l. 1. Pro donato.

Pro donato is vsucapit, cui donationis causa res tradita est, nec sufficit opinari: sed & donatum esse oportet.

1. §. *Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat: filius pro donato non capiet vsu: quoniam nulla donatio fuit.*

2. §. *Si inter virum & vxorem donatio facta sit, cessat vsucapio. Item si vir vxori rem donauerit, & diuortium intercesserit: cessare vsucapionem, Cassius respondit. Quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. Alias ait, post diuortium ita vsucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem vxorem rem a viro donatam, Iulianus putat.*

IN principio ait, *Pro donato is vsucapit, cui donationis causa res tradita est, nec sufficit, &c.* An hæc est mens Pauli, idem seruari in donatione, quod in emptione,

videamus: puta vt sicut, quod reuera emptum non est, nisi iustus error interueniat, semper enim iustus error excipitur, qui pro tit. est, etiam si absit titulus, quod cumulatissime docuit §. *si a pupillo*, vt, inquam, sicut quod reuera emptum non est, nisi iustus error interueniat, pro emptore vsucapi non potest, vt, & pluribus verbis, & exemplis est demonstratum in *l. 2. in principio, & l. cum Stichum, pro empt.* ita quod donatum reuera non est, si donationis causa nulla subsit, pro donato vsucapi non possit: An hic est sensus horum verborum? minime. Nam id tantum in emptionis titulo obseruatur, vt verum titulum emptionis procedere oporteat, non in ceteris titulis siue causis possessionum. Verum Pauli mens est: *pro donato vsucapi rem alienam*, quæ tanquam debita ex donationis causa tradita est a non domino bona fide accipienti, licet re vera nulla donatio, nullave stipulatio donationis causa interposita intercesserit: non etiam rem, quam quis falso opinatur sibi donatam esse, si tradita ei etiam ex causa donationis non sit, hoc est vno verbo: *Errorem falsæ causæ non parere vsucapionem*, nisi etiam ex ea causa traditio secuta fuerit, quæ errorem illum continuauerit, corroboraueritve, *l. 3. & 4. §. vlt. pro suo l. Proculus, de iure dot.* His consequens est, quod sequitur in §. 1. *huius legis.*

Ad §. 1.

SI pater filiofam. rem donauerit, & mox vita decesserit, ea donatio neque valet ab initio, neque morte patris confirmatur, hoc iure scilicet quod obtinuit ante Iustinianum, id est, ante legem *donationes 25. C. de donat. inter vir. & vx.* Donatio igitur nulla est. Et ideo pro donato vsucapio non procedit, quia filius errat in causa possessionis, donationem subesse existimans, quæ nulla subest, quæve pro infecta est, & nulla quoque a patre possessio ciuilis, licet rem donatam filiofam. tradiderit, in filium translata fuisse intelligitur, siue quia vsucapio non procedit, sine possessione scilicet ciuili, quæ animo domini possidetur, sed naturalis tantum translata intelligitur, *l. 2. §. vlt. sup. tit. prox.* Additur simile exemplum in *l. si inter. de donat. int. vir. & vx.* quæ ab initio non valet, sed morte quidem donatoris confirmatur, ex oratione Seueri, de qua in *l. hic status, de donat. int. vir. & vxor.* At diuortio etiam non confirmatur: facta post diuortium donatio valet, facta constante matrimonio non valet, nec diuortio confirmatur. Vnde si vir vxori donauerit rem, etiamsi postea diuortium intercesserit, cessat vsucapio pro donato: quia nulla donatio fuit. Et ipsa sibi mulier mutare causam possessionis non potest, & iustam efficere eam, quæ vitiosa est per se sola, sed mutabitur tamen causa possessionis, si post diuortium dominus ratam donationem habuerit. At tunc mulier incipiet ciuiliter possidere pro donato. Ante ratihabitionem possidere quidem pro donato vxorem Iulianus ait, vt hic refertur. Possidere scilicet naturaliter, vt *l. 1. §. deiicitur, de vi, & vi arm. l. 1. §. si vir, de adquir. poss.* Sed non etiam vsucapere, quia possessio naturalis sola non parit vsucapionem: rem vsucapere, inquam, propriam mariti, quam maritus ei donauit. Sed si forte maritus ei donauerit imprudens rem alienam, verum est hanc rem vsucapi posse, *l. 3. h. t. l. sed & si constante, de donat. int. vir. & vxor.*

Ad l. 2. Pro derelicto.

Pro derelicto rem a domino habitam, si sciamus, possumus adquirere. §. 1. Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit. Iulianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit. Et recte.

A Titulo pro donato, transeamus ad tit. pro derelicto, qui & titulo pro donato reipsa non serie tantum titulorum, proximus est, quia, qui rem derelinquit, eam genere quodam primo occupanti donat *l. quod seruus, de stipulat. seru.* Porro rem alienam a bonæfid. possessore habitam pro derelicto is, qui eam occupauit, titulo pro derelicto vsucapere potest: derelictam autem a domino non vsucapit, sed eius statim iure gentium, si eam occupauit, dominus efficitur. dominus autem rei dominio cadit statim, atque eam dereliquit, ex sententia Sabini, quæ obtinuit: vel, vt ait Paulus in hac l. 2. ex Iuliano, qui & Sabinianus fuit. Quæ sententia etiam confirmatur *l. falsus. 34. §. qui alienum, de furtis.* Ergo dominus statim, atque rem suam pro derelicto habuit, eius rei dominium amittit, etiamsi nondum quisquam eam rem occupauerit: interim igitur dominium vacat, ita est, donec aliquis eius rei possessionem apprehenderit, *l. quemadmod. §. 1. de nox. act.*

Ad l. 2. & 4. Pro legato.

L. 2. Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset: pro legato non vsucapiam.

L. 4. Pro legato potest vsucapi, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur. In horum enim persona subest iusta causa, quæ sufficit ad vsucapionem. Idem potest dici, & si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titij, vt alter eorum de se cogitatum existimauerit.

TItulo pro donato proximus etiam est titulus pro legato. Nam & legatum definitur esse donatio testam. relicta. At vt Paulus ait in *l. 2. pro legato*, vsucapio pro legato non procedit, si falso existimem, mihi legatam rem, quam possideo, quæ legata non est, nisi scilicet (semper enim iustum errorem excipere oportet) ab herede æque errante ex causa legati, mihi tradita fuerit, quæ traditio mihi iustam præbet causam, quamvis falso existimanti eam rem mihi legatam esse. Ac proinde & hic error facit, vt & eam rem pro legato, quæ mihi non est legata, vsucapere possim: sola mea existimatio hoc non facit, sed traditio heredis, quæ me in hunc errorem, in hanc opinionem induxit in *l. 1. §. vlt. pro suo.* Namque alias traditione non sequuta, error falsæ causæ vsucapionem non parit, *l. Cels. sup. de vsucapion. §. error, Inst. eod. tit. l. 1. sup. pro donat.*

Ad l. 4. eod. cuius verba sup. sunt adscripta.

IN l. 4. habemus, pro legato vsucapere eum, cui res aliena legata est, quam testatoris esse putat, vel etiam eum, cui res testatoris propria legata est, si eam ignoret sibi codicillis ademptam, quod, & si quæ adempta est, nec legata videatur, *l. si ita sit scriptum, de leg. 1.* tamen iustus error, quem traditio heredis induxit, qui mihi eam rem legati nomine tradidit, facit, vt quæ non est legata pro legata habeatur, *l. vlt. h. t.* Item si Titio res legata sit, & duo sint Titij amici, & familiares testatoris, quorum vni eam rem heres tradat, de quo testator non cogitabat, & existimanti de se testatorem cogitasse, non de altero Titio, de quo tamen cogitauerat, dico etiam eam rem pro legato vsucapi, & proculdubio, ne cum Accursio laboremus hac in re, hæc omnia de legato accipienda sunt per vindicationem derelicto, cuius dominium ipso iure ex 12. tab. in legatarium transit, non facto heredis, non traditione heredis, *l. a Titio, de furt.* videlicet si de eo cogitauerit testator. Sin minus, vsucapio ei necessaria est, iustam erroris causam habenti. Ad hanc vero possessionis causam, id est, pro legato, arbitror accommodandam esse *l. 4. de auro & arg. leg.* quæ est eod. lib.

Ad l. 4. De auro & arg. leg.

Cum quidam libertum suum in Asiam misisset ad purpuras emendas, & testamento vxoris suæ, lanam purpuream legasset: pertinere ad eam, si quam purpuram viuo eo libertus emisset, Seruius respondit.

QVidam cum in Asiam misisset ad Tyrias purpuras emendas, moriens prius, quam rediisset libertus, vxori lanam purpuream legauit, an etiam vxori debetur lana

lana purpurea, quam libertus in Asia emit, quæ nondum peruenerat ad testatorem: & quidem si eam iam emerit viuo testatore, legato cedit: ceterum empta post mortem testatoris legato non cedit: ergo nec pro legato vsucapi potest, quia legata non est, nec legatam esse vlla subest iusta causa, quæ persuadeat. Et verba legati, *lego vxori omnem lanam purpuream*, referuntur ad tempus mortis, nempe quæ est in bonis meis mortis meæ tempore, *l. 2. eod. tit.* dixit *lanam vxori purpuream omnem lego*, non adiecit, *meam*: nam si adiecisset, *meam*, verba legati tantum referrentur ad tempus testamenti, nec cederet legato lana a liberto empta post testamentum viuo testatore, *l. 8. eod. tit.* viuo adhuc testatore.

Ad l. 2. Pro dote.

Si æstimata res ante nuptias tradita sit: nec pro emptore, nec pro suo, ante nuptias vsucapietur.

POstremo addamus his etiam de tit. pro dote, quod est ex eodem libro Pauli in *l. 2. pro dote.* Mulier ante nuptias rem æstimatam sponso dedit dotis nomine. hæc æstimatio venditio est: atquin hæc æstimatio conditionalis est atque etiam datio. Inest enim ei hæc conditio tacita, *si nuptiæ sequantur.* Ergo & venditio, cui similis illa æstimatio est vt dixi, conditionalis est. Ex quo sequitur, ante impletam conditionem, id est, ante nuptias, nec pro emptore eam rem vsucapi posse, nec pro suo, inquit, qui scilicet tit. concurrit cum omnibus aliis tit. cohæret cum omnibus aliis tit. *l. 1. sup. pro suo, l. 3. §. ex plurimis, de acquir. possess.* Ergo ante nuptias ea res nec pro emptore, nec pro suo vsucapi potest, quia emptio non est perfecta, cuius conditio nondum exstitit, *l. 2. §. si sub conditione, sup. pro empt. l. plerumque §. si ante, de iur. dot.*

Ad l. 2. de reb. auct. iud. poss.

Vbi domicilium habet.

REstant ex hoc lib. tres leges, vna est lex 2. *de reb. auct. iud. poss.* altera lex 3. *vi bonor. rapt.* postrema lex 4. *de incend. ruin. nauf.* & lex quidem 2. *de reb. auct. iud. poss.* non video quid faciat ad hunc librum, qui totus fuit de possessionibus, vsucapionibus, & vsurpationibus, nisi dicam, Paulum, quum genera possessionum enumeraret, & inter ea ex sententia Q. Mutij possessionem poneret bonorum debitoris ex edicto creditoribus permissam rei seruandæ causa, vt habuimus ex hoc libro in *l. 3. §. vlt. sup. de acquir. possess.* quam quidem possessionem bonorum debitore non satisfaciente vel latitante fraudationis causa, solet sequi venditio eorumdem bonorum, & hoc obiter adnotasse, eam venditionem bonorum ibi esse faciendam, vbi debitor domicilium habet, quia & ibi cum eo agi, & ibi absens defendi debet, *l. 1. h. t. l. 5. §. vlt. iud. sol.* Ibi, inquit, rem esse defendendam, vt recte defendatur, vbi agi potest, quod est, vbi is, vnde petitur, domicilium habet. Et hoc plane his verbis significatur, venditionem bonorum esse faciendam, auctore iudice congruo, & competenti, *l. pen. C. h. t.* vt possessionem quoque bonorum certũ est dari debere a iudice competenti, *l. pen. C. eod. tit.* Competens autem iudex est is, ad quem eius loci iurisdictio pertinet, in quo debitor domicilium habet: ibi ergo debitor conueniri debet, & vbi absens defendi debet: & ibi similiter, id est in foro competenti bona eius vænire debent, vel, vt subiicitur in *l. 3.* vbi contraxerit. Et adde, vel si absens sit heres debitoris, vbi defunctus domicilium habuit ex *l. heres, in princ. de iud.* quia & his omnibus locis debitor conueniri potest: forum illud cuicunque competens est, quod eo loci est, vbi domicilium habet, vel defunctus habuit, cui heres exstitit, vel vbi contraxit: nam ratione contractus, vel ratione delicti sortimur forum, quod alias, si ibi non contraxissemus, esset nobis incompetens. Præterea, cum hoc libro tractaret Paulus de bonis vi raptis, quæ quia sunt furtiua, certum est, vsucapi non posse, etiamsi ad bonæ fidei possessorem peruenerint, *l. vlt. vi bon. rapt.* Id scripsit Paulus quod exstat in *l. 3. vi bon. rapt.*

Ad l. 3. de vi bonor. rapt.

Si seruus rapuerit, & cum libero agatur, etiam si cum domino, experiundi potestas fuit, non recte cum manumisso post annum agetur: quia cum quocunque experiundi potestas fuerit, excluditur actor: & si cũ domino intra annum actum sit, deinde cum manumisso agatur, rei iudicatæ exceptionem nocere Labeo ait.

DE actione vi bono. rapt. quæ intra annum vtilem, quo primum ea de re experiundi potestas fuerit, competit in quadruplum, post annum in simplum, *l. 2. §. in hac act. h. t. l. vlt. C. eod.* Et si quid seruus rapuerit, similiter in dominum competit intra annum vtilem in quadruplum, cum noxæ deditione, id est, sub hac lege vt quadruplum inferre non cogatur, si paratus sit seruum noxæ dedere, *l. pen. C. eod. tit.* Sed (quam in rem est singularis *l. 3.*) si is cuius bona rapta sunt a seruo alieno, intra annum agere potuerit cum domino in quadruplum noxali iudicio, nec egerit, atque ita annus præterierit, post annum cum eodem seruo manumisso si agat, quasi scilicet noxa caput sequatur, secundum regulam iuris, si, inquam, cum manumisso agat in quadruplum post annum, qui intra annum non egit cum domino in quadruplum, cum agere poterat, cum experiundi potestas erat: excluditur præscriptione temporis, quia & hoc est singulare, cum quocunque experiundi potestas fuerit actione vi bonor. rapt. intra annum vtilem, hæc actio anno vtili perimitur. Satis est si vel cũ aliquo fuerit potestas, facultas hoc iudicio experiundi, vt excludatur actor, ne experiatur eodem iudicio cum alio quoquam, vel si agat, vt excludatur præscriptione anni. At in simplum actio procul dubio anno non perimitur, id est, rei vi ereptę integra persequutio est, atque perpetua. Quod si intra annum is, cuius bona seruus alienus rapuit, egerit cum domino, & litis æstimationem sustulerit, id est, quadruplum, ac deinde agat cum manumisso, excluditur exceptione rei iudicatæ, etiamsi in simplum tantum cum manumisso agat, vt hic Græci addunt recte. Quia in quadruplo, quod abstulit, inest simplum, hæc enim actio mixta est, tam pœnæ, quam rei persequendæ gratia comparata, & exceptio rei iudicatæ locum habet, quia etsi priore iudicio actum sit cum domino, nunc non agatur cum eodem domino, sed cum manumisso, tamen agitur eadem de re serui nomine. noxalis actio in dominum intenditur serui nomine, & manumissus quoque suo nomine conuenitur, atque ita quodammodo cum eodem homine iterum agi videtur eadem de re. Et merito obstat exceptio rei iudicatæ, ne actum agatur, ne iterum agatur. Itaque recte ait, ei qui egit cum domino, quique dominum exegit, agenti postea cum seruo, obstare exceptionẽ rei iudicatæ. Sed quid si dominum nõ exegerit? Quid si dominus absolutus fuerit noxali iudicio? an cũ manumisso agi poterit actione vi bonor. rapt. Quod Accursius non admittit rectissime: ne scil. sępius de eiusdem hominis admisso quęratur, *l. 6. §. vlt. naut. caup. stab.* Et indistincte etiam hęc lex ait: Iterum agenti cum manumisso obstare exceptionem rei iudicatæ si ante egerit cum domino noxali actione: *si egerit*, inquit, siue vicerit, siue non vicerit. possset quis tentare in hac specie non esse necessariam exceptionem rei iudicatæ, quia electo domino, in quem agatur noxali iudicio, manumissus ipso iure liberatur. ergo non est ei necessaria exceptio rei iudicatæ. Et hoc est proditum in *l. 43. inf. de furt.* si furti noxali actione cum domino actum sit, manumissum ipso iure liberari, quasi pactione decisum sit cum manumisso, ne cum eo ageretur electo manumissore, quæ pactio ex 12. tabul. actionem tollit ipso iure. Sed obseruandum est, hoc tantum in ea lege esse proditum de actione furti, quæ ipso iure ex 12. tabul. decisione, transactione, pactione nuda tollitur, quia pactio est legitima, *l. iurisgentium §. si paciscar, l. si tibi §. 1. de pact. l. si pro fure, de condict. furt. l. 13. C. de furt.* Idem etiam non est cautum lege de actione vi bonorum rapto-

Paul. Ll

rum, vt pacto ipso iure perimatur, quod tacitum non minus momenti habet, quam expressum, in actione scilicet furti, quæ est ciuilis actio, id est, ex 12. tab. ex quibus etiam pacto perimitur, sed non etiam actio vi bonorum raptorum quæ est prætoria, non ciuilis.

Ad l. 4. de inc. ruin. naufr.

Pedius, posse etiam dici ex naufragio rapere, qui, dum naufragium fiat, in illa trepidatione rapiat.

1. §. *Diuus Antoninus de his, qui prædam ex naufragio diripuissent ita rescripsit: Quod de naufragiis nauis & ratis scripsisti mihi: eo pertinet, vt explores, qua pœna afficiendos eos putem, qui diripuisse aliqua ex illo probantur, & facile (vt opinor) constitui potest. Nam plurimum interest, peritura collegerint, an quæ seruari possint, flagitiose inuaserint. Ideoque si grauior præda vi adpetita videbitur: liberos quidem fustibus cæsos in triennium relegabis: aut si sordidiores erunt, in opus publicum eiusdem temporis dabis: seruos flagellis cæsos in metallum damnabis. Si non magnæ pecuniæ fuerint, liberos fustibus, seruos flagellis cæsos, dimittere poteris. Et omnino vt in ceteris, ita in huiusmodi causis, ex personarum conditione, & rerum qualitate, & diligenter sunt estimandæ, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit.*

2. §. *Hæ actiones heredibus dantur. In heredes eatenus dandæ sunt, quatenus ad eos peruenit.*

NVnc transeamus ad *l. 4. de inc. ruin. naufr.* quæ est vltima. Et de iis, quæ ex naufragio nauis aut ratis (quod trahitur etiam, vt hic titulus significat, ad villam & domum) ex naufragio, inquam, ratis aut villæ, aut domus diripiuntur. Ac primum docet ex naufragio rapere eum videri, qui eo tempore, quo naufragium fit, in ipso tumultu, in ipsa trepidatione naufragij rapit aliquid, non qui paulo post naufragium. Hic tenetur furti aut vi bonorum raptorum qui paulo post naufragium quid rapuit, non ex edicto hoc de incendio, ruina, naufragio, vt *l. seq. & l. 3. in princ. h. t.* Cum eo autem, qui ex naufragio quid rapuit, vel etiam ex incendio, aut ex ruina, dupliciter agi potest, criminaliter, & ciuiliter. Et ex rescripto diui Pij, quod proponitur in hac l. 4. criminali iudicio ita coercetur is, qui ex naufragio quid rapuit, vt si liber fuerit, qui grauiorem prædam, id est, qui magnæ pecuniæ, magni pretij prædam rapuerit, vi appetierit, fustibus cæsus in triennium relegetur: sordidior autem æque in opus publicum trium annorum detur. neutra pœna irrogat capitis deminutionem. Ideoque Paulus in *l. 4. Sent.* rectissime, in insulam relegatos, & opus publicum ad tempus damnatos retinere ciuitatem, si ciuitatem, ergo & libertatem, quia seruus non potest esse ciuis. At in hoc rescripto hæc verba: *Liberos quidem fustibus cæsos in triennium relegabis:* hæc verba, inquam, fustibus cæsos in hoc loco, omnino mihi videntur esse traiecta, quia ij tantum liberi homines, qui sordidiores, humiliores, tenuiores sunt, fustibus subiiciuntur, non etiam honestiores, *l. capitalium 28. §. non omnes, de pœnis.* Vnde ita legendum videtur, *liberos quidem in triennium relegabis, aut si sordidiores erunt, fustibus cæsos in opus publicum eiusdem temporis dabis.* Cum enim sordidiores opponat liberis, ergo liberos ante intellexit ingenuos & honestiores. Denique confert ingenuos liberos & honestiores cum liberis & humilioribus: hos fustibus cæsos operi publico in triennium mancipari, illos æque in triennium relegari, sed fustibus non cæsos, quia honestiores fustibus non subiiciuntur. Pœna hæc est viliorum liberorum hominum. Sequitur in hoc rescripto, *seruos*, qui quid ex naufragio diripuisse dicuntur, *flagellis cæsos in metallum damnari.* Qua pœna nulla est grauior. certe adeo est grauis, vt qui eam subeunt, dicantur esse serui non fisci, non cuiusdam hominis, non vnius cuiusdam hominis certi, sed serui pœnæ, serui supplicij. Hinc vero apparet differentia inter fustes & flagella: Fustes sunt verbera liberorum & humiliorum quidem duntaxat, non honestiorum: flagella, taurea, quæ & *taureas* dixerunt, *lora, flagra*, verbera sunt seruilia, in *l. seruorum 10. de pœnis.* Vnde & in *l. 12. de iur. fisci*, quod alias docui, *verbera seruilia* recte Accursius interpretatur, *flagella*. Nam & ita Iustinus lib. 1. *Cum per lasciuiam*, inquit, *contumaces flagellis cæcidisset indignantibus parentibus ingenuos homines, seruilibus verberibus affectos.* Liberos homines flagellis adficere, flagellis cædere grauissima iniuria est, *l. 10. §. pen. de in ius voc.* mitiores sane sunt fustes quam flagella. Vnde & fustium admonitio dicitur: flagellorum autem castigatio, *l. 7. de pœn.* Leuior est admonitio quam castigatio. Tertullian. in Apolog. cap. 41. vt, *Omnes seculi plagæ nobis, si forte, in admonitionem, vobis in castigationem a Deo obueniant.* Ac præterea ictus fustium solus nullo modo irrogat infamiam, *l. ictus, de iis qui not. infam. l. neminem, C. eod. tit.* Ictus flagellorum quodammodo irrogat infamiam. Nam inhonestum esse dicitur in ordinem decurionum eum allegere, qui quandoque flagellis cæsus fuit, *l. eos, de decur.* Hanc differentiam etiam comprobat: quod subiicit D. Pius, si paruæ pecuniæ præda sit, quæ direpta sit ex naufragio, liberos fustibus, scilicet si humiliores fuerint: seruos flagellis cæsos absolui & dimitti. Qualitas rei, quæ ablata est quatitansve auget, aut minuit crimen & pœnam. Et similiter conditio personæ, quæ crimen admisit, auget aut minuit pœnam. Et vt eleganter scriptum est in extremo huius rescripti: *Omnino, vt in ceteris, ita in huiusmodi causis*, id est, in criminum executione, *ex personarum conditione, & rerum qualitate pœnæ diligenter æstimandæ sunt, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulauit.* Denique in pœnis hæc mediocritas probatur, μήτε σφοδρότερον, μήτε παραχωρικώτερον. Ad hæc obseruandum est in hoc rescripto, ab iis, qui naufragia eripiunt quæ seruari poterant, separari eos, qui peritura naufragia colligunt: neque enim naufragij collectio vetita est, quæ fit bona fide etiamsi fiat a non domino, cupienti rem alteri non perire, alteri rem seruare. Et tamen si inspiciatur *l. 7. h. t.* caueri in ea videtur, ne quis extraneus colligat naufragia, vt hæc res soli domino relinquatur, qui naufragium facit, sed loquitur de extraneo, qui interuenit irrogatus colligendis naufragiis, qui temere emisit se, dum dominus naufragia sua colligit, cuius officium est suspectum. Itaque non vult quenquam irrogatum interuenire colligendis naufragiis, quæ scilicet domini ipsi colligunt. Ceterum absentibus, aut non curantibus dominis, quin possit quisque amicus eis peritura colligere, non est dubium. Quod est in extremo huius legis non est de criminali iudicio, de quo est rescriptum illud D. Pij elegantissimum, sed est de actione ciuili ex hoc edicto, quæ intra annum vtilem in raptorem datur in quadruplum, post annum in simplum, sicut actio vi bonorum raptorum, quæ vt illa etiam actio vi bonorum raptorem heredib. quidem datur eius, cuius bona direpta sunt, non datur tamen in heredes raptoris, quia pœnalis est actio, nisi quatenus ad eos peruenerit, id est, quatenus ex scelere defuncti locupletiores facti fuerint, ne scelere alieno ditentur, quo nihil est apertius. Proxima recitatione veniam ad lib. 55.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 6. De iniur.

Quod Senatusconsultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est, tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit Senatus publica quæstione rem vindicari. Ceterum si nomen adiectum sit: & iure communi iniuriarum agi poterit.

poterit. Nec enim prohibendus est priuato agere iudicio quod A *publico iudicio præiudicatur: quia ad priuatam causam pertinet. Plane si actum sit publico iudicio, denegandum est priuatum, similiter ex diuerso.*

EA, quæ habemus primum ex libro 55. pertinent ad actiones vi bonorum raptorum, de qua Paulus libro superiore scripsit, rapta occasione ab eo, quod furtiuæ res, aut vi ereptæ vsucapi non possunt antequam redierint in potestatem domini, vel eius heredis. Ab actione, inquam, vi bonorum raptorum nescio qua ratione Paulus transitum fecit ad actionem iniuriarum, de qua est hic liber, nisi forte, cum quatuor tantum sint priuata delicta, & quæ oriuntur ex eis quatuor actiones priuati iudicij, actio fur- B tiua, actio vi bonorum raptorum, actio legis Aquiliæ, & actio iniuriarum, & iam dixerit satis de actione *l. Aquil. lib.* 22. & de actione furti *lib.* 39. hoc loco dicendum existimarit, post actionem vi bonorum raptorum, de qua vt dixi, egit superiore libro, de actione iniuriarum, quod forte & hoc ordine in edicto perpetuo hæ quatuor actiones propositæ essent diuersis locis, non serie continua. Ex hoc autem libro 1. dabimus legem 6. *de iniur.* quæ est de Senatusconsulto, quo constituitur iudicium publicum, publicave accusatio, actio in eum, qui ἐπιγράμματα, vt est in *l.* quæ precedit quo nomine significantur non tantum ἰαμβείως, sed etiam καταλογάδην scripta, *prosa aut versu scripta*, vt loquuntur Apuleius & Ausonius, qui inquam, ἐπιγράμματα, vel qui quid aliud sine scriptura, veluti imaginem in no- C tam aliquorum produxit vel emendam, aut vendendam curauit. Et hoc quidem Senatusconsultum, vt ostendit Paulus in hac lege, maxime necessarium est, si is, qui quid fecit, quod pertineat ad iniuriam alterius, nomen eius non adiecerit, in cuius infamiam id fecerit. Quia enim certa non est persona, quam iniuria adficere voluit, nec vlli priuata iniuriarum actio dari potest, *l.* 15. §. *cui non sine causa.* Itaque necesse est, hanc rem publica quæstione vindicari, quod & senatus introduxit, quia difficile est probare, cui facere voluerit iniuriam, qui id fecit: difficultas probationis facit, vt cesset priuatum iudicium iniuriarum, & locus sit duntaxat publico ex Senatusconsulto. At si nomen adiecerit, non tantum est locus publico iudicio ex SCto, vel ex *l. Cornel. de iniuriis*, quæ & de iniuriis omnibus, vt opinor, D publicum iudicium introduxit, *l. hos accusare* §. *vlt. de accusat. l.* 2. §. *deinde Cornel. de orig. iuris.* non tantum, inquam, locus est publico iudicio, quod scilicet patet omnibus sed etiam iure communi, ei, cuius nomen expressum est, agere licet ciuili & priuato iudicio iniuriarum ex edicto prætoris, quo si experiri malit, non est ideo prohibendus, quod publico iudicio præiudicium fiat, quod prius agatur priuato, quam publico, quod est maioris momenti, quia suam causam agit non publicam. Eodemque modo dicam de cæde & veneno non tantum publico iudicio ex *l. Cornelia de sicar. & venef.* agi posse, aut si quis cœtum aut concursum fecerit, quo minus reus in ius produceretur, vel si quis de seruo alieno quæstionem habuerit iniussu domini, dicam similiter non tantum iudicio publico agi posse ex *l. Iul. de vi priuata*, sed etiam priuato iudicio iniuriarum. Priore ca- E su non tantum publico iudicio ex *lege Cornel. de sic.* sed etiam priuato iniuriarum, vt *l. seq.* §. 1. Et posteriore casu non tantum publico iudicio ex *lege Iulia de vi*, sed & priuato iniuriarum, vt ostenditur in *l.* 4. *ad leg. Iul. de vi. priu.* Quæ cum sit ex hoc libro 55. huic legi 6. applicanda est, ita vt mox demonstrabitur.

Ad l. 4. Ad l. Iul. de vi priu.

Legis Iuliæ de vi priuata crimen committitur, cum cœtum aliquis & concursum fecisse dicitur, quo minus quis in ius produceretur.

1. §. Et si quis quæstionem de alterius seruo habuisset. Et ideo moderatius edicto prætoris de iniuriis vtendum esse.
Paul.

SI quis, inquit *l.* 4. *ad l. Iul. de vi priu.* cœtum aut concursum fecerit, ne quis in ius produceretur: vel si nolente domino, de alieno seruo quæstionem habuerit, tenetur publico iudicio, ex *lege Iulia de vi priuata.* sed & tenetur priuato iudicio iniuriarum: nec si malit agere priuato iudicio, prohibendus est, quod fiat publico iudicio præiudicium. Verum quod in illa leg. 4. additur, *moderatius tamen edicto prætoris de iniuriis vtendum esse*, id est, moderatius ciuili & priuata actione iniuriarum agendum esse, ne fiat præiudicium publico iudicio ex *l. Iulia.* Sic enim ille locus explicandus est, quem non intellexit glossa. Quod item additur in *l.* 7. §. 1. *de iniur.* eodem sensu: *Rectius facturum prætorem, si de cæde, & veneno prius non dederit ciuilem, & priuatam actionem iniuriarum.* Nam & ita hic locus ex- B plicandus, aliter quam glossa, ne præiudicium fiat publico iudicio ex *l. Cornel. de sicar.* vel etiam si reo dederit exceptionem, *extra quam in reum capitis præiudicium fiat*, vt est apud M. Tull. Ciceronem secundo de inuent. *Agit*, inquit, *is, cuius manus præcisa est, iniuriarum*, Priuato iudicio scilicet. *Postulat is, quo cum agitur*, a prætore, *exceptionem, extra quam in reum capitis præiudicium fiat. Non oportere in iudicio recuperatorio*, id est, in iudicio priuato, *eius malefici, de quo inter sicarios quæritur, præiudicium fieri.* Possit, quidem prætor prius dare ciuilem actionem iniuriarum, quam publicum iudicium, sed rectius fecerit si prætulerit publicum iudicium: *moderatius*, inquit, *vtendum est edicto de iniuriis*, ne præiudicium fiat iudicio publico, iudicio capitis, quia, vt subiicit in *h. l.* si prius dederit prætor, vt C potest, si velit priuatam actionem iniuriarum, eaque prius actum fuerit, postea publico iudicio agi non potest. priuata actio consumit publicum iudicium. Cur ita? quia quod in iudicium publicum ex SC. vel ex l. Corn. vel ex l. Iul. venit, id vero est vindicta tantum admissi sceleris, quam vigor publicæ disciplinæ desiderat. Idem venit in priuatum iudicium iniuriarum. Actio iniuriarum vindictam persequitur, non pecuniam. Actio iniuriarum dolorem mitigat imminuti honoris, nec rem familiarem, aut pecuniariam persequitur, *l.* 2. §. *emancipatus, de collat. bonor.* & in *d. l.* 7. §. 1. *de iniur.* Eadem ratione ex contrario, vt & hic ostenditur, si prius actum publico iudicio de iniuriis, postea non potest agi priuato, ne bis eadem res in iudicium deducatur. vtrumque iudicium idem persequitur, nempe vindictam. At vbi D actio ciuilis non persequitur vindictam, sed pecuniam, id est, quod actoris interest, vt & eius, quod interest, duplum, vel quadruplum, vel triplum, id est, pœnam vltra id quod interest, cuiusmodi est actio legis Aquiliæ, & actio furti, & actio vi bonorum raptorum, si ea actum sit prius, non est denegandum publicum iudicium & criminale, quod longe aliam rem persequitur, nempe vindictam & vltionem publicam. Illæ actiones ciuiles persequuntur quod priuatim interest. Iudicium publicum quod publice interest. Itaque alio aliud non consumitur, atque ita ex diuerso, etiam si prius actum sit publico iudicio, non est danegandum priuatum, quia alia de re est *l. vnica, C. quando ciuil. act. crim. præiud.* & *l.* 3. *in princ. sup. de lib. hom. exhib.* Nihil tamen & in his refert vtro agatur prius, qua de re si quid amplius aues addiscere, repetas quæ habuimus in *l.* 37. *in* E *l.* 4. *de publ. iudic.* Nunc transeamus ad *l.* 8. *de iniur.*

Ad l. 8. De iniur.

Vulneris magnitudo atrocitatem facit, & nonnunquam locus vulneris, veluti oculo percusso.

QVæ hoc tantum docet, attrociorem iniuriam, id est, contumeliosiorem & maiorem iniuria mæstimari, non tantum ex persona, quæ iniuriam fecit, vel passa est, vel ex loco, in quo factum est iniuria, vel ex reipsa, sed etiam ex magnitudine vulneris, & ex loco vulneris nonnunquam, *veluti oculo percusso*, inquit, quod est in homine τῶν ὀργάνων πρῶτον, vt ait Plato.

Ad l. 10. eod.

Adtentari pudicitia dicitur, cum id agitur, vt ex pudico impudicus fiat.

HÆc lex ait: *Adtentari pudicitiam*, quo nomine agi poteſt actione iniuriarum, ſi quis id egerit ſermone ſuo, blanditiisve ſuis, *l. item apud* §. *aliud eſt*, *h. t.* vt mulier ex pudica impudica fieret, etiamſi id fruſtra tentauerit. Si verbis turpibus vſus fuerit coram muliere, non ideo videtur tentare eius pudicitiam, ſed tamen tenetur etiam eadem actione iniuriarum, vt eſt eleganter ſcriptum in *d. l. item apud* §. *qui turpibus*. Et ad id propriæ facit lex illa regia: *Ne quis præſente fœmina obſcœna verba faciat.* Reſtat tantum ex hoc libro lex 18. eodem.

Ad l. 18. eod.

Eum, qui nocentem infamauit, non eſſe bonum æquum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota eſſe, & oportere, & expedire. §. 1. *Si ſeruus ſeruo fecerit iniuriam, perinde agendum, quaſi ſi domino feciſſet.* §. 2. *Si nupta filiafam. iniuriam acceperit, & vir, & pater iniuriarum agant: Pompon. recte putat, tanti patri condemnandum eſſe reum, quanti condemnaretur ſi ea vidua eſſet: viro tanti, quanti condemnaretur, ſi ea in nullius poteſtate eſſet: quod ſua cuiuſque iniuria propriam æſtimationem haberet. Et ideo ſi nupta in nullius poteſtate ſit, non ideo minus eam iniuriarum agere poſſe, quod & vir in ſuo nomine agat.* 3. §. *Si iniuria mihi fiat ab eo, cui ſim ignotus: aut ſi quis putet, me Lucium Tit. eſſe, quum ſim Gaius Seius, præualet, quod principale eſt, iniuriam eum mihi facere velle: Nam certus ego ſum, licet ille putet me alium eſſe quam ſum. Et ideo iniuriarum habeo.* 4. §. *At cum aliquis filiumfa. patremfa. putat, poteſt videri iniuriam patri facere, non magis quam viro, ſi mulierem viduam eſſe credat. Quia neque in perſonam eorum confertur iniuria, nec transferri per perſonæ putationem ex perſona filiorum ad eos poteſt: cum affectus iniuriam facientis in hunc, tanquam in patremfam. conſiſtat.* 5. §. *Quod ſi ſciſſet filiumfam. eſſe: tamen ſi neſciſſet, cuius filius eſſet, dicerem (inquit) patrem ſuo nomine iniuriarum agere poſſe. nec minus virum, ſi ille nuptam eſſe ſciret. Nam qui hæc non ignorat, cuicunque patri, cuicunque marito, per filium, per vxorem vult facere iniuriam.*

HVius legis principium docet, non teneri iniuriarum eum, qui nocentem infamat, qui latine loquitur, qui latronem latronem vocat, *quia*, inquit, *peccata nocentium nota eſſe & oportet & expedit.* Verum ait in principio, eum qui nocentem infamauit, non eſſe bonum & æquum ob eam rem condemnari: iudicio iniuriarum ſcilicet, reſpiciens ad formulam actionis iniuriarum, in quantum ob eam rem reum condemnari iudici viſum æquum fuerit, *l. 17. §. ſeruus, h. t.* in quantum æquum bonum iudici videtur *l. qui ſeruum, de oblig. & act.* Qua ex re etiam actio iniuriarum dicitur eſſe ex æquo & bono, *l. non ſolum* §. 1. *h. t.*

Ad §. 1.

SEquitur in hac l. in §. 1. Si ſeruus ſeruo iniuriam fecerit, domino ſuo nomine competere in dominum eius noxalem actionem: iniuriarum videlicet, ſi in contumeliam alterius domini fecerit (ſic hic locus intelligendus eſt) quinimo etſi non fecerit in iniuriam domini, iniuria ſeruo facta, vel ab alio ſeruo, vel a libero homine a prætore inulta relinquenda non eſt, *l. item apud* §. *ſi quis ſic fecit, h. t.* quod congruit cum l. Athenienſium, quæ vlſciſcebatur etiam iniuriam factam ſeruis. Eiuſque legis meminit Demoſth. κατὰ Μειδίου: & Xenophon ἐν πολιτείᾳ Athenienſium, Athenæus *lib. 6.* Et legimus etiam apud Velleium Paterculum libr. 2. *In vrbe Roma petulantis conuitij iudicium redditum hiſtrioni ex ſoleto.* Et tamen in *l. 41. C. Th. de epiſc. & cler.* habemus ſordidiores, vilioreſque perſonas, & iudicio publico damnatas infamataſque, iniuriarum actionem non habere, *patere omnium iniuriis & contumeliis.* Et in Nouel. Valent. de Manichæis: *Manichæos ob nefanda eorum crimina, nefandaſque opiniones iniuriarum actionem non habere.*

Ad §. ſi nupta.

SEquitur in §. *ſi nupta*, quod etiam comprobatur *l. 1. §. vlt. h. t.* interdum ex vna iniuria tribus oriri actionem iniuriarum, nec vnius actionē per aliam conſumi, ſed ſuam cuiuſque iniuriam, ſuam cuique iniuriam propriam actionem, & propriam æſtimationem habere, vt ſi vxori tuæ filiæfam. iniuria facta ſit, & ipſi competit actio iniuriarum, qua tamen ipſa non agit temere, niſi forte abſente patre, ſed pater agit, in cuius poteſtate eſt, filiæ nomine, idemque patri ſuo nomine competit actio iniuriarum, pereinde atque ſi filia nupta non eſſet. Tribus denique ex vno facto triumve nomine competit actio iniuriarum. Et his conſequenter, ſi vxor tua materfa. fuerit, id eſt, ſi fuerit emancipata, & ipſi & tibi competit actio iniuriarum, nec alia aliam conſumit. Quæ eſt ſententia §. *ſi nupta.* Cui adiecerat proculdubio Paulus, & adiiciendum etiam id a nobis eſt ex *l. 2. h. t.* quæ falſo adſcripta eſt lib. 50. Eſt igitur reddenda 55. E contrario, ſi viro facta ſit iniuria, vxori non competere actionem iniuriarum, hac reddita ratione, quia defendi vxores a viris, non viros ab vxorib. ęquum eſt. Vbi dum ait, *æquum eſt*, etiam reſpicit ad formulam actionis iniuriarum, non pugnare vxores pro viris, ſed viros pro liberis & pro vxorib. περί τε παίδων ἠδὲ περί τε γυναικῶν, vt Homer. loquitur Illiad. 9. accipiens περί, vt Latini pro ὑπέρ. Poſtremo in *d. l. 18.* ait, ſi quis mihi fecerit iniuriam, cui eram ignotus prorſus, vel ſi cum putaret me L. Tit. eſſe, cum eſſem Caius Seius, mihi fecerit iniuriam, eum mihi teneri actione iniuriarum, quamvis aliū me eſſe putauerit, *qu'il m'ait pris par eſchange*, quia, inquit, *præualet quod principale eſt*, pręualet, quod in re potius eſt, quam quod in exiſtimatione eſt: quod in re eſt, principale eſt, *Iniuriam eum mihi velle facere.* Nam certus ego ſum iniurię, certus mei quoque, licet ipſe me alium eſſe putet, quam ſim. Et ideo iniuriarum habeo actionem. Ab hoc caſu diuerſus eſt caſus *l. 4. h. t.* quę eſt ex eod. lib. & coniungenda eſt cum hoc §. ſi iniuria, emendata inſcriptione, quoniam & illa lex 4. falſo adſcribitur l. 50. reddenda l. 55.

Ad l. eod. falſo adſcriptam lib. 50.

Si cum ſeruo meo pugnum ducere vellem, in proximo te ſtantem inuitus percuſſerim: iniuriarum non teneor.

CAſus hic eſt, ſi cum ſeruo meo pugnum vel colaphum ducere, ſeruum ſcilicet meum ductim tangere vellem, te ſtantem in proximo percuſſero, me tibi non teneri actione iniuriarum. Cedo rationem differentiæ inter hunc & illum caſum: Quoniam, inquit *l. 4.* in proximo te ſtantem inuitus percuſſi, caſu quodam fallente me manu mea, vel ſeruo meo euitante ictum, eludenteve. Atqui in hac ſpecie, Caium Seium elegi, quem percuterem, eique iniuriam facere volui, licet alium eſſe putauerim, præualet quod in re eſt potius, quam quod in exiſtimatione mentis meæ. Ab hoc caſu etiam ſeparandus eſt is, qui ſequitur in §. *vlt. h. l. 18.*

Ad §. vlt. l. 18. modo expoſitæ.

SI quis filiofamilias iniuriam fecerit, quem patremfamilias putabat: nam hoc caſu patri non competit actio iniuriarum, quia non in iniuriam patris id fecit, ſicuti ſi nuptæ iniuriam fecerit, quam viduam eſſe putabat, nec enim marito competit actio iniuriarum. Et magna eſt differentia inter hunc caſum & ſuperiorem. In ſuperiori ſpecie corpus eius, quem putabat eſſe alium iniuriam accepit reuera. In hac ſpecie corpus patris vel mariti non accepit iniuriam, & error qui fuit in qualitate perſonæ, quam percuſſit, hoc exigit, vt a filio, quem ſolum cogitauit, iniuria non transferatur in patrem, vel etiam a muliere, quam ſolam iniuria adficere volui, iniuria non transferatur

ad

ad m... , ... quo nihil cogitauit, quia viduam eam esse arbitr..., ...ur. At si sciuerit filiamfamilias esse, ignorauerit autem cuius: vel si sciuerit nuptam esse, nesciuerit, cui nupta esset, tunc proculdubio patri vel marito actio iniuriarum competit, quoniam cuicunque patri per filium voluit facere iniuriam. Cuicunque etiam marito voluit per vxorem facere iniuriam.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LVI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Dedi librum 55. iam dabo 56. vt lib. 5. Sententiarum Paulus post titulum de iniuriis dedit titulum de effectu sententiarum & finibus litium, in quo tractat etiam de confessis. Ita cum scripsisset superiore lib. de iniuriis, hoc lib. de re iudicata & effectu sententiarum scribit, & de confessis, de quib. illud in primis quod est in *l. 1. de confessis.*

Ad l. 1. De confessis, & l. 142. De reg. iuris.

Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.

L. 142. *Qui tacet, non vtique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare.*

Confessum pro iudicato haberi: confessum pro iudicato esse, quia quodammodo sua sententia damnatur, & damnatur vtique post confessionem, vt *l. 3. & l. 5. & l. vlt. hoc tit. l. 5. de custod. reor.* sed, vt ait, sua quodammodo sententia, hoc est, confessione. Quintilianus *de clam. 314. Confessio est*, inquit, *contra se pronuntiatio.* Et confessum quidem pro iudicato esse, non qui incertum puta rem, aut pecuniam incertam, sed qui certum confitetur *l. 3. l. 6. hoc tit. l. 6. de iure fisci.* Nam & sententiam esse oportet certam, id est, certæ rei vel summæ *§. curare, Instit. de action.* Rursus confessum pro iudicato esse, non eum, qui confitetur extra ius aut iudicium, sed eum qui confitetur in iudicio vel in iure, id est apud prætorem, apud sellam siue tribunal prætoris, ἐν βήματι, *in tribunali,* sic Græci *in iure* interpretantur. Itaque confessus non est pro iudicato, nisi confessus sit in iure. Quod multæ leges comprobant *l. pen. tit. seq. & l. post rem, tit. super. & l. quidam, de donat. & l. 1. §. proinde, si quid. in fraud. patr. l. 4. ad l. Iul. maiest. l. 1. C. de confess. l. 4. C. de rep. vel acqu. hered. & Nouel. 90.* περὶ μαρτύρων, *quæ est de testibus*, in illo loco, ἐν δικαστηρίῳ κατὰ θέσιν, *in iudicio confiteri*, & in iudicio competenti scilicet. Nam quæ fit in iudicio incompetenti, nihil nocet, sicut nec sententia, quæ datur a iudice incompetenti quicquam nocet. Atque ita recte Alexander 3. *defin. cap. 4. ext. de iudic.* Et secundum hæc omnia in illo cap. 12. *tab.* notissimo: *Æris confessi rebusque iure iudicatis*, quo plane confessus comparatur iudicato. forte rectius legitur: *Æris confessi in iure, rebusque iudicatis.* vt paulo post in eodem cap. *aut quips endo eo in iure vindic.* Omnino enim necesse est, vt confessio fiat in iure, alioquin confessus pro iudicato non est, nam qui extra ius confessus est, suam confessionem infirmare & retractare potest: qui in iure, non item, *d. l. quidam, de donation.* Cum hac l. 1. coniungenda est *l. 142. de regul. iuris.* quæ est ex eodem libro, & definit, an is qui tacet confiteri videatur. Paulus 5. Sententiar tit. 5. *Confiteri*, inquit, *quis in iudicio non tantum sua voce, sed & literis, & quocunque modo potest.* Ait, *quocunque modo*, vt & 2. Sentent. tit. 1. *Debitum quocunque modo confessus.* An ergo si tacuerit in iure, vel in iudicio confessus videtur: an silentium pro confessione dicitur? Pro consensu quidem sæpissime, *l. item quæritur §. vlt. loc. l. 2. ad municip. l. 7. de sponsal. l. 2. §. voluntate, sol. mat.* Vnde illud M. Tul. in partitionibus vt opinor: *Taciturnitatem consensum imitari.* Et Actius in Neoptol. *Vbi nihil contra rationem æqui habuit, assensit*, inquit, *silens.* At taciturnitas pro confessione non habetur, sed neque pro negatione. Et hoc est quod ait l. 142. *qui tacet non vtique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.* exempli gratia: Conuentus actione legis. Aquil. quod hominem occiderit, si taceat, non tenetur actione confessoria legis Aquil. non ob id solum quod tacuit, si deficiant probationes, tenetur actione confessoria legis Aquil. quæ datur in simplum, *l. inde Nerat. §. vlt. l. proinde §. 1. ad l. Aquil.* non tenetur etiam actione legis Aquil. in duplum, quæ contra negantem datur in duplum, *l. contra negantem, C. de l. Aquil.* quia nec confiteri, nec negare videtur. Atque ita hæc regula aptanda est ad tit. de confessis, non etiam temere porrigenda ad alios tit. aliasve causas. Etenim in cessione in iure, per quam dominium rerum acquiritur, is qui tacet neganti comparatur, vt ex secundo Instit. Caij Boëtius refert in Topic. Cicer. Verba Caij hæc sunt: *Postquam is, cui res in iure ceditur, vindicauerit, prætor interrogat eum qui cedit an contra vindicet, quo negante vel tacente, tunc ei qui vindicauerit, eam rem addicit.* Item in interrogationibus quæ fiunt in iure, imminente prętore instruendæ litis causa, ad quas, qui interrogatur, omnimodo respondere tenetur, si taceat pro negante habetur, vt puta si heres scriptus ex parte interrogetur, an heres sit, & quota ex parte, vt sciatur pro qua parte in eum agi oporteat, & taceat, negasse videtur, & conuictus quasi mendax, instituta actione in solidum conuenitur, perinde ac si esset heres ex asse, *l. de ætate §. qui tacuit, de interrog. in iure fac. l. non solum, in princ. de procurat.* Item cognati vel adfines interrogati, an pupillum defendant, aut defendere velint, si taceant negare videntur se defendere, *l. 5. §. si autem negent, quibus ex caus. in poss. eat.* Aliud est confessio, aliud responsio. In iure respondemus inuiti, aut nisi respondeamus, contumaces vel superbi sumus & plectimur. Respondemus inuiti: confitemur in iure vltro, sponte nostra. Et taciturnitas pro confessione huiusmodi non habetur. Denique taciturnitas non habetur pro confessione spontanea, & omnino non habetur pro confessione, nisi contra aduersarij interrogationem fiat. Rectissime enim Donatus in Eunucho: *Taciturnitatem confessionis genus esse, præsertim*, inquit, *contra aduersarij interrogationem.* Quod confirmat Asconius Pedianus 2. contra Verrem: *Cum in ius ventum erat, dicebat accusator apud prætorem reo, aio te Siculos spoliasse:* Si tacuisset lis ei æstimabatur vt victo & confesso. Et ita hæc expedienda sunt.

Ad l. 5. & pen. de cess. bonor.

5. *Quem pœnitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi ne bona eius veneant.*

L. Pen. *Qui cedit bonis antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in ius confiteatur, audiri non debet.*

Vult hæc l. debitorem, qui creditoribus bonis suis cessit, quod fit verbo tenus, sine bonorum traditione, vt indicat *lex 3. eiusdem tituli: & lex 6. C. qui bon. ced. poss.* consequi posse integris omnibus, id est, nondum bonis ei ablatis, nondum possessis aut venditis bonis, vt creditores sua bona non vendant: si se defendat, inquit, id est, si creditorib. satisfaciat: maxima pars defensionis est satisfactio. Denique debitorem re integra cessionem reuocare posse. Quod etiam ostendit *lex 3. eiusdem tituli: & lex 2. C. qui bon. ced. poss.* Quod verbo tenus dixit se bonis cedere, id contrario verbo pœnitentia actus re integra mutare potest. Lex pen. quæ est Vlpiani, docet iudicatis vel confessis in iure debitoribus subueniri actione, subueniri beneficio legis Iuliæ, id est, beneficio cessionis bonorum, quod lex Iulia introduxit, videlicet si creditoribus cedant

omnibus suis bonis, vt creditores ea publice suo nomine vendant, & pretia inter se partiantur, pro rata pecuniarum debitarum, quo genere debitores euitant carcerem & infamiam, quam subirent, si eorum nomine bona proscriberentur & distraherentur, *l. 1. & vlt. C. qui bon. ced. poss.* Et ita, qui bonis cedunt apud Plautum, dicuntur rem apud prætorem soluere. *Ille*, inquit, *in ius me vocat pessume, metui ne mihi hodie apud prætorem solueret.* id est, ne cederet bonis. Et alio loco: *sequere ad prætorem: nam inde rem soluo omnibus, quibus debeo.* Cessio bonorum olim fiebat tantum apud prætorem ex leg. Iulia solemniter, vt subiicit *l. 6. C. qui bon. ced. poss.* Hodie fit cessio bonorum etiam extra ius nuda voluntate, nuda professione, *l. vltima, hoc titul.* Duo vero in hac *l. pen.* notantur genera agnoscendi debiti. Vnum si debitor in iure confiteatur, se debere tot nummos: alterum si iudicetur, si condemnetur, atque ita condemnatus cogatur debitum agnoscere, vel debiti instrumentum, quasi verum, *l. qui agnitis, de except. qui a recogneu sa cedulle, pour reconnoistre sa cedulle.* Confessus agnoscit debitum sua sponte: condemnatus agnoscit debitum non tam sua sponte, quam coactus, & nisi vel hoc vel illo modo agnouerit debitum, non potest cedere bonis. Denique cessio bonorum permittitur tantum confessis in iure aut iudicatis, quæ est sententia huius legis penult. *Qui cedit*, inquit, *bonis, antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in ius confiteatur.* Vbi male Accursius tertium etiam genus extra ius agnoscendi debiti notari putat, neque enim in *l. penult.* est legendum, vt vulgo, *antequam debitum agnoscat vel condemnetur*, sed detrahendus est ille articulus *vel*, qui tamen & retineri possit. Et illa igitur verba, *antequam debitum agnoscat*, interpretationem recipiunt ex sequentibus, *condemnetur, vel in ius confiteatur*, quæ interpretatio facillime etiam admitti potest, si legatur, *vel condemnetur*, vt sit sensus, debitum agnoscere, si vel condemnetur, vel in iure confiteatur. Restant adhuc ex hoc libro *l. 54. de solut. & l. 47. de verb. signif.*

Ad l. 54. de solut. & l. 47. de verb. signif.

L. 54. Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.

L. 47. Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis.

AMbæ pertinent ad edictum prætoris, quo pecuniam iudicati confessiue soluere coguntur, *l. 4. §. ait prætor, de re iudi. l. 1. C. de confessis.* Paulus 2. Sentent. *Si, qui*, inquit, *debitum quocunque modo confessus docetur, ex ea re creditori actio non datur, actio propria scilicet, sed ad solutionem compellitur.* Verba edicti hæc sunt in *d. §. ait prætor, Condemnatus vt pecuniam soluat.* Ait, *condemnatus.* Sed idem est in confesso, quia & confessus in iure pro condemnato est, vt supradictæ leges probant. *Condemnatus*, inquit, *vt pecuniam soluat*, vt in *l. Seruilia, quod iudicatum erit, id vti soluatur.* In hoc autem edicto *soluere*, non tantum est pecuniam numerare, sed alio quocunque modo se liberare, & satisfacere ei, qui causam obtinuit, veluti pacto, vel exceptione, vel ipso iure, nouatione, acceptilatione, noxæ deditione, si fuerit actio noxalis, *d. l. 4. §. si ex conuentione, §. penult. & vlt. & l. 6. §. 1. de re iudic. & l. 17. de donat.* Solutionis enim verbum, inquit, Paulus in *l. 54. de solut.* magis ad obligationis substantiam refertur, quam ad nummorum solutionem, id est, obligationem solui: nomen solui prætor exigit potius, quam nummos dari, quamuis dicat, *vt pecuniam soluat*, quia & qui alio modo satisfacit, pecuniam soluere videtur. Denique solutionis verbum in hoc edicto eandem vim habet, quam liberationis, id est, æque patet latissime atque liberationis verbum. Et sic legendum videtur in *l. 47. de verbor. significat.* in qua idem Paulus, vt vulgo legitur *Liberationis*, inquit, *verbum eandem vim habet, quam solutionis.* Subiecta materia suadet, vt existimemus traiecta esse verba, & legendum *solutionis verbum*, quod est in edicto scilicet, *eandem vim habet quam liberationis.* quamquam & vulgaris scriptura defendi possit hoc modo, si dicamus, hanc fuisse mentem Pauli, vtroque verbo nos promiscue vti, solutionis verbum eandem vim habere, quam liberationis, & ex diuerso liberationis verbum, eandem quoque vim habere, quam solutionis. Denique quod ad hoc edictum attinet, solutio accipitur pro liberatione, causa pro effectu quocunque, vt possessio sæpissime pro vsucapione.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LVII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 52. de procurator.

Etsi consularis sit.

HIc liber est de bonis debitoris iudicati aut confessi, qui quod iudicatum est, quodque confessus est, non soluit, auctoritate iudicis possidendis, iudicati siue crediti seruandi causa, quod fit ex edicto prætoris variis ex causis, vel quia debitor fraudationis causa latitat, nec defenditur, vel quia iudicio abest, posteaquam cauit iudicio sisti, & similiter absens non defenditur, vel qui cum pupillus esset contraxit, & ex eo contractu conuenitur nec defenditur, *l. 2. 3. 5. & 7. quib. ex caus. in poss. eat.* Ad quas causas pertinet *l. 52. de proc.* Et quæ etiam huic libro reddenda est *l. 54.* male adscripta libro 50. & *l. pen. eod. tit.* Quoniam in eis legibus definitur, qua quisque absens vel latitans vel pupillus ratione recte defendatur, neque enim qualiscunque defensio sufficit, ne absentis vel latitantis debitoris bona possideantur & væneant, sed recte defendi eum oportet, & boni viri arbitratu, vt ait *d. l. pen.* Omnis enim, qui defenditur, boni viri arbitratu defendendus est, quod & prætoris edicto expressum, *l. seruum §. ait prætor, hoc tit. l. 7. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat.* Quid autem hoc est, *boni viri arbitratu?* puta iudicio pro absente, vel latitante, vel pupillo suscepto & peracto bona fide, &, quod caput est, præstita satisdatione iudicatum solui, & iudicato soluto, reque defensa, vt dixi, bona fide sine dolo malo, *l. recte, de iudic. l. generaliter, de administ. tut. l. 5. § nunc videamus, iudicat. solui.* Ac sine satisdatione quidem, *iudicatum solui*, nemo alienæ rei siue litis idoneus defensor esse intelligitur, ne locupletissimus quidem, aut consularis, id est, qui consul fuit, vt ait Paulus in *l. 52. h. tit.* licet consularis sane magna sit dignitas, *l. 3. §. vlt. de recept. qui arbitr. l. 11. de dolo.* Sed hæc dignitas pro satisdatione non est. In re sua esset pro satisdatione, in rei alienæ defensione non supplet vicem satisdationis. Ideoque nec consularis idoneus est defensor sine satisdatione iudicatum solui: nec fœmina quoque, vt ait Paulus in *l. 54.* propter Senatusconsultum Velleianum, quo infirmantur intercessiones mulierum. Et defenstrix (quo verbo vsus est M. Tulli.) alienæ rei plane intercedit pro alio. Nec item miles est idoneus defensor propter sacramentum militiæ, & disciplinam militarem, cui adstrictus est: neque item is, vt ait Paulus, qui Reipublicæ causa abfuturus est, propter munus publicum, quod ei iniunctum est, quodve in eo est, vt iam obire debeat. Eademque ratione, nec is, qui magistratum initurus est. Et recte igitur in *l. 52. consularis*, nam consul designatus, vel qui iam consul renuntiatus est, nec cum satisdatione rei alienæ defensor esse potest. Non est etiam defensor idoneus, qui perpetuo morbo tenetur, quia nec suis rebus superesse potest, *l. 5. de postul.* Et generaliter, qui inuitus in ius vocari, iudiciumve pati non

non poteſt, quales multi enumerantur in *l.* 2. 3. & 4. *de in ius vocando*, idoneus defenſor non eſt. In extremo autem huius legis 54. oſtenditur, tutores ibi eſſe defendendos, vbi tutelam adminiſtrauerunt, videlicet, etiamſi ibi domicilium non habeant, id eſt, ſedem facultatum, fortunarumque ſuarum, quia ſcilicet & ibi conueniri poſſunt actione tutelæ, vbi tutelam adminiſtrauerunt, imo & ſi ibidem non defendantur, bona eorum poſſideri poſſunt, *l. heres* §. 1. *de iudic.* Tutelæ adminiſtratio, quaſi contractus eſt, & quilibet ibi conueniri poteſt, & defendi debet, vbi contraxit contractum aut delictum, neque ei quicquam prodeſt præſcriptio fori, *l.* 3. *de reb. auct. iud. poſſ.* Et his de rebus ſcribentem Paulum puto & id ſcripſiſſe quod eſt in *l.* 17. *de noui oper. nunt.* quæ eſt ex hoc libro; per procuratorem quidem vel defenſorem, qui & ipſe procurator ſæpiſſime dicitur, nobis non ſemper adquiri actionem, quia libera perſona eſt. Per eos, qui ſunt in noſtra poteſtate adquirimus actionem, per liberos homines a nobis bona fide poſseſsos, tanquam ſeruos, veluti per procuratores, per defenſores, non ſemper nobis adquiruntur actiones, ſed retinentur tamen per eos actiones, quæ nobis competunt ſemper, & priſtinum ius quod nobis quæſitum eſt, per eos nobis conſeruatur, vt puta quod *l.* 17. probat, ſi procurator vel defenſor meus, vicinum meum prohibeat opus nouum facientem, & vicinus contra prohibitionem faciat, non tam facto procuratoris mei, aut defenſoris, quam facto vicini: denique vtriuſque concurrente facto, nobis vtile eſt interdictum quod vi aut clam, vt reſtituat, quod fecit contra prohibitionem. Prohibitio procuratoris demonſtrat illum vim facere, & ius priſtinum, quod ipſe habuit prohibendi operis noui, mihi conſeruat, paratque in non obtemperantem prohibitioni interdictum, quod vi aut clam factum eſt, vt *l.* 72. *de procur. l.* 3. *in princ. quod vi aut clam.* Eſt & alia cauſa, ex qua bona debitoris a creditoribus poſſidenda ſunt, ſi debitori defuncto nullus heres exiſtat, expreſsa in edicto his verbis, *cui heres non exſtabit*, vt conſtat ex oratione pro Quintio, vbi heredis appellatio porrigitur etiam ad bonorum poſseſsores, *l.* 1. *in fi. de muner. & hon.* Et ad hanc cauſam poſseſſionis bonorum, ſunt quæ pertinent ex hoc libro multæ leges ac primum.

Ad l. 70. de adquir. hered. & l. 57. de hered. inſt.

In plurium heredum gradibus hoc ſeruandum eſt, vt ſi teſtamentum proferatur, prius a ſcriptis incipiatur, deinde tranſitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet etiamſi idem ſit, ad quem vtroque modo pertineat: nam hoc gradatim conſequitur, vt prius ex teſtamento delatam, deinde legitimam repudiet. Idem iuris eſt in bonorum poſſeſſione; vt prius ſcriptus repellat bonorum poſſeſſionem, deinde is, qui ab inteſtato petere poteſt.

1. §. *Si vero ei, ad quem legitima hereditas poteſt pertinere, conditio data ſit; nihil conſtituere poteſt de legitima, antequam dies conditionis tranſeat. Et ideo dicendum eſt, & in eo caſu; ſi reſpondit, neutram hereditatem ad ſe velle pertinere: bona defuncti a creditoribus poſſidenda ſunt.*

L. 57. Si is, qui ſoluendo non eſt, ſeruum cum libertate heredem inſtituerit, & liberum ſubſtituerit: ante incipiendum erit a ſubſtituto. Lex enim Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres inſtitutus eſt, conſeruat libertatem, ſi nemo alius ex eo teſtamento heres eſſe poteſt.

Lex 70. *de adquir. heredit.* docet, quum quæritur, an aliquis defuncto heres exiſtat, eſse incipiendum ab heredibus teſtamento ſcriptis, quoniam eorum cauſa prior eſt; & ab inſtitutis primum, deinde ſi inſtituti renuntiauerint, tranſeundum eſse ad ſubſtitutos, quod proponitur initio legis 70. Cui mox, vt arbitror, neque fallor, adiecit Paulus quod ex ipſo libro exſtat in *l.* 57. *de hered. inſtitut.* Aliquando etiamſi in teſtamentis ſint inſtituti & ſubſtituti, incipiendum eſse a ſubſtitutis, non ab inſtitutis, a ſecundo heredum gradu, non a primo, *d. l.* 57. nempe in hoc caſu: Debitor qui ſoluendo non erat, in fraudem creditorum ſeruum ſuum cum libertate heredem inſtituit, eique liberum hominem ſubſtituit vulgari modo, nullus eſt primus gradus, quia & nulla ipſo iure libertas, id eſt, ex leg. Ælia Sentia, quæ datur in fraudem creditorum, ipſo iure, id eſt, ex l. Ælia Sentia, & ſine libertate heres eſſe non poteſt: ſeruus domini heres eſſe nequit. Denique nulla libertas, nulla inſtitutio eſt, quia non aliter lex Ælia Sentia ſeruo proprio cum libertate heredi inſtituto in fraudem creditorum conſeruat libertatem, ſi vni tantum ſeruo detur ſimul cum hereditate, quam ſi nemo alius ex eo teſtamento heres eſſe poſſit. At ſubſtitutus heres eſſe poteſt ex eo teſtamento: ergo teſtamentum incipit a gradu ſubſtitutionis, a ſecundo gradu, quaſi ipſo iure nullo primo gradu, quod etiam fit, & euenit in ſpecie *l.* 75. *de hered. inſtit.* Et in ſpecie *l.* 7. *de ini. rupt. & irr. teſt.* Et hoc igitur caſu, qui proponitur in *d. l.* 57. a ſubſtituto incipiendum, & quærendum eſt, nunquid ex ſubſtitutione heres eſſe velit: & ſi velit, bona a creditoribus non poſſideantur: ſi nolit poſſideantur. Poſt heredes autem teſtamento ſcriptos primo vel ſecundo gradu, vt in *d. l.* 70. Paulus docere pergit, tranſitio fit ad heredes legitimos, ad quos ab inteſtato hereditas redit, & ab eis quæritur, nunquid ab inteſtato heredes eſſe velint? Et hic ordo hæcve gradatio ſeruatur, etiam ſi idem ſit homo, cui vtroque modo deferatur defuncti hereditas, vt puta ſi is, quem teſtator heredem ſcripſit, etiamſi inteſtatus deceſſerit, ei ab inteſtato heres futurus erat, veluti proximus agnatus. Nam hoc, vt ait, gradatim conſequitur, vt prius ex teſtamento delatam, deinde legitimam hereditatem repudiet. Cauſa teſtamenti præcedit cauſam inteſtati, atque ita, ſi vtramque hereditatem repudiet teſtamentariam & legitimam, tum bona a creditoribus poſſidenda & diſtrahenda ſunt. Idemque ordo ſeruatur in bonorum poſſeſſione, nempe, vt prius repudietur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, deinde bonorum poſſeſſio vnde legitimi. Sequitur in *d. l.* 70. *in plurium. Si vero ei, ad quem legitima hereditas poteſt pertinere, conditio data ſit.* Vbi ponenda eſt ſpecies in hunc modum: Quidam teſtamento Caij, ex aſſe heres inſtitutus eſt ſub conditione, *ſi poſt mortem meam*, dicente Caio, *nauis ex Aſia venerit in diebus centum proximis*; vel *ſi Titio centum dederit in diebus triginta proximis a morte mea*, vt *l.* 4. *de rebus auct. iud. poſſ.* quæ eſt etiam ex eodem libro, *Conditio*, inquit, *data eſt heredi inſtituto.* Recte. Nam & ſi proprie conditio non detur, ſed adſcribatur, *l.* 3. §. *conditio, de adim. leg.* tamen ſæpe dari, & accipi dicitur: dari in *l.* 11. *de leg.* 2. *l.* 5. *de cond. inſt. l. quod vulgo, de manum. teſt. l. Sticho, de vſufr. leg. l. inter illam, de verbor. ſignif.* accipi in *l. quum pupillus* §. 1. *de cond. & demonſt.* Hæc autem in teſtamento Caij conditio heredi inſtituto data vel adſcripta, ad quem etiam ab inteſtato legitima eiuſdem hereditas pertinebat, nihil poteſt decernere, vel conſtituere de legitima hereditate adeunda, vel repudianda, antequam dies conditionis adſcriptæ inſtitutioni exierit, intra quem ſcilicet conditio impleta non fuerit. Et ideo, ſi interim intra diem conſtitutum in iure, interrogatus reſponderit, ſe neutram hereditatem, ad ſe pertinere velle, neque ex teſtamento, etiamſi conditio intra diem inſtitutioni appoſita impleretur, neque ab inteſtato intra diem conditione non impleta & finito die. Quo genere vtraque hereditas repudiatur, teſtamentaria & legitima. Et *congruo loco*, id eſt, in iure, in tribunali competenti, repudiatio hereditatis debet fieri. In iure, *l.* 3. & 4. *C. de repud. hered.* Itaque quia vtramque hereditatem repudiauit, quaſi nullo herede exiſtente debitori, a creditoribus hereditariis bona defuncti poſſideri & venundari poſſunt. Quod confirmat etiam *l.* 1. *de cur. bon. dand.* quæ eſt ex hoc lib.

Ad l. 1. de cur. bon. dand.

Si quis ſub conditione heres inſtitutus eſt, cogendus eſt conditioni parere, ſi poteſt: aut ſi reſponderit ſe non aditurum, etiamſi conditio exſtiterit, vendenda erunt bona defuncti.

1. §. *Quod si nihil facere potest, curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda.* §. 2. *Sed si graue æs alienum sit, quod ex pœna crescat: per curatorem soluendum æs alienum: sicuti cum venter in possessione sit: aut pupillus heres tutorem non habeat.*

SEntentia eius legis est. Si quis sub conditione heres institutus sit, vrgentibus creditoribus hereditariis, *cogendus est parere conditioni, si potest,* inquit, id est, si conditio sit in eius potestate, veluti, *heres esto, si seruum tuum manumiseris, heres esto si Titio quinque dederis:* maxime si is heres sit in bonis, aut responderit in iure, se non aditurum, etiam si conditio extiterit. Atque ita si ante conditionis euentum, vel defectum repudiauerit hereditatem: bona B defuncti debitoris creditoris quasi iam nullo herede existente possidere & venundare possunt. Valet igitur repudiatio facta ante conditionem, quod tamen negat *l.* 13. *de adquir. hered.* Et sane simpliciter facta repudiatio ante conditionem non valet. frustra enim repudiatur, quod nondum delatum est, *l.* 1. §. *decretalis, de success. edic.* Sed si ante conditionem repudiatio fiat in iure sub commemoratione conditionis, vt ponitur in hac *l.* 1. & similiter ponendum est in *l.* 70. *de adquir. hered.* vrgentibus creditoribus, ne longior eis mora fiat, omnimodo valet. Et hoc si conditio fuerit in potestate heredis, vt dixi, quam vocamus conditionem potestatiuam. Quod si conditio non fuerit in heredis, cui adscripta est, potestate, si fuerit in casum collata, si fuerit casualis conditio, veluti, si nauis ex Asia C venerit, atque ita non posit parere conditioni, neque etiam respondere, hereditatem ad se pertinere nolle, *si nihil facere possit,* inquit, id est, si neque posit implere conditionem, quod non sit in eius potestate, neque etiam posit respondere, hereditatem ad se pertinere nolle, vt puta si seruus proprius testatoris sub conditione heres institutus fuerit, vt ponitur in *d. l.* 4. *sup. de reb. auct. iud. poss.* quæ est ex eodem libro, qui quidem seruus necessarius heres est, id est, siue velit, siue nolit, omnino post mortem domini protinus necessarius heres existit; & frustra igitur responderit, hereditatem ad se pertinere nolle, qui necessarius est: hoc vero casu, aut similiter a creditoribus bona posidenda & vendenda sunt, conditione scilicet defecta, vel non D existente intra tempus a prætore definitum, vt *d. l.* 4. aut curator bonis custodiendis & administrandis, & actionibus suscipiendis a prætore vel a præside ex consensu maioris partis creditorum constituendus est: in actionibus, inquam, suscipiendis vel instituendis a prætore vel præside, ex consensu maioris partis creditorum constituendus est, qui & æs alienum, quod hereditati graue est, veluti quod sub pœna debetur, vel sub pignoribus pretiosis, quod ex pœna crescit, exsoluat interim, vt *l.* 23. §. *vlt. de hered. instit.* Quod fit etiam, cum tantum non debitori nullus heres existat, sed & ventre in possessionem misso, & curatore bonis & ventri dato: nam & huic æque permittitur, vt interim æs, quod sub pœna debetur exsoluat, *l. curat. de vent. in poss. mitt.* & mittitur causa cognita: idem etiam permittitur, vt in hac *l.* 1. ostenditur, curatori pupillo dato E tutorem non habenti, si cum eo pupillo contractum sit, *d. l.* 23. §. *vlt.* nam vel huius pupilli bona posidentur, non etiam venduntur, quoad pubuerit, vel curator eis datur, *l.* 7. §. *plane interdum, quib. ex caus. in poss. eat. l. inter bonor. de administ. tutor.*

Ad l. 4. de reb. auct. iud. poss.

Si seruus sub conditione heres institutus sit aut dubium sit, an is heres liberque futurus sit; non est iniquum postulantibus creditoribus ita decerni: vt si ante certum tempus is heres non extiterit, perinde omnia obseruentur, ac si is heres ita institutus non esset. Quod plerumque accideret, si sub conditione dandæ alicui pecuniæ heres institutus sit, nec dies adpositus sit. Sed hoc quantum ad bona, ita obseruandum. Cæterum libertas ei quandoque competet, & a prætore conseruanda est, A *etiamsi certum sit, neque heredem neque bonorum possessorem futurum.* §. 1. *Si quis tamen, heredem se spondendo, vel actiones patiendo, defunctum defendat: bona defuncti venire non poterunt.*

REliqua, quæ sunt ex libro 57. hodie absoluam. Ac primum interpretabor legem 4. *de reb. auct. iud. poss. id. seu vend.* Si seruus a domino cum libertate heres institutus sit sub conditione, qui dicitur statuliber, & dubia est eius ex testamento libertas, vt ait *l.* 11. *de leg.* 2. dubia est, inquam, eius libertas ex testamento, propter incertum conditionis, quia fortasse non existet, *l. statuliber, de quæstion.* Iterum dico, dubia est eius ex testamento libertas, maxime si heres institutus sit sub conditione alicui dandæ pecuniæ, puta hoc modo, *heres esto si Titio decem dederis,* die scilicet non adscripta, qua 10. daret. Et ille diem ex die trahat, non dando pecuniam, conditionem trahat, quod potest, cum non sit ei dies adscripta, qua daret. Quo exemplo Paulus vtitur hoc loco. Vnde & initio huius legis, quod ita vulgo editum est; *Si seruus sub conditione heres institutus sit, aut dubium sit, an is heres liberque futurus sit,* legendum adfirmo, *si seruus sub conditione heres institutus sit, ita vt dubium sit, an is heres liberque futurus sit,* iteratis duabus postremis literis verbi *sit.* Cuiusmodi errores sunt in ff. Flor. quamplurimi, & in aliis etiam auctoribus. hoc perspicue rectum est, quia, & vt iam occupaui dicere ex *l.* 11. *de leg.* 2. statuliberi, id est, heredis & liberi scripti sub conditione dubia est libertas, propter ambiguum conditionis. Hoc vero casu, dum in dubio est libertas serui a domino heredis instituti, postulantibus creditoribus defuncti domini, ita decernit prætor causa cognita, vt si is intra certum tempus heres non extiterit, impleta conditione scilicet, id est, data Titio pecunia, quam dare iussus est: perinde omnia obseruentur, atque si ita heres institutus non esset, id est, vt bona defuncti nomine a creditoribus possideantur rei seruandæ causa, & si res exegerit, distrahantur, aut curator bonis detur, qui exerceat, excipiatque omnes actiones, & bona distrahat, quæ seruari non possunt, vel vt bona distrahat æris alieni dissoluendi causa, quod graue imminet, puta, quod debetur sub pœna, vel sub pignoribus pretiosis, vel quod debetur fisco grauissimo exactori. Et hoc ostenditur in *l.* 23. §. 1. *&* §. *seq. de hered. instit. & l.* 1. *de cur. bon. dand.* modo exposita: *& l.* 8. *sup. tit. prox.* Ad quam legem 8. ex hoc ipso Pauli libro additur intio legis 9. vel vnum ex creditoribus bonis debitoris curatorem dari posse, vt *l.* 7. §. *Labeo, eod. tit.* posse & non creditorem bonis curatorem dari, vt *l.* 2. §. *quæritur, in fi. de curat. bon. dand.* Plerunque dari vnum ex creditoribus ex consensu cæterorum. Cæterum in specie proposita seruo libertas quandoque impleta conditione a prætore conseruatur, etiam si neque heres defuncto, neque bonorum possessor extiterit. Bona possidentur & distrahuntur re exigente, aut eis curator datur. Libertas integra manet seruo, etiamsi heres non extiterit, & distracta bona fuerint, si quando impleuerit conditionem adscriptam libertati & institutioni, idque exemplo Senatusconsulti facti temporibus Adriani, cuius mentio fit in *l.* 5. *de fideicom. libert.* quæ lex, cum sit ex hoc libro, & quodammodo huic loco cohæreat, hic obiter nobis explicanda est.

Ad l. 5. de fideicom. libert.

In fideicommissariis libertatibus si absente herede prætor pronuntiasset libertatem deberi: est & liber, & defuncti libertus, si & seruus eius fuit, aut heredis si seruus heredis sit: Imo & si sine successore heres decesserit: conseruandam esse libertatem, senatus Hadriani temporibus censuit.

SI heres rogatus sit, seruum defuncti, vel seruum suum manumittere, & frustrandæ & detrectandæ libertatis, non ex iusta causa absit vel latitet, prætor pronuntiat seruo libertatem deberi, quo facto liber fit & libertus Orcinus,

cinus, si defuncti seruus fuerit, ex Senatusconsulto Rubriano, quod factum est Traiani temporibus, *l. 26. §. subuentum, hoc tit. de fid. lib. l. 3. §. plane, de leg. tut.* vel fit libertus heredis, si heredis seruus fuerit ex Senatusconsulto Iunciano, & si ab herede reipsa manumissus non fuerit, qui interim aberat non ex iusta causa, *l. 28. §. si quis seruum, de fid. libert.* Quin etiam & si heres, a quo fideicommissaria libertas relicta est, vita decesserit, nullo successore relicto, transit illa *l. 5.* ab herede absente ad heredem plane absentem, id est, mortuum; nullo relicto successore. Quo etiam casu ex alio Senatusconsulto, quod factum esse ait Adriani temporibus, seruo conseruatur libertas, & secundum distinctionem superiorem, vel Orcinus fit libertus testatoris defuncti, vel heredis defuncti. Et hæc est sententia *d. l. 5.*

B

Iterum ad l. 4. De reb. auct. iud. poss. cuius verba supra sunt adscripta.

NVnc redeamus ad *l. 4. de reb. auct. iud. poss.* quæ nec dum absoluta est. In extremo ait, *si heres institutus respondeat, se heredem esse velle,* vt puta extraneus heres institutus, si adeat hereditatem, si dicat in iure, *cum me Titius heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque,* vt in regulis Vlpiani, & in *l. eum qui §. vlt. de adqu. hered.* vel si defuncto debitori defensor aliquis existat, qui actiones hereditarias suscipiat, qui vtique si fuerit scriptus, hoc ipso gerere se pro herede videtur, tunc bona defuncti, in quæ C interim missi sunt creditores, a creditoribus vænire non possunt, quia cessat causa edicti de possidendis & vendundis bonis. Defuncto enim heres vel defensor extitit. Finis igitur huius legis 4. est de extraneo herede, cui etiam sub conditione heredi instituto postulantibus creditoribus defuncti prætor certum diem præfinire solet, intra quem deliberet, vt vel adeat, vel omittat hereditatem, *d. l. 23. §. 1. & §. sequ. de hered. instit.* In eius autem est arbitrio, quem diem præfiniat, dummodo vt ex hoc libro Paulus scripsit, non minus, quam 100. dies præfiniat ad deliberandum, & consultandum de adeunda & non adeunda hereditate, *l. 2. de iure delib.* quæ est ex hoc libro.

Ad l. 2. de iure delibet.

Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.

ET hoc etiam tempus 100. dierum est solemne tempus cretionis, & agnoscendæ bonorum possessionis. Quod si duo sint heredes, & eis a prætore tempora præstituta sint ad deliberandum, intra quæ vnus respondeat, se non aditurum hereditatem, alter deliberet adhuc & cunctetur, Paulus hoc ipso libro & in *l. 9. quib. ex caus. in poss. eat. tit. prox. sup.* de cuius initio iam dixi supra, cum dixi vnum ex creditoribus bonis curatorem dari posse, ait, quotiens vnus ex heredibus cunctatur, alter decreuit & constituit, se heredem esse nolle, inter moras creditores in possessionem bonorum mitti *custodiæ causa*, non venditionis causa, *donec* E *appareat is, qui deliberat, vtrum agnoscat partem suam, an non agnoscat.* Ait, *custodiæ causa, non venditionis causa,* vt *l. penult. §. creditores, vti possid.* Est etiam in eodem titulo, *quibus ex causis in possess. eat.* l. 6. ex hoc Pauli libro, quæ primum docet.

Ad l. 6. quibus ex causis in possess. eatur.

In possessionem mitti solet creditor, etsi sub conditione ei pecunia promissa sit.

§. 1. Cum dicitur; Et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, væneant, præterquam pupilli, & eius qui reipublicæ causa sine dolo malo abfuit, intelligimus, eius qui dolo malo abfuerit, posse vænire.

§. 2. Si ab hostibus quis captus sit, creditores eius in possessionem mittendi sunt, vt tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.

A

ETiam creditores conditionales debitore absente, aut latitante, aut indefenso, & defuncto sine successore, mitti solere in possessionem bonorum custodiæ causa, recte solere; hunc esse morem iudiciorum. Nam iure creditores conditionales non mittuntur in possessionem, & impune etiam prohibentur possessionem ingredi, *d. l. pen. eod. tit.* nec missionis vllus est effectus, antequam conditio extiterit, quia bona vendi non possunt, *l. 7. §. si in diem eod. tit.* Denique si initium spectemus, creditores conditionales mittuntur in possessionem: si exitum rei, non mittuntur, quia eius vendere bona non possunt, quia nec pecunia eis nec cautio vlla debetur, antequam conditio extiterit. Et ita initium legis 6. est conciliandum cum *l. pen.* Post hæc *d. l. 6. §. 1.* Paulus docet, bona eius, qui dolo malo abfuerit reipubl. causa, forte sub specie liberæ legationis, possideri a creditoribus & vænire posse. Bona autem eius, qui reipublicæ causa sine dolo malo abfuerit, quæ verba etiam sunt in edicto, *ex quibus causis maior.* ex hoc edicto, de quo agimus possideri non posse, aut si possidentur, certe vænire non posse, antequam redierit, *l. 4. C. de rest. mil.* curatorem interim bonis dari posse. Vetus est edictum Seruilij consulis apud Titum Liuium lib. 2. *Ne quis militis, donec esset in castris, bona possideret aut venderet.* Idemque seruatur in pupilli bonis indefensi, id est, qui ex suo contractu non defenditur. Possideri enim possunt & curator bonis dari, distrahi autem non possunt ante pubertatem, *l. 3. 5. & 10. hoc tit. l. 33. in princ. tit. seq. l. 1. inf. de curat. bon. dand.* Idem seruatur in bonis capti ab hostibus. nam & huius si non defendatur aduersus creditores, bona possideri possunt, aut interim bonis curator dari, vnus ex creditoribus; vænire autem non possunt, *l. vlt. tit. seq. l. 1. §. vlt. de mun. & honor. l. ab hostibus, §. 1. ex quib. caus. maior. l. 7. inf. de tut. & rat. distrah. l. 3. C. de postlim. & reuer. ab hostibus.*

Ad l. 35. de vsur.

Lite contestata vsuræ currunt.

D Restat adhuc ex hoc libro *l. 35. de vsur. & l. 18. de nouation.* quarum coniunctio constituit vnam differentiam inter nouationem voluntariam, quæ fit per stipulationem, & nouationem necessariam, quæ fit ex necessitate, inquit *l. vlt. de separat.* nimirum iudicio accepto, quod vt ait *l. si inter §. si Stichum, de verb. oblig.* inuitus debitor accipit lite contestata. Atque ita lite contestata nouatio fit obligationis, quia statim contrahitur cum aduersario, cum quo lis contestatur, & sequuta condemnatione actio pristina conuertitur in iudicati actionem, *l. si fundus §. si pluris, de pignor. l. pen. §. vlt. C. de vsur. rei iud.* Iam intelligitis, quæ fit nouatio necessaria, & quæ voluntaria. Nunc accipe differentiam, quam coniunctio duarum illarum legum demonstrat aperte. Facta nouatione voluntaria per stipulationem, vsuræ debiti currere desinunt, quæ accedebant priori obligationi, *d. l. 18. & 17. eod. tit.* At facta nouatione necessaria, id est, *lite contestata, vsuræ* prioris obligationis pendente iudicio *currere* non desinunt, *d. l. 35. & l. 1. C. de iudic.* sed post tempora legitima iudicati faciendi vsuræ rei iudicatæ ex posteriori obligatione, id est, ex causa iudicati currere incipiunt *d. l. pen. C. de vsur. rei indic.* Sunt & multæ aliæ differentiæ inter hæc duo genera nouationum, quæ notantur in *l. 29. de nouat.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LVIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 20. de iudic.

Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est: vt vbicumque aliquis obligetur, & contrahi videatur: quamuis non ex crediti causa debeatur.

VT superior, ita hic etiam liber fuit de possidendis aut vendendis debitorum bonis latitantium, vel absentium, & indefensorum, vel defunctorum sine successore. Et quod ait *l.* 1. 2. & 3. *de reb. auctor. iudic. possid.* bona ibi vænire oportere, vbi debitor domicilium habet, aut vbi contra fit, id *l.* 20. *de iudic.* quæ prima se offert ex hoc libro, docet accipiendum esse latissime, scilicet pro omni debitore ex quacunque causa, ex contractu quocunque, ex delicto, vel quasi ex delicto, non pro eo tantum, qui ex mutui siue crediti causa debet. Sicut vice flexa creditor dicitur non is tantum, qui pecuniam credidit, sed omnis, cui ex alia quacunque causa debetur, *l.* 1. *de verb. sign.* Specialiter & stricte creditor est, qui mutuam pecuniam dedit, vt cum dicitur, inuito creditori aliud pro alio solui non posse, *l.* 2. §. *mutui, de reb. cred.* Specialiter item debitor est, qui mutuam pecuniam accepit, vt cum dicitur incendium ære alieno non liberare debitorem, *l. incendium, C. si cert. pet.* nec enim hoc dicitur de quocunque debitore, sed de debitore tantum mutuatitiæ pecuniæ. At in edicto de bonis debitorum a creditoribus possidendis & venundandis, debitorum & creditorum appellatio latissime manat, & complectitur omnes eos, qui debent, quibusve debetur, & si non sit mutua pecunia, sed contractus, vt ait *l.* 10. *in fi. de verb. sign.* sed contractus scilicet ex quo vltro citroque nascatur obligatio. Ex mutuo obligatio nascitur ex vno tantum latere, i. ex parte accipientis, non ex parte dantis. Imo & contractus nomen est generaliter accipiendum vt comprehendat quacunque quis contraxerit obligationem, ex contractu, vel ex delicto, vel quasi ex contractu, vel quasi ex delicto. Ex pacto non contrahitur obligatio. Vbi igitur quisque contraxit quamcunque obligationem quacunque ex causa, vbi negotium aliquod gessit, vbi deliquit, ibi contraxisse videtur: & ibi conueniri, ibi defendi: ibi bona eius possideri & distrahi possunt. Quæ est sententia *d. l.* 20. Theod. Imperator in Nou. 2. *de amota mil. fori præsc. Leges,* ait, *specialiter fori præscriptionibus & contractus & negotia gesta, & delicta subtrahere, nec pati aliquem qui quid in qualibet prouincia criminose commiserit, vel qui alicubi contraxit, vel qui in quodam loco negotia gesserit aliena, iis, se posse præscriptionibus defendere.* Denique domum reuocare non posse. *Il ne peut demander son renuoy.* Quod confirmat *l.* 2. §. *omnes, & l.* 19. §. 1. *& seq. de iudic. & l.* 4. §. *vlt. de edend. & l.* 54. *in fi. de procur.* quam exposuimus superiore libro, & *l.* 7. §. *pen. de accus. l.* 1. *C. vbi de crimin. agi op.* Symmachus 1. epist. *Facinus vbi admissum est, ibi debere expiari.* Sequitur ex hoc ipso libro *l.* 9. *de iure delib.*

Ad l. 9. de iure delib.

Filius, dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate.

QVæ docet, filium, cui postulantibus creditoribus defuncti patris, a prætore præstitutum est tempus, intra quod deliberaret de amplectenda, vel omittenda hereditate paterna, interim alendum esse ex hereditate, quia scilicet pene ad bona propria venit. Aliud ergo in extraneo iuris est, etiamsi pupillus sit, quod male glossa negauit. Ergo quod dicitur in *l.* 33. *in princ. de rebus auct. iud. possid.* si pupillus ex contractu suo non ex paterno scilicet, ait, *ex contractu suo,* πρὸς ἀντιδιαστολὴν contractus paterni, si inquam, pupillus ex contractu suo conueniatur nec defendatur, etiamsi creditores bona eius possidere cœperint, deminutionem ex eius bonis, quæ scilicet a patre obuenerint, esse faciendam vescendi pupilli causa, quoad pubuerit, dilata scilicet, vt heri exposui, venditione bonorum in tempus pubertatis: id, inquam, de pupillo herede patris accipiendum est, non de impubere extraneo. nam & hoc pupilli nomen innuit: dicitur enim *pupillus*, non quilibet impubes, sed impubes patre orbatus aut familia patris. Et huic sententiæ *l.* 33. omnino simile est, quod ex sententiis Pauli extat in *l. vlt. de reb. auct. iud. poss.* sed deprauatum. Vox enim *minoribus* in ea importuna est, & vt opinor, deprauata ex voce bonorum. Proinde restituendam esse sententiam Pauli in hunc modum: *Pupillus si non defendatur in possessione bonorum creditoribus constitutis ex iis,* bonis scilicet, *ei vsque ad pubertatem alimenta præstanda sunt.* Et de pupillo etiam *l.* 4. *quib. ex causis in poss. eat.*

Ad l. 4. quib. ex caus. in poss. eat.

Sed & is, qui miscuit se, contrahere videtur.

QVæ docet, pupillum, qui miscuit se bonis paternis, contraxisse videri cum creditoribus paternis, & quasi ex suo contractu conueniri: & si non defendatur, bona eius possideri posse, non etiam distrahi ante pubertatem. Rectissime: Nam & hic extraneus, qui adiit hereditatem, cum creditoribus hereditariis contraxisse videtur, *l.* 8. *de adquir. hered.* quive petiit bonorum possessionem secundum tabulas, *l. pen. in fi. de separat.* Aditio, pro herede gestio, agnitio bonorum possessionis, immixtio, quasi contractus est, quia æri alieno obligat. Ergo hac in causa, vt scilicet bona possideri, & vbi id res exigit, & personæ conditio patitur, venundari possint, aditio vel immixtio pro contractu habetur, secundum generalem definitionem *l.* 20. *de iudic.* ad quem etiam hæc addenda sunt. Transeo ad *l.* 6. *de rebus auct. iudic. possess.* quæ etiam de pupillo est ex hoc libro.

Ad l. 6. de reb. auct. iud. poss.

Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, prætor bona defuncti vænire permittit: vt quod superauerit pupillo restituatur. 1. §. *Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, seruandum est. vtique si bona fide gessit.* 2. §. *Quod ergo si quibusdam creditoribus soluit, deinde bona venierint? Si quæratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum, Iulianus ait: Ne alterius aut negligentia, aut cupiditas, huic, qui diligens fuit, noceat. Quod si vtroque instante, tibi gratificatus, tutor soluit: æquum esse, aut prius eandem portionem mihi quæri, aut communicandum, quod accepisti. Et hoc Iulianus ait. Apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. Quid ergo, si aliunde pupillus soluerit? reddi ei debebit necne? & vtrum a creditore, an ex hereditate? Scæuola noster ait; si aliquid sit in bonis: deducendum ex hereditate solidum, exemplo eius, qui gessit negotia. Sed si nihil sit in bonis: non esse iniquum; aduersus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti.*

SI pupillo non expediat immiscere se bonis parentis, in cuius potestate fuerit, atque adeo, cui suus heres extitit, si ei non expediat retinere hereditatem parentis, quæ ei quasi suo heredi ipso iure defertur, propter onera hereditaria, onera æris alieni scilicet a defuncto parente contracti, hoc casu, ex prætoris edicto, vt proponitur initio huius legis

legis 6. defuncti bona a creditoribus hereditariis non tantum possideri, sed etiam vendi possunt, ea tamen lege & conditione, vt impletis & absolutis creditoribus, si quid supersit ex bonis defuncti, id pupillo seruetur & restituatur, vt fit in specie *l. si pupillus, ad Trebell.* Si pupillus immiscuisset se bonis ante pubertatem, non permitteret prætor venditionem bonorum, sed vbi se non miscuit bonis, eam permittit statim. Recte autem ait, *hereditatem retinere, aut non retinere suum heredem*, vt prætor in edicto *l. 7. de iure delib.* qui sui heredes non adire hereditatem sed retinere dicuntur, *l. si patronus §. vlt. de bonis libert.* quia viuo parente quodammodo eorum bonorum domini sunt, *l. in suis, de liber. & postum.* Sequitur §. 1.

Ad §. 1.

SI pupillus, cum patri heres extitisset, postea abstinuerit se bonis paternis, heres existit ipso iure inuitus & ignorans, sed si postquam heres extitit patri, abstinuerit se beneficio prætoris bonis paternis, & bona paterna a creditoribus possideantur, non posse creditores, nec si bona venundederint, aut emptores bonorum, non posse infirmare, quæ pupillus recte & bona fide gessit, antequam se abstineret. Itaque si tutore auctore rem mobilem vendiderit, ratam habendam esse venditionem, *l. quotiens, de adquir. hered.* Et consequenter si ex fideicommisso, seruum hereditarium manumiserit tutore auctore, vt *l. ex causa, de fid. libert.* vel si quibusdam creditoribus hereditariis soluerit, id ratum habendum esse, cæteris creditoribus denegata soluti repetitione. Iulianus, (vt hic refertur & ex hoc loco adiiciendum est in *d. l. quoties*, quæ Iuliani est) Iulianus, inquam, id non temere, sed ex causa statuendum esse ait, ne scilicet cæteris creditoribus recte soluti repetitio detur, hac ratione, ne alterius creditoris negligentia in non exigendo debito, aut cupiditas repetentis ea, quæ alij recte soluta sunt, ei cui recte sunt soluta, id est, ei qui diligens fuit, qui sibi vigilauit, vt suum maturius reciperet, *noceat.* qui locus, *diligentia* duo extrema facit, *negligentiam & cupiditatem.* Hoc, inquam, casu a creditore, qui suum maturius recepit, cæteri, quod recepit, repetere non possunt; solutio ei a pupillo recte facta rata habenda est. At si cum duo essent creditores paterni, vterque fuerit diligens in appellando pupillo, vterque pupillum appellauerit & institerit, vt sibi debitum solueretur, & tutor forte cum pupillus solidum singulis soluere non posset, vni gratificatus solidum soluerit ex bonis paternis, alterum ex residuis bonis paternis, solidum solui non possit, & res ita gesta sit, itaque processerit, antequam tutor pupillum abstineret, idem Iulianus ait, priusquam bona væneant, aut alteri creditori tantum dandum esse, quantum tutor dedit ei, cui gratificatus est, aut, quod ei dedit, alteri communicandum esse, ita scilicet, vt vtriusque portio exæquetur. Quoniam & æqua fuit vtriusque diligentia, vt fit etiam inter socios, *l. verum §. si cum tres, pro socio.* Et hoc, vt dixi, quoties par fuit vtriusque diligentia creditoris, par instantia, & cum ex paternis bonis solutum est. Quod si pupillus aliunde soluerit non ex paternis bonis, deinde abstinuerit se hereditate paterna, id quod soluit deducendum est ex hereditate patris quasi æs alienum, sicut & si quis alius soluisset de suo creditoribus amici sui vita defuncti, animo gerendi negotij, & conseruandæ famæ defuncti, id proculdubio bonis deducetur, quasi æs alienum, *l. 3. § hæc verba, de neg. gest. l. 1. de rel. & sumpt.* At si hereditas patris nō sit idonea, si perexigua sit, si nihil sit in bonis patris, tunc æquum est pupillo, qui de suo soluit, subueniri aduersus creditorem, cui soluit de suo, per condictionem indebiti, quia ex post facto secuta abstentione pupilli, apparuit id ei pupillum non debuisse. Et hæc est sententia l. 6. in qua notandum est nouum loquendi genus, *non esse iniquum aduersus creditorem dandam esse repetitionem, quasi indebiti soluti:* non esse iniquum, dandam repetitionem, quomodo Thucydid. sæpe. Restat ex hoc lib. l. 77. de V. O.

Ad l. 77. de verb. obligat.

Ad diem sub pœna pecunia promissa, & ante diem mortuo promissore, committetur pœna, licet non sit hereditas eius adita.

LEx 77. *de verb. oblig.* ait, pecunia promissa ad diem sub pœna, si ea die non solueretur, mortuo promissore ante diem, pœnam committi & deberi, etiamsi nullus defuncto heres existat, qui interpellari possit, nimirum quia nec necessaria interpellatio est, die satis interpellante, *l. traiectitia, de obligat. & act. l. vlt. de naut. fœn.* Itaque in vendundis bonis, quæ vtique a creditoribus, si qui sunt, vendenda sunt, quia debitori heres non extat, stipulator non sortem tantum, sed & pœnam, quæ ex die commissa est, cæteris creditoribus reputabit pro rata. Et ita hæc l. 77. ad hunc tractatum est accommodanda.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LIX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

IN hoc etiam libro, cuius partem hodie explicabo, Paulus persequitur institutam quæstionem iam antea lib. 57. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu vendendis. Ac primum quidem in *l. 19. de adquir. hered.*

Ad l. 19. de adquir. hered.

Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet: certus esse debet, defunctum esse testatorem.

REspiciens ad hæc edicti verba, cui heres non extabit, quæ libro 57. iam diximus porrigi etiam ad bonorum possessionem, ac si prætor dixisset, *cui heres, aut bonorum possessor nec exstabit*, ex *l. 70. de hered. adquir. & l. 4. de rebus auct. iud. poss. & l. 1. §. vlt. de muner. & honor.* Respiciens, inquam, ad ea edicti verba, docet in *d. l. 19.* heredem aut bonorum possessorem neminem existere posse adita hereditate, petita bonorum possessione ex testamento, nisi certus fuerit defunctum esse testatorem, quia scilicet nec viuentis, nec eius, cuius mors incerta est, dici potest hereditas, *l. 1. de hered. vend.* Arnob. in Psal. 118. *Non dicitur,* inquit, *hereditas nisi mortuus fuerit, qui heredem instituit.* Liquido autem certus esse debet heres, aut bonorum possessor de morte testatoris: liquido, non per nuntium, qui plerumque falsus testis est, vt inter sententias Pauli memini me legere de matris morte filios certiores esse debere, non nuntio accepto, sed liquido comperta morte eius. Ab hac pusilla sententia Pauli, siue lege 19. *de adquir. hered.* transeamus ad legem 10. *de reb. auct. iud. poss.* quæ etiam ipsa pusilla est.

Ad l. 10. de reb. auct. iud. poss.

Nisi quatenus ad eum peruenit.

SI creditor, qui in possessionem bonorum debitoris missus est rei seruandæ causa, dolo malo deteriorem possessionem fecerit, deteriores agros, eo nomine debitori tenetur actione in factum ex edicto, quod proponitur initio legis 9. *sup. hoc tit. de reb. auct. iud.* quæ tamen actio exemplo actionis de dolo, finitur anno vtili etiam

hodie. (Qua tamen comparatione hodie non vtimur) Recte, actione de dolo scilicet cum hac actione in factum, quamuis & hæc actio ex dolo detur creditori, quia hodie actio de dolo finitur biennio continuo ex constitutione Constantini, non anno vtili, qui plerumque producebatur vltra biennium. Ac similiter hodie non dicam hanc actionem in factum finiri biennio continuo: maior enim est ratio coarctandæ actionis de dolo, quæ est famosa, quam huius actionis, quæ famosa non est. Idcirco dixi, hanc actionem etiam hodie post Constantinum finiri anno vtili, ac præterea in heredes cæterosque successores non dari, quia ex delicto nascitur, ex damno possessioni dato, & vt eleganter ait (quod maxime notandum) *l. 9. §. vlt. sup. Hæc actio in factum pœna nomine concipitur.* Heredes autem in pœnam non succedunt, *l. pen. de nou. oper. nunt. l. quod diximus §. vlt. de eo quod metus causa.* Hæc, inquam, actio in factum, quæ datur in creditorem missum in possessionem, qui dolo malo deteriorem fecit possessionis causam, non est pœnalis, sed pœnæ nomine concipitur. Sed quia factum creditoris punit, vt de alia actione in factum huic non absimili ait *l. 9. quod fals. tut. auct.* Actor tamen præter rem nihil consequitur, præter id quod interest: scilicet exitus iudicij est reciperatio eius quod interest, in rem tamen concipitur pœnæ nomine, in hoc scilicet, vt factum eius puniatur: actor, inquam, nihil præter rem consequitur. Itaque & rei actio persecutionem habet, vt ait lex quæ sequitur *l. 11.* rei persecutionem continet. Quod dici etiam potest de actione de dolo, ex delicto eam oriri, & ex damno dato. dolus, qui neminem lædit, non plectitur actione de dolo, sed dolus, ex quo damnum contingit actori, actionem, inquam, de dolo oriri ex delicto, ex damno dato, & pertinere quidem ad rei persecutionem, sed pœnæ nomine concipi, vt puniatur factum varij & perfidi hominis. Idem dici non potest de condictione furtiua, & de condictione rerum amotarum, neque enim pœnæ nomine concipitur, puta in hoc, vt puniatur factum rei, sed in hoc tantum, vt actor rem suam recipiat, & ideo anno non finitur, sed perpetua est actio, *l. 21. §. hac actio, rer. amot.* In heredes autem non datur, nisi quatenus ad eos peruenit, *l. 3. C. rer. amot. l. 9. in fi. cum l. seq. de tut. & rat. dist.* Actio de dolo pœnæ nomine concipitur, non tamen ex ea actor pœnam consequitur, sed rem consequitur tantum, vel vt Glossæ loquuntur, actio de dolo pœnalis est ex parte rei, non ex parte actoris, & ideo finitur anno. Pœnales actiones, quæ pœnæ nomine concipiuntur, breuitate temporis constringuntur. Cuiusmodi est illa actio in factum, de qua in *l. 9. quod fals. tut. auct.* & actio in factum *de alien. iud. mut. caus.* quæ etiam anno finitur, *l. 7. de alien. iud. & l. 14. & 16. de aq. & aq. pluu.* Item eiusmodi est actio in factum ex hoc edicto de possidendis bonis: nullæ vero ex his omnibus actionibus, quarum ante mentionem feci, in heredes dantur, nisi si quid ad eos ex dolo defuncti peruenerit. Quod & de hac actione ex hoc Pauli libro notatur in *l. 10. de reb. auct. iud.* Et rursus ex iis actionibus, quæ alias in eum, qui dolum admisit, sunt annuæ actiones, de eo quod ad heredes peruenit, in eos sunt perpetuæ: & quæ famosa est in eum, qui dolum admisit, vt actio de dolo, quæ sola ex superioribus famosa est & turpis, in heredes non est famosa, quibus cum agitur de eo, quod ad eos peruenit, *l. 21. in fine, & l. 30. de dolo.* Actiones superiores, quæ omnes sunt in factum, etiamsi ex dolo dentur, tamen non sunt famosæ, quia non personam notant, sed factum, siue rem gestam tantum demonstrant, rem, non hominem notant, vt M. Tull. dixit pro Mil. de Senatusconsulto quo Senatus iudicauit, cædem qua Publ. Clodius occisus erat, contra Rempub. factam videri, & placere Senatui, vt ea de re quæreretur, ait, *Senatum rem notare, non personam*: quod necdum esset certum quis Clodium occidisset. Eodemque modo Lampridius in Alex. Seuero, *Si quid minus bene factum erat, id,* inquit, *Seuerus conuincebat & reprehendebat in factum*, inquit, *& sine amaritudine pectoris,* notans factum scilic. non personam, quæ fecisset. Quo modo quæcumque concipiuntur actiones, quæ componuntur in factum, & appellantur *in factum*, rem notant, non personam. Et ideo nullæ ex eis famosæ sunt, *l. non debet, in fi. de dolo, l. 1. C. de iure dot.*

Ad l. 12. eod.

Cum vnus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti: quæritur, vtrum solus is, qui petit, possidere potest: an cum vnus petit, & prætor permisit, omnibus creditoribus aditus sit. & commodius dicitur, cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus & in rem permissum videri, quod & Labeo putat. Nec videbitur libera persona adquirere alij, quia nec sibi quicquam adquirit, cui prætor permittit: sed aliquid ex ordine facit. Et ideo cæteris quoque prodest. Plane si is postulauerit, qui creditor non est: minime dicendum est, vel eum, qui creditor est, possidere posse: quia nihil egit talis postulatio. Aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum. cæteri enim poterunt peragere bonorum venditionem.

1. §. *Is, qui possidere iubetur, eo loco iussus videtur, cuius cura ad iubentem pertinet.*

2. §. *Si propter naturam rei, veluti si prædium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri: recte dicitur non esse quod possideatur.*

Est etiam in eodem titulo *de reb. auct. iud. possess. l. 12.* in qua quæritur, si vnus ex creditoribus postulauerit a prætore rei seruandæ causa, se mitti in possessionem bonorum debitoris, forte latitantis & indefensi, aut non recte defensi, & ei soli prætor permiserit possessionem, ei soli, cum & ipse solus postulauerit, cæteri creditores cessarint, an decretum prætoris cæteris creditoribus proficiat, qui idem non postulauerint? Quæ vetus est quæstio, definita distinctius certis præscriptis temporibus, intra quæ cæteri creditores venirent, a Iustiniano in *l. vlt. C. eod. tit.* Et ex Labeone refert hoc loco Paulus, atque definit, prætorem permittentem possessionem rei seruandæ causa vni ex creditoribus, qui eam sibi permitti desiderat, non tam personæ petentis, quam aliis creditoribus, & in rem siue generaliter eam permittere. Qua de causa & Græci interpretes vocant τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν. Itaque vel vnum creditoribus, qui missus est in possessionem rei seruandæ causa, non sibi tantum, sed omnibus possidere, *l. 5. §. si plures, vt in poss. leg.* Aliter quam si vnus ex legatariis missus sit in possessionem legatorum seruandorum causa, vt ibidem ostenditur, vel vnus ex pluribus vicinis ex damni infecti causa, quoniam his casibus is, qui missus est, sibi possidet tantum, non omnibus, nam & dispar est possessionis causa. Legatarius aut vicinus possidet cautionis vice, & ideo vicaria possessio dicitur, quia ei non cauetur legatorum nomine vel damni infecti. At creditor non possidet cautionis vice, sed pignoris siue crediti seruandi causa, quod pignus, cum occupet omnia bona debitoris, æquum est, vt posteaquam constitutum est semel permissu prætoris, proficiat etiam cæteris omnibus creditoribus. missio in possessionem, quæ fit rei seruandæ causa, constituit prætorium pignus, & vt ait hoc loco: *constituit in rem non in personam petentis*, vt in *l. 9. §. animaduertendum, quod met. caus.* dicitur, prætorem in edicto, *quod metus causa*, loqui generaliter & in rem, non notata persona eius, qui metum intulit. Neque vero quemquam eo moueri debere, ait Paulus hoc loco: *quod libera persona alij adquirere non possit*, quia & is, cui prætor permittit possessionem bonorum debitoris, nihil sibi adquirit, *sed aliquid ex ordine facit*, inquit, id est, exequitur solemnem iuris ordinem, quo res seruetur creditoribus. Et Paulus subiicit, si is postulauerit se mitti in possessionem bonorum debitoris, qui creditor non est, nullam postulationem esse, falsam postulationem esse, ergo nullam, quia & falsum debitum est; ac proinde nullum decretum prætoris esse, & ideo impune eum prohiberi, ne ingrediatur possessionem, ac nec ei, nec veris creditoribus eam

eam rem quicquam proficere, quod confirmat *l.* 1. §. *hæc verba, ne vis fiat ei, qui in poss. miss.* Postulatio igitur veri creditoris dumtaxat proficit ceteris creditoribus nihil agentibus, etiamsi is, qui mitti postulauit postea recepit debitum suum. Et ideo eo absoluto & adimpleto, qui missus est solus, cæteri possunt peragere venditionem bonorum, quasi & ipsi missi sint. *poterunt*, inquit, *peragere venditionem bonorum*, & vt M. Tull. ait pro Quintio: *poterunt transigere susceptum negotium. Primum enim quæro*, inquit, *qua ratione Mænius susceptum negotium non transegerit*, id est, *curbona, quæ ex edicto possidebat, non vendiderit: cur ex tot creditoribus aliis ad istam auctionem nemo accesserit?* Hæc Tull. Patebat enim omnibus aditus, semel vni ex creditoribus huiusmodi aperta via veniendi ad bona venditoris. Sunt etiam alij effectus sententiæ huius legis, nempe, quæ talis est breuiter: *Possessionem vnius, possessionem omnium esse.* Effectus hic est, vt non sit potior is, qui prior missus est in possessionem. in prætorio pignore, qui prior est tempore, non est potior iure, sed æqualis est omnium creditorum causa, nec vllus inter eos ordo seruatur, sicut nec inter eos, qui ex causa damni infecti, vel legatorum nomine missi sunt in possessionem, *l.* 15. §. *si plures, de dam. infec. l.* 5. §. *qui prior, vt in poss. leg.* & alia est causa pignoris conuentionalis, aut pignoris capti in causam iudicati extra ordinem ab executore rei iudicatæ, quia hoc pignus, & illud, quod ex conuentione venit, in personam constituitur, *l. si & iure, qui pot. in pign. hab.* Pignus prætorium constituitur in rem: in hoc, qui prior est, non est potior & in posteriore. in conuentionali & in pignore capto in causam iudicati est potior, qui prior est. Itemque si duo sint, qui idem pignus obtineant diuerso iure, exempli gratia, vnus, tanquam pignus prætorium, id est, tanquam missus in possessionem rei seruandæ causa, alter vero ex conuentione vel capione pignoris, facta in causam iudicati, potior est etiam prioris causa hoc casu, *l.* 2. *C. qui pot. in pignor. l.* 3. *C. vt in poss. legat.* At, qua de re agimus, ex creditoribus nullo sibi vindicante proprium aliquod ius pignoris, par ratio habetur omnium in contrahendo prætorio pignore, id est, in missione in possessionem, si modo & aduersus omnes latitet debitor. possit aduersus quosdam latitare, aduersus quosdam non latitare: & procul dubio ij aduersus quos non latitat, non sunt in ea causa, vt bona debitoris possidere possint. Et ita explicandum quod est in *l.* 7. §. *denique eum quoque, sup. tit. prox.* Est etiam superioris sententiæ alius effectus, quia vbi vni ex creditoribus permissa possessio est bonorum debitoris, quæ vtique, vt dixi, & permissa omnibus intelligitur, si quis eorum prohibeatur in possessionem venire, in eum, qui prohibuit, habet actionem in factum, quanti sua interest. Qua de re hoc ipso libro Paulus scribens adiicit in *l.* 2. *ne vis fiat ei, qui in possess.* nihil referre, vtrum suo nomine quis prohibeatur ire in possessionem, an alieno: id est, nihil referre dominus prohibeatur, an procurator eius, quem dominus miserat, vt in possessionem iret, quia, vt ait, semper æstimatur quanti domini intersit, & domino quæritur actio in factum, facto potius delinquentis, id est, prohibentis, quam procuratoris, *l.* 3. *in princ. quod vi aut clam.* Et ita etiam ex diuerso nihil referre, dominus prohibeat an alius nomine domini. Quo casu tamen ipse qui prohibuit, si mandatum domini non habuerit, tenetur actione in factum, non dominus, sed si mandatum habuerit, etiam dominus, vt *l.* 18. §. *si mandatum, de dam. infec.* Quod & in *l.* 1. §. 1. *ne vis fiat ei*, recte est expressum his verbis: *Siue dominus, siue alter prohibuerit.* Sic vulgo. perperam Florentiæ, *Siue doli, siue aliter prohibuerit*, nullo sensu, quamuis & Basilica sensu aliquo, *siue dolo, siue aliter prohibuerit.* An si aliter quam dolo prohibuerit, actioni in factum locus est? Quod est dicendum, si ita legamus, *siue dolo siue aliter prohibuerit.* Et alienum a vero tamen est. Omnino enim exigitur, vt dolo malo prohibuerit, §. *si quis ideo, ead. l.* Redeamus ad l. 12. Sequitur in §. *pen.*

Paul.

Ad §. pen.

IVdicem, qui possidere iubet rei seruandæ causa, eo tantum loco iubere, aut permittere possidere, *cuius cura ad eum pertinet.* Quibus verbis significatur iurisdictio, alioqui inutilis esset missio, & missus in possessionem impune prohiberetur, quia & extra territorium ius dicenti impune non paretur *l. vlt. de iurisd. Cuius cura*, inquit, *ad iubentem pertinet*, puta ad præsidem prouinciæ, vt in *l. pen. ad munic. præsidem, sub cuius cura est ciuitas*: vno verbo, competens & congruus esse debet iudex, qui bona possideri, aut distrahi iubet, *l.* 5. *& l. pen. C. eod. tit.* Ita autem iubet, si quid sit in bonis debitoris quod possideri possit: an & idem iubet, si nihil sit, quod possideatur: vel sit quidem, sed non in potestate nostra propter inundationem fluminis, aut vim & impressionem latronum, quæ sunt exempla §. *vlt. h. l.* An & hoc casu idem non frustra iubetur? sic videtur. Neque enim omnino inutilis missio est, quia aqua recedere, & latrones discedere possunt, atque ita missio ad effectum perducitur, vel etiam debitori alia bona obuenire possunt, quo pertinet *l.* 13. quæ sequitur & exponetur prox. recitat. *l.* 14. *eod.*

Ad l. 14. de reb. auct. iud. possid.

Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quædam actiones perituræ sunt. 1. §. *Datur in creditorem actio, qui in possessionem missus est, de eo, quod ex bonis debitoris ad eum peruenit. si nondum sit aliquid consecutus, actiones suas præstabit. datur autem in factum actio aduersus eum. & omne quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore.*

HVius legis duæ sunt faciendæ partes. In priori parte docet Paulus, creditore misso in possessionem bonorum debitoris absentis, & indefensi, curatorem bonis constituendum esse, vel creditorem ipsum scilicet, qui missus est in possessionem, vel alium creditorem, vel etiam extraneum, puta, si quędam sint in bonis debitoris actiones, quæ tempore, vel morte reorum perituræ sint, vt curator eas litem contestando perpetuet & redigat in tutum, vt idem Paulus loquitur in *l. ordin. de lib. caus.* vt prouideat curator ne debitores tempore liberentur, in quos sunt temporariæ dumtaxat, non perpetuæ actiones, & vt vsucapiones rerum debitoris interpellentur *l.* 1. §. *æque person. de mun. & hon.* Hinc obserua, curatorem etiam bonis constitui, creditoribus missis in possessionem, etiamsi bona sint sub creditoribus. Quod & liquido probat *l.* 23. §. *item si conditioni, de hered. instit. & l.* 8. *sup. t. prox.* Et vt dixi huius curatoris officium est, vt interpellet & interrumpat vsucapionem, & vt ne actiones pereant, procuret, prouideat, itemque vt excipiat actiones, vt bona custodiat, vt grande æs alienũ dissoluat, puta quod crescit in dies, *l.* 1. *&* 2. *de curat. bon. dand.* At in peragenda bonorum venditione, duplex ratio seruatur, vel enim ea peragitur per ipsos creditores, qui sunt in possessione, vel quod in æquo est, per magistrũ ab eis constitutum, de quo Theoph. in *tit. de succ. sub. quæ fiebant per bon. vendit.* Et hæc quidem ratio vendendi bona debitoris debitori inurebat infamiam, vt multis verbis M. Tullij Quintiana docet, quia debitor pro decoctore habebatur, cui magister datus erat, cuius bona sub hasta creditores vænum exposuissent, cuius bona palã libellis propositis in celeberrimis locis ciuitatis vęnum exposita essent. Distrahebatur simul patrimonium famaque debitoris, ac plane inter infames connumerabatur. Alia est ratio distrahẽdorum bonorum honestior, videlicet per curatorem bonis datum a prætore, quod vtique ex Senatusconsulto fit, si debitores sint viri clarissimi, si magna dignitate prædıti. horum enim bona, ne lædatur illorum existimatio, quum premuntur ære alieno, venduntur per curatorem a prætore bonis datum. Sed & eodem Senatusconsulto si creditores adducti hu-

manitate quadam in hoc semel vltro consenserint, vt bona A debitoris væniren per curatorem bonis datum, non possunt mutare sententiam, & bona per se distrahere constituto magistro, quæ omnia ostenduntur in *l. 5. & 9. de cur. fur. dand.* Denique quod paulo infra explicabitur, notantur ij infamia, quorum bona creditores distrahunt, non etiam ij, quorum bona curator bonis a prætore datus distrahit, diuendit. Posterior pars huius legis, est de actione in factum ex edicto, quod proponitur initio *l. 9. huius tit.* qua tenetur creditor missus in possessionem, vt restituat id, quod ex bonis debitoris ad eum peruenit, dum in possessione fuit, puta vt restituat fructus perceptos, vel quod ex venditione fructuum, aut locatione redegit. Qua in re diligentia creditoris missi in possessionem maxime desideratur, ne fiat deterior possessionis causa, quod multis verbis demonstra- B tur in *l. 8. inf. hoc tit.* Item vt restituat pœnam, quam ob rem debitam ex compromisso vel alio casu, occasione rerum debitoris consequutus est. Fac creditorem cum conductore fructuum, de controuersia aliqua compromisisse, & conductore non stante sententiæ arbitri ad diem, ex compromisso pœnam exegisse. Vel fac, venditis fructibus creditorem ex conuentione tardius soluti pretij pœnam exegisse, hac actione tenetur, vt id omne restituat, quod interim, dum erat in possessione cepit quacumque ratione ex re debitoris, aut per occasionem rerum debitoris. Cui vero tenetur id restituere? nempe debitori, si contigerit, vt bona eius non væneant, id est, si satisfecerit creditoribus, vel si in ea sint causa, bona vt vænire debeant, in id omne tenetur dato curatori distrahendis bonis, qui id pro portio- C ne, πρὸς ἀναλογίαν debiti creditoribus distribuat, vel vt subiicit, si creditor nihil consequutus sit, ab emptore fructuum vel conductore, finge, vel a fideiussore eius, hac actione in factum tenetur, vt actiones, quas ad id consequendum habet, cedat debitori vel curatori. Quas, inquam, habet aduersus emptorem, vel conductorem fructuum, vel aduersus fideiussores eorum, si ab eis satis acceperit. Et generaliter in hanc actionem venire Paulus ait, omne id, quod veniret in actionem negotiorum gestorum, si posset ea agi aduersus creditorem, qua tamen ideo agi non potest, quia non alienum negotium gessit. Actio negotiorum gestorum est de gestis negotiis alienis, non propriis, aut communibus: at hic creditor non alienum negotium gessit, sed commune sibi cum aliis creditoribus, vt suum negotium: quan- D doquidem sibi & cæteris creditoribus possideat, *l. 5. §. si plures, vt in poss. leg. l. 9. §. generaliter, & §. præstat, hoc tit.* Agi igitur cum creditore non potest actione negotiorum gestorum, sed agitur actione in factum, vt dixi ex hoc edicto, de gesto communiter. Et hæc est sententia l. 14.

Ad l. 57. de verb. signif.

Cui præcipua cura rerum incumbit; & qui magis quam cæteri diligentiam & sollicitudinem rebus quibus præsunt, debent, hi magistri appellantur. Quin etiam ipsi magistratus per deriuationem a magistris cognominantur. Vnde etiam cuiuslibet disciplinæ præceptores, magistros appellari a monendo vel monstrando. 1. §. *Persequi videtur, & qui satis accepit.* E

Repetendum illud est, & latius etiam explicandum, quod iam initio attigimus, per curatorem quidem a prætore datum bonis, bona debitoris honeste distrahi, salua existimatione debitoris, sed non etiam per magistrum. Hic enim, vt Tullius ait in Quintiana, *Magister debitori fiebat & dominus constituebatur,* & qua lege quaque conditione debitor periret, i. bona eius distraherentur pronuntiabat, nēpe quasi dominus legem dabat venditioni bonorum, quod & supra dicto loco Theophil. exposuit. Quamobrem debitor, cui magister constituebatur, notabatur infamia, & ex ea re actio iudicati dicitur famosa, *l. 7. de solut.* Quia executio eius actionis plerumque famosa est, & fit per magistrum bonis distractis a creditoribus. Vnde & Iauolenus in *l. primo gradu, quæ in fraudem cred.* famam defuncti conseruare heredem, qui decidit cum creditoribus hereditariis, cum creditoribus defuncti, ne accedant ad venditionem bonorum, atque ita hereditatem adit. Plinius 2. Epistol. *Eum qui adit hereditatem, famam defuncti, pudoremque suscipere.* Et simili ratione *l. 28. de reb. auct. iud.* filij heredis instituti pudori parcere prætorem, qui ei permittit, vt abstineat se hereditate paterna, quia ita fit, vt bona a creditoribus paternis væneant nomine defuncti, non filij nomine. Idque est multo humanius, vt defuncti potius, quam viuentis existimatio sugilletur. Eodemque modo *l. 3. C. Theod. de inoff. test.* seruum necessarium heredem a domino institutum, qui soluendo non est, non magis patrimonium, quam infamiam consequi. Eleganter, quia scilicet nomine eius magistri fient, & bona proscribentur, & distrahentur, cum sit necessarius heres, non nomine defuncti. Et sic defunctus nulla iniuria afficietur, vt ait §. 1. *Instit. quibus ex caus. man.* bonorum proscriptio inurit infamiam, suffunditque sanguinem, vt Tertull. ait in Apolog. quod & Apostol. Can. 40. vocat δυσφημίαν, vt quidam loquuti sunt, *diffamiam, si episcopi bona a creditoribus distrahantur.* At cum edictum de bonis debitoris possidendis & vendundis, esset etiam de magistris faciundis in eam rem, ideo & ex hoc libro, qui fuit de edicto illo prætoris, habuimus definitum magistri nomen in hac lege 57. *de verb. sig.* quod plus possit, quam cæteri in ea re, quam tractat, cuive præest. Vnde & magistratus, vt ait, quod potentiores sint priuatis, & *per deriuationem*, inquit, quod ita intelligo, nempe quia magistratus a magistro, vt ab albo albatus, id est, quia magistratus scilicet, minor est, quam magister populi, id est, dictator, vel magister militum siue equitum, Varrone auctore. Hoc igitur *per deriuationem*, est per eam speciem deriuationis, quæ diminutio ὑποκορισμὸς dicitur, non vt Græci volunt per metaphoram. Additur infra in fine huius legis, *persequi videtur & qui satis accepit.* Quod etiam male interpretantur. Hæc verba refero ad id, quod habuimus in *l. 14. de reb. auct. iudic.* creditorem missum in possessionem, qui nihil est consequutus ex bonis debitoris, actiones si quas nactus sit, tantum debere præstare, cedere curatori, aut debitori, curatori bonorum, vt puta, si ab emptore, aut conductore fructuum satis acceperit, quia & hic persequi & consequi videtur, quod satis accepit: persequi pro consequi, vt in §. *quum in suo, Instit. de rer. diuis.* Veteres membranæ omnes habent, *si non fuerit duplum iam persequutus*, id est, consequutus, vt in §. *de iis, per quas personas cuique acquir.* Quod extra eas causas consequuti sunt. Veteres omnes, quod non temere mutandum, *persequuti sunt.* & aperte in omnibus libris §. *sunt præterea de actionib. Sunt præterea,* inquit, *quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur,* id est, vt & Theophil. interpretatur, λαμβάνομεν, & paulo infra, id est, *consequimur.* Idem ergo est persequi & consequi: sed & vice mutata consequi sæpe est iudicio persequi, vt in *l. filiumf. ad legem Iuliam de adult.* vel adsequi, vt in oratione pro Cæcinna: *Iniuriarum actio,* inquit, *ius possessionis non adsequitur,* id est, persequitur, non est de possessione, sed de imminuto honore.

Ad l. 53. eod.

Sæpe ita comparatum est, vt coniuncta pro disiunctis accipiantur, & disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis: Nam cum dicitur apud veteres: agnatorum gentiliumque, *pro separatione accipitur. At cum dicitur,* super pecuniæ tutelæve suæ, *tutor separatim sine pecunia dari non potest. Et cum dicimus:* Quod dedi aut donaui: *vtraque continemus. Cum vero dicimus,* eum dare facere oportet: *quoduis eorum sufficit probare. Cum vero dicit prætor,* si donum, munus, operas redemerit: *si omnia imposita sunt, certum est, omnia redimenda esse. ex re ergo pro coniunctis habentur si quædam imposita sunt, cætera non desiderabuntur.* 1. §. *Item dubitatum, illa verba,* ope consilio, *quemadmodum accipienda sunt: sententia coniungentium aut separantium. Sed verius est*

quod

quod & Labeo ait, separatim accipienda: quia aliud factum est eius, qui ope, aliud eius, qui consilio furtum facit. Sic enim alij condici potest: alij non potest. Et sane post veterum auctoritatem eo peruentum est, vt nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi & factum secutum fuerit.

Ex hoc libro est lex 53. hoc tit. quæ respicit, vt opinor, ad edictum de curatore bonorum constituendo, quo per curatorem bonorum acta, facta, gesta rata habentur, *l. 2. de curat. bon. dando.* vbi sunt eadem verba: ibi oratio soluta, acta, facta, gesta, quæ Græcis dicitur ἀσύνδετον & ἀσύνδετον pro disiuncta siue separata accipitur, ac si dixisset acta, aut facta, aut gesta: inter quæ quæ sit differentia, etiam B respiciens ad hanc quæstionem docet Paulus in *l. 58.* Id vero non esse mirum aut nouum, vt oratio soluta accipiatur pro disiuncta, Paulus notauit, cum & coniuncta nonnunquam accipiatur pro disiuncta in iure nostro, quod plus est: & contra disiuncta pro coniuncta, vt in *l. 12. tabul.* hæc verba, *Agnatorum gentiliumque,* de curatore furiosi, vel de hereditate intestati, pro disiunctione accipiuntur. Nam gentiles simul non vocantur cum agnatis, sed post agnatos. Et vt quæ inter eos intercedat differentia, facile demonstretur, *agnati* sunt ex eadem familia, eadem stirpe, eodem nomine: *gentiles* sunt tantum nomine eodem, vt gentilis M. Tullij, quod & ipse iactat, est Seruius Tullius Rex. Vnde recte quod Plato in Timæo vocat ὁμωνύμους, Cicero interpretatur *gentiles.* Gentiles igitur nihil aliud sunt, quam C cognomines, vt ex 12. tabul. deficientibus agnatis, curatio furiosi deferebatur gentilibus. Deficientibus agnatis hereditas defuncti deferebatur gentilibus. Nam lex 12. tabul. non nouerat cognatos, qui per fœminas coniunguntur. At contra in illa *l. 12. tabul. vti quisque legassit super pecunia tutelave suæ,* Paulus tradit hoc loco disiuncta pro coniunctis accipi, quia tutor dari nisi testamento non potest, in quo si paterfamilias ex bonis suis heredem instituerit, non potest tutorem instituere, nisi heredem instituat, non potest de tutela cauere liberis suis, nisi de hereditate sua caueat aliquid, atque decernat. Ergo super pecuniæ tutelæve suæ, id est, super pecuniæ tutelæve suæ, disiunctio quidem petit alterum tantum, disiunctio altero contenta est, sed tamen non abnuit vtrumque actum, dicitur ὑποδιαζευξις D falsa disiunctio. Sic & in legatis hæc verba, *quæ dedi aut donaui,* coniunctim accipiuntur in *l. pen. in princ. de leg. 2.* His addit statim, non mirum igitur esse, si soluta oratio accipiatur pro disiuncta, vt in illo edicto de curatore bonis dando. Ita & formula actionum in personam, *Quod dare facere oportet,* soluta accipitur pro disiuncta, quoniam satis est, qui ita agit, *quod te mihi dare facere oportet,* si probauerit, vel dari sibi oportere, vel fieri tantum. Nam quoduis eorum sufficit probare. Igitur oratio soluta accipitur pro disiuncta. Aliquando vero soluta oratio accipitur pro coniuncta, vt in edicto prætoris, *si donum, munus, operas libertus redemerit,* quo significatur, si ea omnia ei imposita sint libertatis causa, libertum redimere debere, vt consequatur liberam testamenti factionem, *l. 4. C. de oper. libert.* E Ex re igitur, vt Paulus ait, soluta oratio pro disiuncta, vel pro coniuncta accipitur. Rei, siue negotij qualitas mentem scribentis, aut loquentis prodit. Sane in actione, Ope, consilio tuo furtum factum esse aio, *l. si seruus seruum §. si quis de manu ad leg. Aquil. l. 15. §. pen. de ser. corr.* quæ est actio in duplum, *l. is qui opem, de furt. l. vlt. C. de nox. act.* soluta oratio pro disiuncta accipitur. Nam aliud est factum eius, qui consilium dat, aliud eius, qui opem dat furi. huic potest condici res furtiua, illi qui consilium duntaxat dedit, furto secuto, non potest condici res furtiua, *l. qui seruo, de furt. l. proinde, de cond. fur.*

Paul.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. vlt. de reb. auct. iud. & l. 46. de pecul.

Pupillus, si non defendatur, in possessione creditoribus constitutis: minoribus ex his vsque ad pubertatem alimenta præstanda sunt. §. 1. Eius qui ab hostibus captus est, bona vanire non possunt, quamdiu reuertatur.

L. 46. Qui peculij administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod & specialiter permissurus est.

Liber 60. Pauli ad edictum, cuius maiorem partem hodie explicaturus sum, pertinet etiam ad edictum de bonis auct. iud. possid. & venund. vt & tres superiores. Nam & quod proponitur in *l. vlt. de reb. auct. iud. ex lib. 5. sentent.* eiusdem Pauli, bonorum omnium venditione permissa, semper excipiendam esse concubinam debitoris, quamuis in eius bonis sit, puta ancillam concubinam: excipiendos etiam esse debitoris liberos naturales, id est, in seruitute quæsitos, qui & si in eius bonis sint, tamen in venditionem bonorum non veniunt, nec a parente naturali separandi sunt. Id etiam, vt opinor, Paulus in hoc libro scripsit, idque, vt opiner & vere affirmem, vincit *l. 46. de pecul.* quæ argumentum præbet existimandi id confirmasse Paulum, adducto exemplo de obligatione omnium bonorum, in quam non veniunt concubinæ, aut liberi naturales debitoris, quia verisimile non est, debitorem obligatione generali comprehendere voluisse, quæ specialiter obligaturus non erat, *l. 6. & 8. de pignor.* Adducto etiam alio exemplo de peculij administratione generaliter permissa filiofam. vel seruo, in quam non venit, quod pater, vel dominus specialiter permissurus non erat, vt puta, non videtur ei permisisse, vt peculium intricaret, vt conturbaret rationes peculiares: *Qui generaliter,* inquit, *l. 46. de peculio, permittit administrationem peculij, ea tantum videtur permittere, quæ specialiter permissurus erat.* Et his exemplis allatis docuit etiam Paulus, quod est in sententiis, permissa generaliter venditione omnium bonorum debitoris, omnibus creditoribus vocatis in tributum, *ce que l'on appelle au Palais, à la desconfiture,* permissam non videri etiam venditionem concubinæ, aut liberorum naturalium: qui omnia dicit, non omnia dicit: excipienda semper sunt quædam a generali sermone, ad ciuilem modum scilicet, vt ait *l. si cui simplicius, de seruit.* Et ita illa *l. 46. de pecul.* est accommodanda ad hunc tractatum.

Ad l. 2. de iur. dot. & l. 18. de reb. auct. iud. & l. 25. de re iud.

L. 2. Reipublicæ interest, mulieres dotes saluas habere, propter quas nubere possunt.

L. 18. Interest enim reipublicæ & hanc solidum consequi, vt ætate permittente nubere possit.

L. 25. Sciendum est, heredes earum personarum non in id, quod facere possunt, sed in integrum teneri.

Proposuit etiam Paulus in hoc libro priuilegia, quæ bonis debitoris venditis quidam creditores habent, priuilegia exigendi suum, præcipiendi & auferendi ex venditione bonorum ante omnes alios creditores, nimirum, vt ex pretio redacto ex venditione bonorum, quod eis debetur, eis soluatur in solidum, priusquam ratio habeatur ca-

terorum creditorum. Priuilegiarij enim creditores solidum præcipiunt, & ex residuo quod superat, cæteris creditoribus portiones dantur pro rata debiti. Ex horum numero est mulier, quæ dotem dedit, siue nupta siue sponsa sit, si dotem repetat soluto matrimonio, vel solutis sponsalibus: huius enim in exigenda dote prior & potior est causa, *etiam si maturius in domum sponsi quasi uxor deducta sit, cum nondum iusta uxor esse posset*: puta cum esset minor 12. annis. Quod ostenditur in *l. si sponsa, de iur. dot. & l.* 17. §. *vlt. hoc tit.* Vbi & ratio huius priuilegij dotis statim subiicitur in *l.* 18. *de reb. auct. iud.* ex hoc libro Pauli, Quia, inquit, interest reipub. & hanc puellam, quæ nondum peruenit ad nubilem ætatem, solidam dotem, quam prænumerauit, finitis sponsalibus consequi, vt ætate permittente nubere possit. Quæ ratio repetitur etiam ex hoc libro in *l.* 2. *de iur. dot.* Et ita est accommodanda ad hunc tractatum. Possessis etiam alicuius bonis & venditis ex edicto, certum est inter creditores priuilegium exigendi dari pupillo, cuius tutelam gessit is, cuius bona væneunt, siue tutor pupilli fuerit, siue cum tutor non esset, pro tutore negotia pupilli gesserit, *l.* 19. §. 1. *de reb. auct. iud. poss.* siue non pro tutore, sed ex officio amicitiæ negotium aliquis impuberis gesserit, vt ex hoc libro Pauli proponitur in *l.* 23. *de reb. auct. iud. poss.* Si negotium impuberis, inquit, aliquis ex officio amicitiæ gesserit, tanquam procurator voluntarius, non tanquam tutor, debet bonis eius venditis priuilegium pupillo conseruari. Denique pupillus est priuilegiarius, non tantum in actione tutelæ, vel protutelæ, sed etiam in actione negotiorum gestorum. Idemque priuilegium datur adolescenti, & furioso, & prodigo, & surdo, & muto, in bonis eius, qui eorum curator fuit, quod de surdo & muto etiam est relatum in eod. tit. *de reb. auct. iud.* in *l.* 20. *ex hoc lib. Pauli.* Hæc autem priuilegia omnia personalia sunt, personæ cohærent eius, cui data sunt, & ideo ad heredes eorum, quibus data sunt, non transeunt. Priuilegium dotis, quod mulier habet, non transit ad heredes mulieris, cæterosque successores, *l. vnica, C. de priuil. dot.* Priuilegium pupilli non transit etiam ad successores pupilli, *l.* 19. §. 1. *de reb. auct. iud. l. ex plurib. de admin. tut.* Quod & de aliis quibuscunque priuilegiis personalibus dicendum est. Exempli gratia, quo & de his scribens Paulus hoc libro vsus est, priuilegium, quod datur certis personis, ne condemnentur in solidum, sed in id dumtaxat, quod facere possunt, veluti patrono, parenti, socio, marito, quia personale est priuilegium, & cum persona extinguitur, nec transit in heredes: heres ergo tenetur in solidum, in assem, etiam supra quam facere possit, in integrum, vt ait Paulus in *l.* 25. *de re iud.* quæ etiam est ex hoc libro, & ita superioribus, quæ diximus, coaptanda est omnimodo.

A nus duntaxat, quatenus ex bonis defuncti ad eum peruenit. *Quatenus*, inquit, *hereditas ei adquisita est*, vt, si cum alio forte, & eiusdem gradus agnato ab intestato defuncti possideat hereditatem ex æquo, vt non teneatur legatariis nisi in partem: pars altera vt recidat in irritum, quia legata non sunt relicta ab intestato. Verum refert illo loco Paulus, plerosque putare, hoc non esse in pupillo priuilegium: nam & idem seruari in pubere, quorum opinioni edictum prætoris refragatur. Et sane, vt Paul. sentit in *d. l.* 24. melius est edicto stare, & puberem conuenire in solidum, qui omisso testamento ab intestato possidet hereditatem, etiamsi totam non possideat, sed particulam tantum hereditatis, portiunculam tantum, vt *l.* 1. §. *nunc quærimus, & l.* 13. *si quis omissa caus. test.* Excipiendus est tantum pupillus, qui tenetur tantum pro modo eius, quod possidet ab intestato ex defuncti bonis, non in solidum, si dolo tutoris omiserit causam testamenti in necem legatariorum, si doli ipse pupillus expers sit & exors. His addidisse Paulum opinor priuilegium deductionis, quod dominus vel pater ex contractu serui, vel filij actione de peculio conuentus habet, nimirum, vt primore loco deducat ex peculio solidum id, quod filius vel seruus naturaliter debet, cui priuilegio deductionis nullum priuilegium anteponi ait *l. ex facto, de pecul.* neque priuilegium tutelæ, vt ibi docet, neque priuilegium dotis, vt *l. si cum dotem* §. *vlt. sol. matrim.* quia id tantum intelligitur esse in peculio serui vel filij, quod superest deducto eo, quod patri vel domino debetur. Id ergo ante omnia deducendum est: hoc priuilegium est ante alia priuilegia. Est autē ei locus, id est, iuri deductionis locus est, etiam si filio emancipato, vel seruo manumisso pater vel dominus de peculio conueniatur intra annum vtilem. Peculium extinguitur, peculium desinit esse peculium manumissione serui, emancipatione filij. Ergo summo iure post emancipationem vel manumissionem cessat in patrem, vel dominum actio de peculio, cum extinctum sit peculium: imo durat adhuc ex edicto prætoris, *Quando de peculio actio annalis sit.* Ante manumissionem vel emancipationem actio de peculio in patrem, vel dominum de peculio est perpetua: post manumissionem vel emancipationem annalis tantum. Et ea si conueniatur intra annum vtitur priuilegio, eodem proculdubio vtitur deductionis priuilegio, *l.* 36. *de pet. her.* Verum si post emancipationem vel manumissionem in patrem agi possit de peculio intra annum, vel in dominum, necesse est, vt in manumissum vel emancipatum non possit agi ex eadem causa. Nam si agi potest ex contractu aliquo in emancipatum, vel manumissum, non potest ex eodem contractu agi de peculio in patrem vel dominum, nec si largiatur annus. Huius rei exemplum extat in *l.* 21. *dep.* quæ est etiam ex hoc libro 60.

Ad l. 24. si quis omiss. caus. test.

Si dolo tutoris omiserit pupillus causam testamenti, & legitimam hereditatem possideat: danda est legatorum actio in pupillum. Sed eatenus, quatenus hereditas ei adquisita est: quid enim si cum alio possideat hereditatem? 1. §. *Sed hoc & in eo qui pubes est, plerique putant obseruandum, vt pro qua parte possideat, teneatur, quamuis prætor perinde in eum det actionem, atque si adiisset hereditatem.*

PVpilli priuilegiis adiecit Paulus, quod extat etiam ex hoc libro in *l.* 24. *si quis omiss. caus. testam.* Priuilegium pupilli, quod ibi proponitur, versatur circa speciem huiusmodi: Pupillus heres institutus ab eo, cui & ab intestato heres futurus erat, dolo tutoris in fraudem legatariorum, vt legata non præstaret, vt legata ad irritum reduceret, repudiata hereditate ex testamento, ab intestato hereditatem possidere cœpit, an dabitur in pupillum actio legatariis in solidum salua Falcidia? Sic videtur ex illo edicto, *Si quis omissa causa testamenti.* At pupilli persona, quæ nihil dolo fecit, mereri videtur hunc præcipuum fauorem, id est, hoc priuilegium. Quid est *priuilegium?* Præcipuus quidam fauor, nempe, vt non teneatur legatariis in solidum, sed eate-

Ad l. 21. depos.

Si apud filiumfamilias res deposita sit, & emancipatus rem teneat: pater nec intra annum de peculio debet conueniri, sed ipse filius. 1. §. *Plus Trebatius existimat, etiamsi apud seruum depositum sit, & manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex cæteris causis in manumissum actio non datur.*

SI rem depositam apud filiumfamilias, vel seruum, post emancipationem vel manumissionem, filius vel seruus teneat, agi non potest in patrem vel dominum actione depositi de peculio intra annum, quia agi potest depositi in filium ipsum, aut seruum, & quidem in solidum, nulla facta deductione eius, quod patri vel domino debet. Regulariter ex ante gesto in manumissum nulla est actio, quia nec ab initio vlla fuit actio cum seruo (non loquor de filio) nulla est etiam actio post manumissionem *l.* 1. §. *si apud seruum, depos. l.* 17. *de negot. gest. l. si pure, de fideic. libert. l. tutorem qui tutelam, de adm. tut.* Itaque si res sit deposita apud seruum, post manumissionem non potest cum seruo agi depositi, si rem non teneat: sed si rem teneat, post manumissionem in eum vtilis & efficax est actio depositi, quasi nunc re apud

re apud eum depoſita. Quæ eſt ſententia *d. l.* 21. Ad hæc notandum eſt, hoc priuilegiũ deductionis habere patrem vel dominum conuentum actione de peculio, etiamſi bona eius væneant ob id, quod latitet fraudationis cauſa, aduerſus creditores peculiares, qui in eum habent actionem de peculio. Et hoc conſtat ex *l.* 7. §. *ſi qui actione, quibus ex cauſis in poſſeſſ. eatur.* Et ideo bonis eius venditis, primum habebitur ratio eius, quod ei filius aut ſeruus debuit, & ex reſiduo, quod redactum eſt ex venditione bonorum, portiones fient pro rata debiti cuiuſque inter cæteros creditores. Tractauit etiam, vt opinor, hoc libro, docuitque Paulus, an eius, qui in diem, vel ſub conditione debitor eſt, ſi latitet, nec defendatur, bona poſſideri, & venundari poſſint, quæ quæſtio multa complectitur, nec poſſet hodie tota explicari. Cæterum ad eam tantum pertinent tres leges, quæ ſolæ reſtant ex hoc libro, *l. 6. de fideicomm. libert. l. 28. pro ſoc. l. 45. ad l. Falcid.*.

Ad l. 28. pro ſocio.

Si ſocij ſumus, & vnus ex die pecuniam debeat, & diuidatur ſocietas: non debet hoc deducere ſocius, quemadmodum præſens debet: ſed omnes diuidere, & cauere, cum dies venerit, defenſu iri ſocium.

IVlius Paulus cœptam iam a libro 57. de bonis poſſidendis & venundandis quæſtionem amplam & vberem, lib. 60. executus eſt, vt intelligi poteſt ex iis, quæ diximus proxima recitatione, quæ dedit libri 60. maiorem partem, adeo vt ex eo ſuperſint tantum tres leges, *l. 28. pro ſoc. l. 45. ad l. Falcid. & l. 6. de fid. libert.* Quarum quidem duæ priores reſpiciunt ad id, de quo Vlpianus tractat in *l. 7. §. ſi in diem, quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* De quo & hic tractaſſe Paulum arguunt illæ duæ priores leges: an ſcilicet eius, qui in diem, vel ſub conditione debitor eſt, ſi latitet, nec defendatur, bona venundari poſſint. Qua de re in *d. §. ſi in diem*, Vlpianus ait, *Antequam dies vel conditio veniat, bona eius vendi non poſſe*: non negat, *poſſideri poſſe*. Solent enim interim poſſideri, *l. 6. eod. tit.* vbi id expoſuimus, ſed negat vendi poſſe, quia nihil intereſt, debitor quis non ſit, an nondum conueniri poſſit. Hoc idem videtur Paulus hoc libro ſcripſiſſe, & confirmaſſe exemplo propoſito in *d. l. 28. pro ſoc.* quæ eſt ex hoc libro, exemplo huiuſmodi. In diuidenda & dirimenda ſocietate, poteſt quidem vnus ex ſociis deducere ex communi pecunia æs alienum, quod manente ſocietate in rem ſocietatis ipſe contraxit, cuique ſe ipſe obligauit, ſi modo id pure & præſenti die debeatur, ſed non poteſt etiam deducere id, quod debetur in diem certum, vel ſub conditione: deſiderare tantum poteſt, vt interim ſibi eo nomine ſocij caueant & de indemnitate & defenſione, ſi ab eo pecunia petatur, cum dies venerit, aut conditio extiterit, vt *l. 27. eod. tit.* Idem etiam confirmauit Paulus alio exemplo, quod extat in *l. 45. ad l. Falcid.* quæ eſt etiam ex hoc libro, cuius ſententiam exponamus. Eſt enim expoſitu ſatis difficilis.

Ad l. 45. ad legem Falcid.

In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem relictum eſt. medij enim temporis commodum computatur. 1. §. *In his legatis, quæ ſub conditione relicta ſunt, Proculus putabat, cum quæritur de lege Falcidia, tantum eſſe in legato, quanti venire poſſunt: quod ſi eſt, & deductio ſic poteſt fieri, vt tantum videatur vi deberi, quanti nomen venire poteſt. Sed hæc ſententia non probatur. Cautionibus ergo melius res temperabitur.*

IN ponenda ratione legis Falcidiæ, cum legatis exhauſta vel onerata dicitur hereditas, videndum eſt, quantum ſit in legatis, & quantum in bonis: quantumque in ære alieno: quia in bonis id tantum eſt, quod deducto ære alieno ſupereſt. Æs alienum minuit & abſumit bona, & ære alieno minutis & abſumptis bonis, conſequenter minuũtur etiam legata, vel infirmantur & exhauriuntur, *l. 66. §. vlt. ad l. Falcid.* Itaque in computatione bonorum & legatorum, deducitur in primis æs alienum, quod defunctus debuit, quod ſcilicet præſens & purum eſt, ſed non etiam id, quod in diem vel ſub conditione debetur, quia id non habetur pro puro. Et ita etiam *d. l. 45. in princ.* ait, In lege Falcidia pro puro legato non haberi id, quod in diem, certum ſcilicet, relictum eſt, legatum eſt. Recte, *in lege Falcidia pro puro non haberi, quod in diem relictum eſt.* Nam vt Græci nominatim notant hoc loco, *quod ad ceſſionem diei attinet*, ὅσον ἥκει εἰς τὸ προχωρῆσαι. pro puro habetur, quod in diem legatum eſt, *l. 26. de vſufr. leg. l. 5. in princ. quand. dies leg. ced. Si*, inquit, *legata relicta ſint in diem, ſimili modo atque in puris dies cedit*, id eſt, dies cedit ſtatim a morte teſtatoris, adeo vt ſi confeſtim moriatur legatarius, antequam dies venerit, tranſmittat in heredem ſuum legati petitionem. Ergo in ceſſione diei pro puro habetur, quod in diem relictum eſt, nempe quia id debetur ſtatim, licet non poſſit peti ſtatim, *l. 73. §. vlt. hoc tit. l. 9. vt leg. nom.* At in lege Falcidia, vt hic Paulus ait, pro puro non habetur, quod in diem relictum eſt, quod ſic demonſtro. Legatum pure relictum totum ſubiicitur legi Falcidiæ, ſi lex Falcidia locum habeat, ſi hereditas onerata ſit vel exhauſta legatis, tunc lex Falcidia locum habet: vt puta ex centum pure leg. Falcidiæ nomine heres deducit 25. quæ eſt 4. Falcidiana. Legatum autem relictum in diem certum, veluti poſt annũ, qua mortuus ero, aut poſt bienniũ, totum non ſubiicitur legi Falcidiæ, ſed id tantum, quod ſupereſt, deducto commodo medij temporis, id eſt, deducto eo, quod interim die pendente percipit heres ex fructibus vel vſuris rei, aut ſummæ legatæ, quia commodum illud medij temporis minuit legatum, *l. 66. & l. 88. §. vlt. hoc t. & d. l. 73. §. in diem.* Vnde, (exemplo enim rem demonſtrari oportet) legatis 100. ex die certo, ſi commodum medij temporis ſit 20. quod ceperit heres non ex centum, ſed ex 80. duntaxat, quæ ſuperſunt, deducto illo commodo, Falcidia heredi ſupplebitur, ſi commodum illud medij temporis Falcidiam non impleat, non expleat. *Commodum enim medij temporis computatur in Falcidiam & Falcidiæ fructus.* Idemque ſeruatur omnino in legatis relictis ſub cõditione, nempe vt commodum medij temporis computetur heredi in Falcidiam, in quartam, & quartæ fructus, *d. l. 66. & 88. §. vlt.* Hoc tantum intereſt inter legata in diem & legata ſub conditione, quod legatum relictum ſub conditione, nec in lege Falcidia, nec in ceſſione diei pro puro habetur, & ideo non tranſmittitur in heredem, ſi moriatur legatarius pendente conditiõne. At legatum relictum in diem, quod ad ceſſionem diei attinet, pro puro habetur, vt iam expoſui ante. Præterea legatum relictum in diem ſtatim ſubiicitur legi Falcidiæ, ſi certum ſit leg. Falcidiam locum habere, *l. 3. §. ſi in plures, tit. ſeq.* Legatum autem conditionale Falcidiæ non ſubiicitur ſtatim, quia incertum eſt, an debeatur. Proculus quidem, vt hic Paulus refert, putabat & conditionalia legata ſtatim Falcidiæ ſubiicienda eſſe, æſtimatis his, quanti venire poſſunt: æſtimata ſpecie obligationis, quanti venire poteſt, ſpecie debiti, & ex ea æſtimatione, ſimul & ex puris legatis detracta Falcidia, quod & Celſus ſcribit in *l. 53. h. tit.* qui a Proculo profectus eſt. Verum hanc opinionem Proculi, ſiue Celſi, qui Proculianus fuit, Paulus refellit, ducto argumento a conſequentibus hoc modo. Si quanti legatum conditionale venire poteſt, ex eo Falcidia detrahitur, quaſi ſit tantum in legato conditionali, quantum venire poteſt, & conſequenter, quanti nomen conditionale, id eſt, debitum, quod defunctus debuit, venire poteſt, bonis deducetur ſtatim: hoc autem fieri non poteſt, vt deducatur bonis æs alienum defuncti conditionale: ergo & illud fieri non poteſt, vt in rationem Falcidiæ veniat legatum conditionale. Sic hæc verba Pauli accipienda ſunt. *Quod ſi eſt*, inquit, id eſt, ſi legatum conditionale legi Falcidiæ ſubiicitur ſtatim, vt Proculus ſentit æſtimatum, quanti vænire poteſt, & conſequenter deductio quoque æris alieni conditionalis poterit fieri ſtatim in ponenda ratione legis Falcidiæ, *vt tantum*, inquit, *videatur vi deberi.* rectiſſime Florentiæ *vi deberi*,

id est, vi ipsa, siue *τῇ δυνάμει, quanti nomen venire potest*. Deductio hic, est deductio æris alieni, quæ fit ante omnia in ineunda ratione legis Falcidiæ, quæ quidem deductio æris alieni, quod sub conditione debetur, si fieri non potest, non poterit etiam fieri deductio leg. Falcidiæ ex legato sub conditione relicto, antequam conditio extiterit: aut contra si hæc potest fieri, poterit & illa fieri. Quid ergo, si cum quædam essent legata pure, quædam sub conditione? quid si propter ea, quæ sub conditione legata sunt, pendeat ratio legis Falcidiæ, eo quod si existat conditio, lex Falcidia locum habitura sit, si deficiat, non item. Quid fiet? An interim, dum pendet ratio legis Falcidiæ, pura legata integra præstabuntur: aut vindicabuntur sine deminutione, sine deductione, interposita scilicet cautione, quæ in edicto proponitur: *Quod amplius, quam per legem Falcidiam liceret, quodque legatarius cœperit reddi*, vt *l. 1. §. interdum, & l. 31. & 73. §. sed & si legata, hoc tit.* Et ita quidem iudicio Pauli nostri melius res temperanda est. *Cautionibus*, inquit, *melius res temperabitur.* melius scilicet, quam æstimatione facta legatorum conditionalium, quanti vænire possunt, & pro modo æstimationis etiam ex eis statim habita ratione legis Falcidiæ. Melius ergo cautionibus, quam hoc modo. Hæc est Pauli sententia, quæ & Sabianorum fuit, Caßij scilicet & Iuliani, *l. 31. hoc tit. l. 1. §. Iulianus denique, tit. seq.* Melius item erit in ineunda ratione æris alieni, quod defunctus debuit rem temperare cautionibus interpositis, & non habita ratione æris alieni, quod sub conditione debetur, hoc est, solutis integris legatis, perinde ac si nihil deberetur, & legatariis cauentibus, existente conditione æris alieni, se, quod amplius cœperint, quam per legem Falcidiam liceret, reddituros, vt *d. l. 73. §. magna. hoc tit.* vbi Caius proposita duplici ratione explicandi huius negotij causa, cum huic rationi, quam Sabiniani magis probant, posteriorem locum dederit, magis ipse etiam eam approbare videtur. Prior ratio, quam ibi Caius proponit, congruit opinioni Proculianorum, vt scilicet, quanti nomen conditionale venire potest, id pro puro debito habeatur, & eo deducto legata præstentur, herede cauente legatariis, conditione debiti non existente, quanto minus soluerit legatariis legatorum nomine, se eis redditurum. Vtraque via Caio placet satis, sed posterior magis, quam & meliorem Paulus esse ait hoc loco.

Ad l. 6. de fid. libert.

Decem legata sunt: & rogatus est legatarius Stichum emere & manumittere. Falcidia interuenit; & minoris emi seruus non potest. Quidam putant dodrantem accipere debere legatarium, nec emere compellendum. Idem putant etiamsi suum seruum rogatus sit manumittere, & dodrantem ex legato acceperit, non esse compellendum manumittere. Videamus ne vtique in hac specie aliud dicendum sit. Sed in superiore, sunt qui putant, cogendum legatarium redimere seruum, & se oneri subiecisse, dum accipit vel dodrantem. Sed si paratus sit retro restituere, quod accepit, an audiendus sit videndum. Sed cogendus heres tota decem præstare, perinde atque si adiecisset testator vt integra præstentur.

Restat tantum ex hoc libro *l. 6. de fid. libert.* quæ etiam satis difficiles explicatus habet. Species hæc est. Legaui Titio 10. aureos, eumque rogaui, vt Stichum seruum alienum emeret, & manumitteret. Stichus minoris, quam decem emi non potest, dominus Stichi non vult eum vendere minoris, & finge, lex Falcidia locum habet. In ea causa sunt legata, vt Falcidiam pati debeant, vt minui debeant per legem Falcidiam, fac minui legatum 10. aureorum, quod Titio relictum est, puta ex 10. heredem detrahere duos aureos, & semissem, quæ est quarta decem, quæ Latine vno verbo dici potest *sestertium*, id est, duo aurei & semis, quod sint duo integri aurei, cum tertio dimidiato: quod tertius sit semis. Sestertium ergo detrahit heres ex 10. aureis legatis. Fac igitur, legatarium accepisse tantum legati sibi relicti dodrantem, id est. 7. aureos & semissem, quem etiam Latine recte dixeris *octauum semissem*; quoniam octauus est dimidiatus, reliqui septem sunt integri. Ita proposita specie, quæritur, an legato decem diminuto per legem Falcidiam, atque ideo Titio ex legato accipiente tantum dodrantem, an cogatur Stichum emere, & manumittere? Quidam dicebant non cogi, quia minus accepit legati nomine, quam quo redimi Stichus possit. Idemque esse dicebant, si legatarius rogatus esset seruum proprium manumittere, dignum decem, aut forte pretio longe maiore: dicebant, & hunc, quod non acceperit integra decem, non cogi seruum suum manumittere, quem æstimat 10. aut pluris. At hoc posteriore casu, cum rogatus est, seruum proprium manumittere, etiamsi dodrantem ex legato tantum Titius acceperit, verius est, eum esse cogendum, vt eum seruum suum manumittat, quia non pluris eum æstimasse videtur, quam efficiat legati dodrans, quem accepit. Quod comprobat etiam *l. 36. ad l. Falcid. & l. Imperator §. si centum, de leg. 2. & l. si mihi Stichus, de leg. 1.* Priore autem casu, cum Titius rogatus est seruum alienum redimere, & manumittere, quia dodrans, quem accepit, non sufficit redimendo seruo alieno, qui minoris, quam 10. emi non potest, æquum esse videtur, vt non cogatur, seruum alienum redimere, qui minus accepit ex iudicio defuncti; aut si dicas, quod & hic Paulus attingit, eum se huic oneri vltro subiecisse accipiendo dodrantem, quia contentus fuit dodrante, quia subiit legem Falcidiam, nec repudiauit legatum; denique contentus fuit dodrante: saltem ei permitti debet, vt retro pœnitentia actus, restituendo heredi dodrantem, se hoc leuet onere, non cogatur Stichum redimere magno, aut multo maiore pecunia; quam ex legato perceperit. Vel potius, vt tandem concludit Paulus, ne intercidat libertas Stichi, quæ ei relicta est per fideicommissum, melius erit dicere, Titio 10. quæ legata sunt, integra esse præstanda, non detracta Falcidia, etiamsi interueniat Falcidia, perinde atque si id testator nominatim præcepisset, vt integra decem præstarentur. Quia & si hoc iure in vniuersum a testatore Falcidia prohiberi non potuerit, *l. 15. §. 1. ad l. Falcid. l. nemo potest de leg. 1.* tamen in vno legato prohiberi recte potest, *l. 64 eod. t.* Et satis aperte prohibet Falcidiam, qui integrum legatum aliquod præstari iubet. Integrum enim, id est, sine deductione. Seneca 2. de Benef. *Beneficia tua*, inquit, *illibata, vt integra ad eos, quibus promissa sunt, perueniant, sine vlla, quod aiunt, deductione.* At in specie proposita, etiamsi nominatim non iusserit testator integra decem Titio præstari, tamen fauore libertatis, ne pereat libertas fideicommissaria, quæ Sticho relicta est, perinde rem accipimus, atque si iussisset testator, vt *l. 32. §. vlt. ad leg. Falcid.* Denique melior sententia hæc est, vt in hac specie Titius non patiatur Falcidiam, vt integro legato accepto, integris 10. Stichum emat, quem dominus paratus est 10. vendere, non minoris, deinde eum manumittat. Et hæc est sententia *l. 6. de fideic. libert.* Verum quid ea facit ad edictum de bonis possidendis & vendundis? Superiores duas satis luculenter ad hanc rem accommodauimus, hæc quomodo accommodanda sit ad eandem rem? Puto Paulum tractantem de specie, de qua Vlpianus tractat in *l. 7. de fideic. libert. eod. tit.* quæ sequitur, de bonis venditis heredis nomine, quod hereditas, quam adierat, non esset soluendo, hæc subiecisse pro re nata, quæ sunt in *l. 6.* de seruo suo, vel alieno, quem legatarius rogatus esset manumittere. Species hæc est: Legaui Titio centum, eumque rogaui, vt Stichum seruum alienum redimeret & manumitteret, bonis venditis nomine heredis, qui adierat hereditatem; Titius non persequitur integra centum, quæ ei legata sunt, sed partem tantum debiti legati. Sicut bonis debitoris venditis, fieri creditoribus portiones solent pecuniæ ex bonorum venditione redactæ, nec plerunque ferunt totum, quod eis debetur, sed partem, quantamcunque possunt ferre ex redacto seu refecto venditionis bonorum pretio, quod ostendit *l. vlt. de curat. bon. dand.* Et apud Senecam, *Vox illa creditoris, si foro cesserit portionem feram, id est,*

est, saltem portionem ferant. At ne portionem quidem pro rata debiti legati legatarius bonis venditis iure persequitur aliter, quam si cauerit, *se seruum alienum, de quo rogatus est redempturum & manumissurum*, videlicet, si portio, quam aufert, sufficiat ei seruo redimendo. Alioquin si non caueat hac de re, repellitur exceptione doli mali, ac ne partem quidem fert ex pecunia legata, quamuis cæteri creditores veniant in portionem crediti sui.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 45. de pecul.

Ideoque si pater filio peculium ademisset, nihilominus creditores cum filio agere possunt.

Ex libro 61. habemus tantum *l. 45. de pecul.* solam pusillam quidem, & breuem, cum re, tum verbis, ex qua sola nulla coniectura duci potest eius, quod hoc libro potissimum Paulus tractauerit. At cum superiores libri quatuor pertineant ad edictum de bonis debitorum possidendis & venundandis: & liber qui sequitur 62. pertineat etiam ad idem edictum, non potuit hic liber intermedius esse alia de re, quam de edicto eodem, vel de edicti eius parte aliqua. Multa exoleuerunt ex prisco ordine possidendorum bonorum, aut per creditores ipsos nomine debitoris, *adhibito magistri carmine*, vt Cicero loquitur primo de Orator. *magistri pronuntiatione*, qui ediceret, qua lege, quaque conditione bona debitoris venirent, quod erat ignominiosum; aut quod erat honestius nomine creditorum, a debitore creditoribus facta vltro cessione bonorum suorum, *l. debitores, C. quib. ex causis inf. irrog. l. vlt. C. qui bon. ced. poss.* aut per curatorem a prætore vel præside datum distrahendis bonis, quod erat etiam honestius, *l. 5. de cur. fur. vel al.* Quo de ordine iuris antiquo, & antiquato forte, quod totus hic liber esset 61. ideo nihil ex eo Tribonianus nobis relinquere voluit. Vtinam tamen, & quæ de eo vel Paulus vel alij scripserant, haberemus: & optare, quam hoc sperare procliuius est, faceret nos eius rei cognitio cautiores, & prudentiores: & in vsum pleraque possent a nobis reuocari. Inter cætera videtur Paulus hoc libro docuisse, bona quoque filiorumfamilias a creditoribus venundari posse, maxime si peculium habeant castrense, vel quasi castrense, vel etiam peculium paganum, cum etiam filiisfamilias bonorum cessio permittatur, quam statim venditio sequitur, *l. pen. C. qui bon. ced. poss.* quia ex contractibus filiifamilias non tantum pater obligatur, sed etiam filius. Et pater quidem de peculio duntaxat, id est, pro quantitate peculij, filius in solidum, *l. prox. supr.* filius, inquam, in solidum tanquam paterfamilias, *l. 39. de oblig. & act. l. vlt. §. pupillus, de verb. obligat.* Sed si pater filio ademerit peculium, filius solus tenetur ex suis contractibus vel delictis. Ademptio peculij liberat patrem, non filium. Imo & si prorsus nihil habuerit filius, obligatus manet, & conueniri potest, ac nemine pro eo soluente detrudi in carcerem, nisi vtatur beneficio legis Iuliæ, & cedat bonis, quo verbo *cedat bonis*, non quæ nunc habet, qui nulla habet vt posui, sed bonis, quæ quandoque habiturus est, *d. l. pen. C. qui bonis ced. poss.* Sicut & missionem in possessionem vtilem esse dicimus ex *l. 13. de reb. auct. iud. poss.* etiamsi nihil sit quod possideatur. Extendi enim missionem ad bona, quæ debitor sibi quandoque adquirerit. Ademptio itaque peculij, quam constat fieri nuda voluntate, *l. 8. hoc tit.* non liberat filium: at patrem liberat, cum hoc tamen modo hacve exceptione, *si modo ademerit peculium sine dolo malo, l. 9. §. præterea, & l. 21. de pecul.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 9. de pactis.

Si plures sint, qui eandem actionem habeant, vnius loco habentur: vt puta, plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarij, quorum nomina simul facta sunt, vnius loco numerabuntur, quia vnum debitum est. Et cum tutores pupilli creditoris plures conuenissent, vnius loco numerantur, quia vnius pupilli nomine conuenerant. Nec non & vnus tutor plurium pupillorum nomine vnum debitum prætendentium, si conuenerit, placuit vnius loco esse: nam difficile est, vt vnus homo duorum vicem sustineat: Nam nec is, qui plures actiones habet, aduersus eum, qui vnam actionem habet, plurium personarum loco accipitur.

1. §. *Cumulum debiti & ad plures summas referemus, si vni forte minutæ summæ centum aureorum debeantur, alij vero vna summa aureorum quinquaginta. Nam in hunc casum spectabimus summas plures: quia illæ excedunt in vnam summam coadunatæ.*

2. §. *Summæ autem applicare debemus etiam vsuras.*

Ex *l. vlt. C. qui bon. ced. poss.* intelligimus, debitore non existente soluendo, creditoribus plerunque hanc electionem dari auctore principe: vt vel debitori dent interuallum ad pecuniam soluendam, veluti quinquennium, quod & in vsu hodie est, vel bonorum cessionem accipiant. Quod si in eligendo alterutro creditores dissentiant, aliis eligentibus quinquennij inducias, quinquennij ὑπερημερίαν, ἐκεχειρίαν, aliis eligentibus cessionem & venditionem bonorum, tum idem seruatur, quod ante aditam hereditatem creditoribus in vnum locum conuenientibus, vt paciscantur, & decidant cum herede defuncti debitoris certa portione debiti, qui alioquin repudiaturus esset hereditatem, nisi deciderit, priusquam adeat, cum creditoribus hereditariis. Qua in re si creditores dissentiant, aliis minore portione contentis, aliis maiorem desiderantibus, prætor sequitur decreto suo maioris partis voluntatem. Quod vt facilius intelligatur, sciendum est, solere heredes scriptos vel legitimos, qui temere nolunt se negotiis hereditariis implicare, adita hereditate, forte pluribus creditoribus defœnerata, antequam adeant hereditatem, creditoribus in vnum coactis cum eis tractare, si scilicet velint adire hereditatem, ac se pro herede gerere, vt habeant, cum quo experiantur, a quo credita reposcant, qua parte debiti contenti esse velint, & secum decidere, transigere, residuo debiti remisso, deque ea parte pacisci cum eis, deinde adire hereditatem, veluti de dimidia parte, vt in *l. qui habebat §. 1. de manum. test.* exempli gratia, vt cui debentur centum, contentus sit 50. cui mille, contentus sit 500. quam pactionem vtique necesse est fieri communi consensu creditorum, si fieri potest. At si dissentiant, aliis contentis vt dixi, dimidia parte, aliis desiderantibus dimidiam & sextam, id est, bessem crediti ex Const. D. Marci, prætor vel præses decreto suo sequitur maioris partis voluntatem: decernit, vt omnes sint contenti ea parte, quam maior pars creditorum constituerit, quave maior pars creditorum

decidere cum herede parata fuerit. Quod ostenditur in A *l.7.§.vlt.& l.8.de pact.& l.si praecedente §.1.mand. l. primo gradu, quae in fraud. credit.* Et maior quidem pars aestimatur non pro numero personarum, sed pro modo & cumulo debiti: adeo vt si sint decem creditores, & vni vel duobus debeantur mille, caeteris quingenta tantum, vnius vel duorum sententiam sequatur praetor potius, quam caeterorum ponderata quantitate debiti, non numeratis personis creditorum, quoniam, quae pars superat cumulo debiti, ea plus damni facit. Ac si omnes creditores pares sint in summa crediti, dispares in numero & sententia, tunc necessario maior pars ex numero personarum aestimatur, vt si ex decem creditoribus quatuor contenti sint parte quarta, sex desiderent dimidiam, praeualet sententia maioris numeri, quae desiderat dimidiam. At contra si creditores pares sint, non tantum in summa crediti, sed etiam in numero & dignitate, dispares autem in sententia, vt si ex decem quinque desiderent dimidiam, quinque contenti sint parte quarta crediti, praeualet humanior sententia eorum, qui contenti sunt crediti portione quarta. Idem exemplum sequimur in specie initio proposita; cum de dandis debitori induciis vel admittenda cessione bonorum creditores inter se disceptant, controuersanturque, atque discordant. Et vbique notandum est, plures creditores nonnunquam haberi pro vno, vt ex hoc libro Pauli ostenditur in *l. 9. de pactis.* Exempli gratia, plures rei stipulandi pro vno creditore habentur, quia vna & communis est obligatio, adeo vt & vni solidum soluatur recte, *l. 3. §. vlt. de duobus reis.* Eademque ratione, vt & Paulus ostendit in *d. l. 9.* plures argentarij, qui simul contractis nominibus per scripturam C mensae pecuniam crediderunt, vnius loco sunt. Denique siue sint plures rei credendi constituti per stipulationem, siue per scripturam mensae, vnius loco sunt, quia vnum est debitum. Plures item tutores pupilli creditoris, quod satis manifestum est, vnius loco sunt, id est, vnius pupilli. Ex diuerso vix est, vt vnus plurium loco habeatur. nam & si vni debeatur ex pluribus causis, pro vno computatur omnibus causis in vnam coactis: non numerantur actiones, vel causae obligationum. Itemque vnus tutor, qui plurium pupillorum nomine, vnum debitum persequitur, vnius loco numeratur, quamuis sint plures pupilli, vt dixi, quia vnum est debitum. Quod autem diximus, maiorem numerum creditorum aestimari ex cumulo debiti, quod & ostenditur in illa *l. vlt. C. qui bon. ced. poss.* id etiam Paulus interpretatur, vt in cumulo debiti, in modo debiti, connumerentur omnes summae, quae vni debentur ex variis causis. Vt omnes, quod ait Paulus, minutae summae congregentur, cumulentur in vnam, coadunentur, siue consummentur, quae coadunatio videlicet vnius calculi dicitur, *l. vlt. C. de iure dot.* & consummatio, *l. si plura, de aedil. ed. l.3. C. de vsur. rei iudic.* Summa summarum Plauto & Senecae, Massalis summa, Tertulliano. Cumulatur etiam cum sorte, quae ei accedit vsura. Et hoc est quod Paulus ait, *cumulo debiti etiam vsuras applicari.*

Ad l. 7. & 9. quae in fraud.

L. 7. Si debitor in fraudem creditorum minori pretio fundum scienti emptori vendiderit: deinde quibus de reuocando eo actio datur, eum petant: quaesitum est, an pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non soluatur. Et rescriptum est secundum Proculi sententiam.

L. 9. Is qui a debitore, cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alij bona fide ementi vendidit. Quaesitum est, an secundus emptor conueniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui admisit. Quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit. Is autem qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit tenebitur.

Ex his duabus legibus intelligimus egisse etiam hoc libro Paulum de actione Pauliana, qua post venditionem bonorum debitoris, creditores, si ex ea venditione solidum, quod eis debebatur, consequuti non fuerint, intra annum vtilem experiuntur aduersus eos, quibus deprehenderint debitorem quaedam olim alienasse in suam fraudem, vt ea reuocent rescissa alienatione. Et quidem si probauerint debitorem in fraudem suam minore pretio fundum scienti emptori vendidisse, actione Pauliana fundum ab eo reuocare possunt, non reddito pretio quod numerauit, *d. l. 7. hoc tit.* nisi adhuc in bonis debitoris extiterit, vt *l.8.* quae sequitur. recte ait, *si scienti emptori vendiderit.* nam emptor ignorans fraudem venditoris, non tenetur actione Pauliana, *l.6.§.hoc edict.sup.hoc t.l.9.inf.* Emptor, inquam, nam donatarius, qui ex causa lucratiua habet, etiam B ignorans hac actione tenetur. *d. l. 6. §. simili modo, & l.pen. C. de reuoc.iis, quae in fraud. cred. gest. sunt.* Merito autem emptori non redditur pretium, quia doli particeps fuit. Et hoc plerumque ita contingit, vt malae fidei emptori, re mala fide empta euicta pretium non reddatur. Et longe alia est ratio actionis Fabianae vel Caluisianae, qua reuocantur alienata a liberto in fraudem patroni, quo minus scilicet portio debita verecundiae patronali, portio legitima patrono debita, ad eum perueniret, portio legitima, quae patrono debetur ex lege Papia. Fabiana actio testato liberto, Caluisiana intestato liberto reuocat ea, quae dixi. Et longe, vt dixi, alia est ratio actionis Fabianae vel Caluisianae, quae reuocat alienata in fraudem patroni, & alia actionis Paulianae, quae reuocat alienata in fraudem creditoris: quia, haec est ratio, edictum de actione Pauliana notat eum nominatim, qui quid cum fraudatore gessit, cum fraudem non ignoraret, id est, cum esset particeps doli. Verba edicti haec sunt: *Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignorauerit.* Nominatim ergo notat emptorem, qui sciens emit a fraudatore. Edictum autem de actione Fabiana, vel Caluisiana eum non notat, sed libertum tantum, qui quid dolo fecit in fraudem patroni, quo minus debita portio ad eum perueniret, quod & verba edicti ostendunt proposita initio *l. 1. si quid in fraud. pat.* Et ideo etiam ei, qui sciens a liberto rem emit, pretium restitui oportet, quia non notatur edicto. Et hoc probat *d. l.1. §. si quid in fraud. si quid in faud. pat.* His congruit, quod ex hoc libro Pauli est scriptum in *l.9. huius titul* D

Ad l. 9. eod. cuius verba supra adscripta sunt.

Si is, qui sciens fraudem, rem emit a debitore, mox eam rem vendiderit bonae fidei emptori: Primum quidem emptorem teneri actione Pauliana, quia fraudem participauit, nempe vt solidum pretium quod a secundo accepit, reddat. At secundum emptorem, qui bona fide emit actione Pauliana non teneri, quia dolus auctoris, siue venditoris emptori nocere non debet. *l. 4. §. de auctoris, de doli except. Dolus,* inquit Paulus, *ei duntaxat nocere debet, qui eum admisit.* Ex iis porro, quae supersunt ex libro 62. ad edictum, quo Paulus egit de actione Pauliana, qua curatores bonorum, vel creditores reuocant & rescindunt cum E sunt missi in possessionem bonorum debitoris ea quae debitor in eorum fraudem gessit, primum se offert *l. 56. de solution.*

Ad l. 56. de solut.

Qui mandat solui, ipse videtur soluere.

Animaduerti reliquas omnes leges, quae restant ex hoc libro, quae sunt numero 7. respicere ad actionem Paulianam. Ac primum quidem *l. 56. de solut.* quae ait, *eum qui mandat solui, ipsum soluisse videri,* hoc est certissimum, *l. 22. §. si mandauerim, mand. l. 7. de calum.* Et idem fere est, aut valet quod dicitur, *qui per alium facit.* Et sic etiam qui mandat accipi, ipse videtur accipere, *l. 95. §. vsumfr. de solut. l. 2. de calumn.* Et ita si debitor in fraudem creditorum,

creditorum, quod debet in diem, soluat præsenti die, aut A solui mandet, edicto Pauliano locus est, *l. 2. l. 6. §. sciendum, l. 10. §. si cum in diem, l. 17. §. vlt. quæ in fraud. cred.* Locus item est edicto Fabiano vel Caluisiano, si quid a liberto gestum sit in fraudem patroni, *l. qui res §. 1. de solut.* Respicit etiam, vt opinor, ad actionem Paulianam, quod ex hoc libro extat in *l. 4. de ann. leg.*

Ad l. 4. De ann. leg.

Si in singulos annos alicui legatum sit: Sabinus, (cuius sententia vera est) plura legata esse ait: & primi anni purum, sequentium conditionale. Videri enim hanc inesse conditionem, si viuat. Et ideo mortuo eo, ad heredem legatum non transire.

QVæ docet, legatum certæ quantitatis relictum in an- B nos singulos non vnum esse legatum, sed plura. Multiplex esse legatum: primi anni purum, quod cedit statim initio anni inchoandi a morte testatoris: sequentium autem annorum conditionale, sequentium annorum pensionibus inest hæc conditio, *si viuat legatarius.* quandoquidem hoc genus legati morte legatarij finitur, nec transit in heredem legatarij. Et hac in re maxime distat legatum a stipulatione, quæ concepta est similiter in annos singulos, quia stipulatio huiusmodi morte stipulatoris non finitur. Stipulatio huiusmodi perpetua est, & vna, non multiplex stipulatio: & pura omnino omnive tempore, non conditionalis. Quod & in iure nostro multæ aliæ leges docent. *l. 1. §. si in annos, ad l. Falcid. l. si Stichum. §. vlt. de verb. oblig. l. senatus §. vlt. de mort. caus. donat.* Pertinet au- C tem actio Pauliana etiam ad reuocandam & rescindendam huiusmodi stipulationem, puta, *in annos singulos dena dare spondes?* Si stipulanti debitor ita promiserit fraudandorum creditorum causa, quod etiam ita scriptum est nominatim in *l. 10. §. per hanc actionem, quæ in fraud. cred.* Ad reuocandam, inquam, stipulationem huiusmodi, & infirmandam, quia vna & pura stipulatio est: sed non pertinet etiam actio Pauliana ad legatum relictum in annos singulos. Ad alia legata, quæ relinquuntur in fraudem creditorum, proculdubio pertinet *l. 6. §. pen. quæ in fraud. cred.* sed non etiam ad legatum relictum in annos singulos, quia dempto primo anno, cæteris omnibus annis legatum est conditionale & multiplex, atque adeo incertum an debeatur: & recte stipulationi iungitur vsusfructus in *d. §. per hanc* D *actionem*, quem explicant male. *Per hanc actionem*, inquit, *& vsusfructus & huiusmodi stipulatio, dena in annos singulos dare spondes?* exigi potest, id est, reuocari, rescindi, & iungitur vsusfructus, vt ex lectione patet, indistincte. Siue igitur constitutus sit vsusfructus legati, siue stipulationis genere, quoquo modo constitutus sit, recte iungitur stipulationi in annos singulos, quia vt vna hæc stipulatio est, ita & legatum vsusfructus, quamvis fructus, qui percipiuntur, proueniant annuatim. Legatum, inquam, vsusfructus vnum est legatum, quamvis fructus, qui percipiuntur sint annui, cuius dies cedit semel non pluries, qui tamen cederet pluries, si esset multiplex. Idque ostenditur in *l. 1. in princ. quando dies vsusfruct. leg. cedat.* His videtur Paulus iunxisse aliam differentiam inter stipulationem & legatum. Nectitur enim alia ex alia. Nempe E hanc differentiam in stipulationibus siue contractibus, id tempus spectari quo contrahimus. stipulationes cum dicimus, omnes contractus dicimus semper, propterea quod stipulatio adhiberi solet omnibus contractibus, stipulatio est πανδέκτη omnium contractuum. In stipulationibus, siue contractibus id tempus spectari, quo contrahimus, quæ regula ex hoc libro Pauli proponitur in *l. 78. de verb. oblig.* & ex eodem repetitur in *l. 144. de regul. iuris.*

Ad l. 144. de regul. iuris.

Non omne, quod licet, honestum est.

1. § In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

ET ideo ij sunt effectus huius regulæ: si pendente conditione stipulationis moriatur stipulator, ius stipulationis, quod habet, transfert in heredem suum, quasi iam dum viueret, sibi quæsitum. Item si filiusfamilias, vel seruus sub conditione stipulatus aliquid, & postea emancipatus vel manumissus fuerit, ac deinde extiterit conditio stipulationis, patri vel domino actio ex stipulatu competit, quia tempore contractus in eius potestate fuit, *Et in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*, non quo conditio contractus extitit. Quo pertinet etiam *regula legis 146. eod. tit.* ex hoc ipso libro.

Ad l. 146. eod. tit.

Quod quis dum seruus est, egit; proficere libero facto non potest.

QVod quis dum seruus est egit, hæc sunt verba regulæ, *proficere libero facto non potest*, nempe quod contraxit quis, quum seruus esset, non ei, sed domino eius proficit, domino eius adquiritur, quia spectatur tempus contractus, quo tempore erat in potestate domini. Et hæc de stipulationibus siue contractibus. In legatis annuis id tempus non spectatur, quo legata in testamento relinquuntur, sed tempus, quo dies legatorum cedit, puta si conditionalia fuerint legata, tempus, quo post mortem testatoris conditio legatorum existit, consideratur. Et ideo si filiofamilias aut seruo, cum esset in potestate patris vel domini, legatum sit relictum sub conditione, & post emancipationem vel manumissionem conditio legati extiterit, filio, non patri: seruo, id est, quondam, seruo, non domino adquiritur legatum, quia eo tempore, quo dies legati cedit, non est in potestate patris vel domini, *l. 18. de reg. iur.* In qua Pomponius eleganter definit, quod maxime pertinet ad rem, quæ est in manu, legata filiofam. vel seruo relicta, ea tantum adquiri patri vel domino, quæ nobis relicta ad heredem nostrum possunt transmitti. At legatum conditionale legatarius, si moriatur pendente conditione, non transmittit in heredem. Ergo nec si pendente conditione legati filiusfam. vel seruus emancipetur, vel manumittatur, id legatum patri vel domino adquiri potest, sed adquiritur filio emancipato vel seruo manumisso. Quod omne cum scripsisset Paulus etiam hoc libro, inde notandum censuit, quam diuersa esset conditio eius, qui legatario heres extitisse, a iure & conditione eius, qui heredis, a quo legatum relictum est, heres fuisset. Nam legato sub conditione relicto, si legatarius pendente conditione moriatur, heredi suo nihil relinquit, nihil transmittit in heredem suum, sed si heres, a quo legatum sub conditione relictum est, pendente conditione moriatur, heredem suum obligatum relinquit, vel quod idem est, obligationem transmittit in heredem suum, quia legati nomine ipse obstrictus erat, quod ex hoc ipso libro Pauli proponitur in *l. 65. de cond. & dem. si heres pendente conditione moriatur*: heres, inquam, a quo sub conditione legatum est, *heredem suum obligatum relinquit.* Ergo sicut stipulatione facta sub conditione, mortuo promissore pendente conditione heres eius tenetur ex stipulatu, *l. 57. de verb. oblig.* Ita & legato relicto sub conditione & herede, qui legatum debet, a quo legatum relictum est, mortuo pendente conditione, heres heredis tenetur ex testamento, legatario scilicet. Nec quicquam hoc casu distat legatum conditionale, a stipulatione conditionali. At vbi pendente conditione contingit mors creditoris conditionalis, multum interest, vtrum legatarius, an stipulator fuerit, quia legatarius ius legati in heredem non transfert, stipulator ius stipulationis in heredem transfert, propter regulam supradictam: Quia *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.* Quod autem additur in *d. l. 78. de verbor. oblig. Cum fundum mihi dari stipulatus sum, in stipulationem non venire fructus, qui tempore stipulationis fuerint*, id est, qui fundo cohærebant stipulationis tempore, fructus pendentes, fructus stantes; id veluti exceptio quædam est supradictæ regulæ, quam & proposuerat, *In*

stipulationibus spectari tempus, quo contrahitur. Et eo quoque modo alia differentia constituitur inter stipulationes & legata. Nam fructus, qui solo cohærent, die legati cedente, ad legatarium pertinent, vt idem Paulus scripsit 3. *Sent. tit. de legat.* & probat. *l. si pendentes, de vsufr.* Et tamen, qui cohærebant stipulationis tempore, ad stipulatorem non pertinent, quia stipulationes strictius accipiuntur, & fructus, etiamsi cohæreant solo, cohæreant fundo. fructus pendentes vtique pars non sunt fundi: nec veniunt igitur in stipulationem fundi: in aliis iudiciis, quæ stricta non sunt, puta in arbitrariis, aut bonæ fidei iudiciis, fructus pendentes, pars fundi non sunt quidem, sed esse videntur, *l. 45. de rei vindic. l. Quintus, de action. emp. l. pen. §. non solum, quæ in fraud. cred.* Altera vero regula, quæ superiori applicatur in *d. l. 144. non omne quod licet honestum est.* Duæ regulæ in ea proponuntur. Prior hæc est: *Non omne quod licet, honestum est.* posterior illa, quam iam exposui: *In stipulationibus id tempus spectari, quo contrahimus.* Vt autem hęc posterior accommodatur ad actionem Paulianam, ita & prior accommodari debet omnino ad id, quod de actione Pauliana habemus in *l. 6. §. sciendum est, quæ in fraud. cred.* Licere quidem vnicuique, quod sibi iure debetur petere & exigere, accipere quocunque tempore, sed post bona debitoris possessa, quæ possessio generaliter & in rem semper permittitur, etiamsi vnus tantum ex creditoribus eam postulauerit, *l. quum vnus, de reb. auct. iud. poss.* non esse honestum, præripere ius cæteris creditoribus in sua pecunia exigenda: Cum iam conditio omnium creditorum par facta sit per missionem in possessionem, non debuit, inquam, præripere cæteris creditoribus. Potuit, sed non debuit: licuit, sed non fuit honestum præripere cæteris collegis in possessione. Vitare id debuit, non quasi illicitum, nec enim illi fuit illicitum, sed quasi pudendum. Itaque totum, quod percepit, totum quod præcepit, quod exigere præfestinauit, non retinebit, sed reuocabitur hoc iudicio ad portionem, quam cæteri creditores bonis venditis laturi sunt. Hoc est conuenientissimum & commodissimum exemplum. Ad actionem Paulianam etiam refero *l. 74. pro soc.* quæ sola restat nunc ex hoc libro.

Ad l. 74. pro socio.

Si quis societatem contraxerit: quod emit, ipsius fit, non commune, sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

SI quis contraxerit societatem omnium bonorum, quod emit suo nomine, ipsius fit, non commune, sed actione pro socio, rem quam emit communicare cogitur, quia contracta est societas omnium bonorum, quæ haberet, vel habiturus esset. Ergo etiam manente societate pro socio agi posse, quod euenit etiam alio casu, qui proponitur in *l. 65. §. pen. eod. tit.* Quia vero res, quam emit, ipsius fit, si rem eam a fraudatore sciens emit suo nomine, ipse solus tenetur actione Pauliana, non socij: nisi societatis iudicio id egerint, vt ea res veniret in communionem. A libro 62. transeundum nobis est ad librum 63. ex quo tres duntaxat leges habemus, quarum vnam tantum hodie dabimus.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

AB hoc libro, post edictum de bonis debitoris possidendis & venundandis, & proxime post edictum Paulianum & interdictum fraudatorium cœpit Paulus tractare de interdictis omnibus, qui ordo etiam seruatur in ff. Incipiam igitur a *l. 2. de interdictis.*

Ad l. 2. de interd.

Interdictorum quædam duplicia sunt, quædam simplicia. Duplicia dicuntur, vt vti possidetis. Simplicia sunt ea: veluti exhibitoria, & restitutoria, item prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque.

1. §. *Interdicta autem competunt vel hominum causa, vel diuini iuris, aut de religione: sicut est,* Ne quid in loco sacro fiat, *vel* quod factum est, restituatur: *&* de mortuo inferendo, *vel* sepulchro ædificando. *Hominum causa competunt vel ad publicam vtilitatem pertinentia, vel sui iuris tuendi causa, vel officij tuendi causa, vel rei familiaris. Publicæ vtilitatis causa competit interdictum*, vt via publica vti liceat: & flumine publico, & ne quid fiat in via publica. *Iuris sui tuendi causa,* de liberis exhibendis, *item,* de liberto exhibendo. *Officij causa,* de homine libero exhibendo. *Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.*

2. §. *Quædam interdicta rei persecutionem continent: veluti* de itinere actuque priuato. *Nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed & illa interdicta, quæ de locis sacris, & de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent: Item illa* de liberis exhibendis, *quæ iuris tuendi causa diximus competere, vt non sit mirum, si quæ interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant.*

3. §. *Hæc autem interdicta, quæ ad rem familiarem spectant, aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ, aut retinendæ. Adipiscendæ possessionis sunt interdicta, quæ competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem. Sunt autem interdicta adipiscendæ possessionis*, quorum bonorum. Saluianum quoque *interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est,* & quo itinere venditor, vsus est, quo minus emptor vtatur vim fieri veto. *Recuperandæ possessionis causa proponuntur sub rubrica* vnde vi, *aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendæ possessionis sunt interdicta,* vti possidetis. *Sunt interdicta (vt diximus) duplicia, tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis.*

IN hac lege Paulus proponit varias diuisiones interdictorum. Quibus proculdubio præposuerat definitionem interdictorum, quæ extat in Instit. & differentiam quoque actionum & interdictorum a me obseruationum *lib. 5. cap. 17.* notatam. Interdictis suis prætorem non addicere vel addere iudicem specialem; iudicem pedaneum actionibus addere, & alium esse ordinem interdictorum, aliam solemnitatem, formulam, executionem, longe aliam actionum. Vide & Paratitla in lib. 8. *C. tit. 1. de interd.* Nihil aliud sunt interdicta, quam decreta, quæ prætor facit de possessione, vel quasi possessione, cum statuit, apud quem possessionem rei controuersæ inter duos esse oporteat interim dum litigabitur de proprietate apud iudicem pedaneum, quem & mox dat inter eos, vt de proprietate cognoscat, id est, vter rei dominus sit. Diuisio autem hæc a Paulo prima proponitur: *Alia esse interdicta duplicia, alia simplicia.* Duplicia sunt, in quibus vterque litigator est actor & reus: & huiusmodi est interdictum vti possidetis, quod est de retinenda possessione rei immobilis, & interdictum vtrubi, quod est de retinenda possessione rei mobilis, quia vterque sibi possessionem rei, qua de agitur, adserit: vterque possessionem suam vocat: vterque se magis possidere adfirmat, aduersarium autem possidere negat. Et formula quoque interdicti ita concipitur, ac si vterque possideret, non quasi vnus peteret, alter possideret, nempe concipitur hoc modo, *vti possidetis,* vel *vti fruimini,* non *vti possides* vel *vti frueris.* Ac rursus ita concipitur, quum de re mobili agitur; *Vtrubi hic homo fuit maiore parte anni, non vbi l. 3. §. 1. vti possid. l. 1. §. vti proponitur, de superficieb. l. 1. §. si inter riuales, de aqu. quot. & æst. l. 37. de obligat. & act. §. pen. Instit. de interd.* Simplicia autem sunt, in quibus ex litigatoribus alter est actor, alter reus siue defensor. Et huiusmodi sunt omnia interdicta exhibitoria, aut restitutoria, vt Paulus hic

hic ait. Nam actor est, qui desiderat sibi rem exhiberi, aut restitui. Reus a quo desideratur, vt exhibeat, vel restituat. Et exhibitoria quidem sunt, veluti interdictum de tabulis testamenti exhibendis, interdictum de liberis exhibendis, interdictum de libero homine exhibendo, vel de liberto exhibendo. Restitutoria autem sunt, veluti vnde vi, vt is, quo cum agitur, possessionem vi ereptam restituat, & interdictum quorum bonorum. Addit Paulus item prohibitoria, vbi recte Basil. ϰ̀ τινα τῶν κωλυτικῶν. *Et quædam ex prohibitoriis*, simplicia scilicet interdicta sunt, quia non omnia interdicta prohibitoria, quibus scilicet prætor vetat quid fieri, simplicia sunt, non certe interdictum vti possidetis, vel vtrubi, quæ prohibitoria & duplicia, vt paulo ante dixi, interdicta sunt, sed interdictum, *ne quid fiat* in loco sacro, prohibitorium, & simplex interdictum est. Itemque interdictum, *ne quid fiat in flumine publico*, interdictum ne vis fiat mortuum inferenti in locum suum, & interdictum, quo exemplo vtitur Paulus, de arboribus cædendis, quo id agitur, ne vis fiat ei, qui arborem in suas ædes impendentem ex ædibus vicini adimere & collucare, vt loquuntur, vult. Et similiter interdictum de itinere, actuque priuato, quo prætor vim fieri vetat, quo minus quis itinere actuque, qui iure ei competit vtatur. Sequitur alia diuisio paulo post: interdicta alia competere iuris diuini tuendi causa, aut quod idem est, de religione: alia vero competere hominum vel humani iuris causa. Diuini iuris causa competere interdicta, *ne quid in loco sacro, vel sancto fiat, & interdictum, quo prætor iubet restitui, quod in loco sacro factum est, & interdictum de mortuo inferendo in locum suum, & de loco religioso faciendo per sepulturam hominis, & interdictum de sepulchro ædificando, vbi ædificare ius est, aut de iam ædificato reficiendo.* Hæc omnia interdicta diuini iuris tuendi causa sunt instituta. Hominum autem causa comparata interdicta alia pertinere ait ad publicam vtilitatem, *vt interdictum ne quid fiat in via publica, & interdictum vt via publica aut flumine publico vti liceat.* Alia competere iuris sui tuendi causa, non dico rei familiaris causa, sed iuris cuiusdam sui, quod ad rem familiarem non pertinet, tuendi causa, *vt interdictum de liberis exhibendis*, quod parentibus datur iuris sui, id est, patriæ potestatis, quam in liberos habent, tuendæ causa, & interdictum *de liberto exhibendo*, qui ab aliquo detinetur, de quo interdicto hic vnus est locus in iure, & alter in §. *exhibitoria, Instit. de interd.* id vero datur iuris patronatus tuendi causa. Alia vero competere interdicta officij tuendi causa, quo inter se homines naturaliter deuincti sunt, *officij*, inquam, *tuendi causa*, quo hominem adfici ab homine interest hominis propter naturalem cognationem, quam inter homines natura constituit, *l. 7. de ser. export. l. 3. de iust. & iure.* veluti *interdictum de libero quocunque homine exhibendo*, quo cuilibet ex populo libertatem alienam tueri licet, si opprimatur, si inclusa teneatur ab aliquo. Alia vero rei familiaris causa, siue sui patrimonij causa dari, *vt interdictum* vnde vi, *quod datur deiecto possessione sui prædij, & interdictum* vti possidetis, *& interdictum* quorum bonorum: *& interdictum* de itinere actuve priuato, & reliqua omnia interdicta, quæ hominum causa comparata sunt. Et rursus ex his, quæ rei familiaris causa dantur, quædam rei persecutionem continent, vt interdictum de itinere, actuque priuato reficiendo. Quod non competit, nisi ei qui docet, se itineris vel actus seruitutem in alieno fundo habere, *l. 3. §. hoc autem, de itin. actuque priu.* Et non igitur est de possessione tantum: nam & de possessione est, vt vtatur itinere vel actu, sed & de quasi proprietate seruitutis: nam & seruitutum, quæ prædiis nostris inhærent, quasi proprietas quædam est: cum earum vindicatio nobis competat quasi proprietariis earum. Hoc igitur interdictum non tantum possessionis causam continet, id est, vsus, itineris vel actus, sed etiam causam ipsius quasi proprietatis, quoniam qui hoc interdicto agit non vincet, si tantum probauerit, se vsum itinere vel actu, nisi probauerit eam seruitutem fundo suo deberi, vel potius fundo suo inhærere, hoc est, nisi quasi proprietatem eius seruitutis probauerit: ergo non tantum est de possessione, sed etiam de quasi proprietate. Et addit Paulus, *Illa quoque interdicta quasi proprietatis causam continere, quæ proponuntur de locis sacris & religiosis:* de locis sacris, vti de sacellis, de religiosis, veluti sepulchris: quia sepulchra vel sacella, quæ sunt in prædiis nostris, quasi proprietatis iure nostra sunt, nam & sepulchra dicuntur nobis hereditaria, familiaria, *l. 3. & 4. l. sunt personæ, de relig.* Reuera sepulchra, aut sacella, quæ sunt in nostris prædiis, nullius sunt in bonis, quia sunt res diuini iuris, non humani, sed tamen quasi quodammodo etiam nostra sunt: sepulchrum quod est in fundo nostro quasi proprietatis iure nostrum est. Itemque illa interdicta, quæ iuris sui tuendi causa competunt, quasi proprietatis causam continent, vt interdictum *de liberis exhibendis*, quia potestas, quam in liberos nostros habemus, quasi proprietas quædam est, eaque ratione vindicatio etiam liberorum nostrorum *ex iure Quiritium*, videlicet hoc addito, nobis competit, tametsi reuera non sint in dominio nostro, quia liberi homines sunt, *l. 1. §. hanc, de rei vind.* Et simili modo interdictum *de liberto exhibendo*, quia & ius patronatus, quod in libertum habemus, quasi proprietas quædam est, non proprietas, sed quasi proprietas, veluti proprietas: vt rerum aliarum est possessio, aliarum quasi possessio, non possessio, vt seruitutum, *l. ait prætor §. item ei, ex quib. causis maior. l. si quis diuturno, si seru. vind. l. 5. §. pen. de itin. act. priu.* Ita & aliarum rerum est proprietas, aliarum quasi proprietas. At de quasi proprietate superiora interdicta sunt, simul & de possessione. Nullum est interdictum de proprietate. Nullum item interdictum de quasi proprietate sola, sed de quasi proprietate & de possessione. Quod notandum est. Cætera autem omnia interdicta, quæ ad rem familiarem pertinent, sunt de possessione, vel quasi possessione, *l. quotiens via, de seruit.* Quamuis & in eis nonnunquam de proprietate probationes exhibeantur. Quintil. 7. Instit. eleganter: *In sponsionibus*, inquit, *quæ ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quæstio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse docere oportebit.* Ex abundanti scilicet, non ex necessitate simplici & absoluta, §. *commodum, Instit. de interdict.* quia lis est de sola possessione. Rei autem familiaris appellatione continetur proprietas, aut quasi proprietas: Itemque possessio, aut quasi possessio. *Stulta*, inquit Seneca, *hominum auaritia proprietatem possessionemque discreuit.* Vtraque continetur sub appellatione rei familiaris. Quod hic locus Pauli ostendit satis aperte, & *l. 4. de pubic. iudic.* dum ait, interdictum vnde vi, & interdictum de tabulis exhibendis esse de re familiari, quod de sola possessione est. Rem igitur familiarem cum dico, & proprietatem & possessionem dico, vel quasi proprietatem, & quasi possessionem. Rursus ex iis interdictis, quæ possessionis solius causam continent, non quasi proprietatis & possessionis: alia sunt, *vt ait*, apiscendæ, alia reciperandæ, alia retinendæ possessionis. Apiscendæ quæ competunt iis, qui ante non sunt nancti possessionem, vt interdictum quorum bonorum, quod datur ei, cui ex edicto prætor bonorum possessionem dedit contra tabulas, vel secundum tabulas, vel vnde liberi, vel vnde legitimi, vt eam possessionem, quam prætor verbotenus dedit, corporaliter apiscatur. Et interdictum Saluianum, de quo extat titulus, quod datur locatori ad possessionem apiscendam rerum conductoris pro mercede locationis pignori obligatarum: & interdictum, vt ait, *Quo itinere venditor vsus est, quo minus emptor vtatur, vim fieri veto.* Quod interdictum est de quasi possessione itineris, & eodem vti licet de quasi possessione actus, vel aquæ, vel similis seruitutis, vt eam emptor apiscatur, id est, vt ea seruitute vtatur, qua venditor fuit vsus. Cuius interdicti formula, quæ hic proponitur, non extat alibi: sed hoc tantum etiam emptori de itinere actuve, quo venditor vsus est, interdictum dari, *l. 5. §. emptori, de itin. act. priu. l. 1. §. ait prætor, de aqu. quotid. & æstiu.* Et hæc de interdictis

apiſcendæ poſſeſſionis. Reciperandæ poſſeſſionis interdicta ſunt, quibus qui poſſeſſione vi deiectus eſt, amiſſam poſſeſſionem reciperare vult, quorum aliqua proponi ait ſub rubrica ſiue titulo *vnde vi*. Recte. Proponuntur enim duo edicta reciperandæ poſſeſſionis ſub ea rubrica, interdictum de vi quotidiana, & interdictum de vi armata. Rubricam & titulum dicit pro eodem, quæ recte in Gloſſis Philoxeni διὰ μίλτυ ἐπιγραφή, quod notaretur minio & croco. Vnde & illud Martialis: *Et croco rubeat ſuperbus Index*. Et illud Ouidij. *Nec titulus minio, nec cedro charta notentur*. Eodem nomine præter Paulum (quod ſciunt omnes) etiam vſus eſt Perſius & Quintilianus. Sed addas etiam Prudentium: *Cur rubrica miniantur*, inquit? *quia prohibent peccare reos*. Retinendæ autem poſſeſſionis cauſa comparata ſunt interdicta *vti poſsidetis* & *vtrubi*, per quæ eam poſſeſsionem, quam iam habemus, retinere volumus, *la maintenuë*. His interdictis retinendæ poſſeſsionis conſeruamus poſſeſsionem, quam habemus: interdictis recuperandæ vel vt vulgo redintegrandæ, recuperamus poſſeſsionem, quam habuimus, non quam habemus: interdictis apiſcendæ poſſeſsionis, adquirimus poſſeſsionem, quam nunquam habuimus. Subiicit Paulus in extremo huius legis, eſſe mixta quædam interdicta ſiue duplicia, tam recuperandæ, quam apiſcendæ poſſeſsionis. Quorum nullum exemplum edit, quod miror ſi quædam ſint eiuſmodi, cum cæterorum prompta fuerint exempla, horum nullum ſit in mundo, id eſt, in promptu, vt veteres loquebantur. in ſuperiorum exemplis tradendis Paulus fuit diligens & ſtudioſus, quæ quiſque per ſe dicere potuiſſet. in horum exemplis proponendis fuit negligens, quia nondum inuentus eſt quiſquam, qui inuenerit. Et præterea ait, *Sunt interdicta, vt diximus, duplicia, tam reciperandæ, quam apiſcendæ poſſeſsionis*, quaſi ante dixerit de iis, qui nihil prorſus: de iis tantum dixit, quæ ſunt tam apiſcendæ, quam reciperandæ poſſeſsionis: neque vero dicere potuit, cum nec vllum tale vnquam fuerit interdictum tam reciperandæ quam apiſcendæ poſſeſsionis, nec per rerum naturam eſſe potuerit. Quod enim nunc primum apiſcor, non recipero: Et contra quod recipero, nunc primum non apiſcor. Et apiſcendæ poſſeſsionis dicuntur, quæ vtilia ſunt ei tantum, qui nunc primum, *vt eſt in Inſtit.* conatur apiſci rei poſſeſsionem. Et ſtultus eſt Accurſius, qui affert exemplum ex *l. 3. §. prætor, ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſus eſt.* quoniam ille locus tam eſt de interdicto prohibitorio, quam reſtitutorio, non de interdicto, quod ſit tam reciperandæ quam apiſcendæ poſſeſsionis. Itaque manifeſto aberrat Accurſij animus, & errat plane hac in re: error magnus & intolerabilis, quem equidem patefeci iampridem, affirmans hæc verba, quæ ſunt in fine huius legis, *tam reciperandæ, quam apiſcendæ poſſeſsionis*, ab hoc loco procul amouenda eſſe, vt hæc ſola ſuperſint: *Sunt interdicta*, vel vt vulgo rectius legitur, *ſunt autem interdicta, vt diximus, duplicia*, & nihil præterea addatur. Interdicta ſcilicet vti poſsidetis & vtrubi, quæ proxime retuli ad retinendam poſſeſsionem pertinere, ſunt duplicia, vt diximus, initio ſcilicet huius legis, vbi ea interdicta docuit eſſe duplicia: non quod ſint tam recipiendæ, quam apiſcendæ poſſeſsionis, quorum nulla eſſe poſſunt, quin ſint monſtro ſimilia, ſed quod in eis vtraq; pars actoris & rei partes agat.

Ad l. 2. quod legat.

Diuerſum eſt, ſi poſtea pars legato adcreuerit. Nam hoc nomine tenentur fideiuſſores in totum.

1. §. *Quod ait prætor*, ſi per bonorum poſſeſſorem non ſtat, vt ſatiſdetur; *ſic accipimus, ſi paratus ſit ſatiſdare. Non ergo offerre debet ſatiſdationem: ſed petenti ſatis moram facere.*

2. §. *Ex hoc interdicto, qui non reſtituit, in id quod intereſt, debet condemnari.*

3. §. *Si legatarius repromiſsione retentus fuit, dandum eſt interdictum. Idem dicendum eſt, ſi legatarius pignoribus noluit ſibi caueri.*

4. §. *Si per legatarium factum ſit quo minus ſatiſdetur, licet cautum non ſit, tenetur interdicto. Sed ſi forte factum ſit per legatarium, quo minus ſatiſdetur, eo autem tempore, quo editur interdictum, ſatis accipere paratus ſit: non competit interdictum, niſi ſatiſdatum ſit. Item ſi per bonorum poſſeſſorem ſtetit, quo minus ſatiſdaret, ſed modo paratus eſt cauere: tenet interdictum. Illud enim tempus inſpicitur, quo interdictum editur.*

HOc libro Paulus expoſitis variis diuiſionibus interdictorum, cœpit primo tractare de interdictis apiſcendæ poſſeſsionis, de quibus eſt interdictum, quod legatorum, ad quod pertinent duæ leges illæ. Pertinent ad illud interdictum hæ duæ, *l. 2. quod leg. & l. 5. de adquirend. poſſeſſ.* Hoc autem interdictum datur heredi ſcripto, qui adiit hereditatem, vel agnouit bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas, aduerſus legatarium, qui non ex voluntate heredis ſcripti nactus eſt poſſeſsionem rei legatæ, cum locus eſſet legi Falcidiæ, & heredis intereſſet Falcidiam habere, quam vtique habere & ſibi ſeruare ante Iuſtinianum aliter non poterat, quam adepta poſſeſsione legati per legati retentionem, *l. 1. C. quod leg.* Falcidiæ enim heres retentionem tantum habuit, non vindicationem, *l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. leg. 93. ad legem Falcid.* Ex conſtitutione Iuſtiniani habet vindicationem Falcidiæ, atque ideo ſuperuacuum eſt hodie interdictum quod legatorum. Ante Iuſtinianum habuit retentionem tantum Falcidiæ. Itaque hoc interdicto agebat heres in hoc, vt poſſeſsionem rei legatæ, quam legatarius nactus erat, non ex eius voluntate reſtitueret, quo non reſtituente poſſeſsionem heredi, ſequebatur condemnatio in id quod intereſt, vt proponitur in hac *l. 2. §. ex hoc interdicto*: *Ex hoc interdicto*, inquit, *qui non reſtituit poſſeſsionem heredi, in id quod intereſt debet condemnari.* Nec tamen aliter ex hac cauſa heredi hoc interdictum datur, vt adipiſcatur poſſeſsionem rei legatæ, quam eo non conſentiente legatarius occupauit, quam ſi legatario, aut legatariis ſatis dederit legatorum nomine, datis fideiuſſoribus legata præſtitum iri; poſt hanc ſatiſdationem licet ei agere interdicto quod legatorum, non aliter. Aut ſatiſdandum eſt legatario, aut non recedet legatarius de poſſeſsione, etiam ſi eam nactus ſit, non conſentiente herede; ſed ſi heres ſatiſdederit legatario, cogitur recedere de poſſeſsione, vt per retentionem poſſeſsionis heres ſibi ſeruet Falcidiam, quæ interuenit. Vnde ſi heres pluribus rebus legatis, quarumdam rerum nomine ſatiſdederit, quarumdam vero nomine non ſatiſdederit, earum tantum nomine, de quibus ſatiſdedit, hoc interdictum ei datur, vt earum rerum poſſeſsionem adipiſcatur. Cæterarum vero rerum nomine hoc interdictum ei non datur, de quibus præſtandis non ſatiſdederit legatariis. Quod cum ex Vlpiano eſſet propoſitum in *l. 1. §. vlt. hoc tit.* mox additur in *l. 2.* ex hoc Pauli libro aliud eſſe dicendum, ſi verbi gratia fundi legati nomine, in cuius poſſeſsione legatarius erat, ſine voluntate heredis, heres legatario ſatiſdederit: nomine autem portionis eius, quæ per alluuionem fundo accreuit forte, non ſatiſdederit, quia & huius portionis, quam poſsidet legatarius ſine voluntate ſua heredi dabitur interdictum quod legatorum. Neque enim neceſſe eſt, vt de ea portione ſatiſdet ſpecialiter, ſatis eſt ſi de fundo ſatiſdederit. In ſatiſdatione de fundo continetur etiam id, quod poſtea alluuione vel iure accreſcendi, vel iure coniunctionis fundus maior factus eſt: id eſt, qui fideiuſsit de fundo, intelligitur etiam fideiuſsiſſe de incremento fundi, quod etiam oſtendit *l. pen. vt leg. nom. cau.* Quia & id quod accreſcit fundo vel alluuione vel iure accreſcendi, retro intelligitur ad ſtipulatorem pertinuiſſe, *l. quia retro, ad legem Aquiliam.* Diuerſum eſt, ſi non alluuione, ſed vel emptione vel adiudicatione fundo aliquid accreuerit, acceſſerit, *l. 18. §. ſi is qui vna, de dam. infec.* Quia alia quædam res eſt, aliuſve fundus, qui fundo hoc modo coniungitur; per

per emptionem scilicet vel adiudicationem, coniungitur, inquam, potius, quam accedit. Cæterum accessio, vt quod accedit iure accrescendi, vel iure alluuionis, continetur sub satisdatione fundi, nec necesse est de eo caueri specialiter: qui cauit de fundo, & de accessione cauisse videtur, quæ proprie accessio est. Et ita explicandum est quod est initio huius l. 2.

Ad §. 1.

NOtandum autem ad §. 1. hoc interdictum dari heredi scripto, aut bonorum possessori, qui agnouit bonorum possessionem secundum tabulas, si satisdederit legatorum nomine, non aliter: vel si per eum non stat quo minus satisdet. Verba edicti hæc sunt: *Si per bonorum possessorem non stat vt satisdetur.* Per bonorum possessorem, id est, per heredem scriptum, qui agnouit bonorum possessionem secundum tabulas. Videtur prætor in edicto bonorum possessoris non heredis fecisse mentionem, id est, sui heredis, qui sec. tabul. bonorum possessionem agnouisset: quia bonorum possessor prætorius heres siue successor est, & de suis successoribus maior cura prætori fuit, aut præcipua cura quam de ciuilibus, vt & in edicto superiore, quo cauetur, vt edito interdicto quorum bonorum agi possit, mentionem facit non heredis, sed bonorum possessoris. Hæc autem verba: *Si per bonorum possessorem non stat, vt satisdetur*, ita accipienda non sunt, si bonorum possessor offerat satisdationem legatorum, quia necesse non habet eam offerre. Sed ita hæc verba accipienda sunt: Si petenti legatario satisdari sibi legati nomine, moram non faciat heres in exhibenda satisdatione, in dandis fideiussoribus, si paratus sit heres postulanti legatario satisdare de præstando legato sua die, & post habitam rationem legis Falcidiæ, detractamve Falcidiam, vt scilicet ei competat interdictum quod legat. vel etiam, vt constat ex *l. 1. §. non exigit, vt in poss. legat.* vt non satisdante herede legatarius mittatur in possessionem bonorum, quæ ex ea hereditate sunt, legati seruandi causa. Vtroque casu heres non dicitur satis offerre, sed satis sibi dari desideranti continuo satisdare. Quod si petenti legatario, satisdari sibi, moram fecerit heres in præstanda satisdatione, sane heredi non competit interdictum quod legatorum ad adipiscendam possessionem, quam non ex eius voluntate nactus est legatarius, nisi scilicet hanc moram heres emendauerit ac purgauerit: moræ emendatio permittitur ex bono & æquo, vsque ad tempus editi interdicti, *l. interdum §. vlt. l. si seruum §. sequitur, de verb. obl. l. 17. de const. pec. l. qui decem, in pr. & §. 1. de sol.* Itaque si nunc heres, qui semel moram fecerit in præstanda satisdatione, quam legatarius desiderabat, nunc paratus sit satisdare, si nunc offerat satisdationem, priusquam interdicto quod legatorum experiatur, aut experiri tentet; profecto interdictum tenet, interdicti editio vtilis est. Satis igitur est eo tempore offerri satisdationem, quo interdictum heres edere instituit, nec prior mora ei nocet, quæ nunc emendatur ab herede, cum in eo est heres, vt edat interdictum quod legatorum possessionis apiscendæ causa. Et hoc etiam Paulus docet in extremo huius l. 2. Itaque si cum per legatarium stetisset, quo minus ei satisdaretur legati nomine, id est, si cum offerret heres satisdationem, legatarius noluerit satisaccipere, hoc casu procul dubio heredi competit interdictum, perinde atque si satisdedisset, quia non per eum, sed per legatarium stetit, quominus satisdaretur. Eo autem tempore quo agitur, quove editur interdictum quod legatorum, si legatarius satis accipere paratus sit, nisi tunc ei satisdederit heres, vtile ei non erit interdictum quod legatorum. Posterior cuique mora nocet vsque ad tempus redditi interdicti, vsque ad tempus litis contestatæ, vt dicta *l. 17. de const. pec. l. illud, de per. & comm. rei vend.* quis scilicet tempore iudicij accepti, id est, litis contestatæ, tempore editi interdicti, fuerit posterior in mora, spectatur. vsque ad illud tempus, integrum est cuique priorem moram emendare. Et ita accipienda sunt, quæ in hac lege habentur de mora, quæ accommodari possunt ad omnia alia negotia, in quibus moræ contrahendæ vel emendandæ quæstio interuenit.

Ad §. Si legatarius.

SAtisdationis autem verbum, quo prætor in hoc edicto vtitur, idem Paulus docet in hac *lege §. si legatarius*, quamvis eo proprie significetur fideiussorum datio, porrigi id tamen etiam ad nudam repromissionem heredis, vel bonorum possessoris, si ea contentus legatarius fuerit, vt ait, nec desiderauerit fideiussores, vel ad pignorum dationem, si legatarius pignoribus sibi caueri voluit, non prædibus, non fideiussoribus, siue sponsoribus. Legendum in hoc §. *voluit*, non, vt in Florentinis, *noluit*. *Si legatarius*, inquit, *voluit sibi caueri pignoribus.* Pignorum datio in vicem satisdationis est, volente legatario: & supra etiam legendum est, vt vulgo: *contentus*, non vt in Florentinis, *retentus*: *si legatarius*, inquit, *repromissione contentus fuit*, vt in *satisdationis appellatione, l. 61. de verbor. significat.* ad quam commodissime apponitur exemplum ex hac *l. 2. Interdum etiam repromissionem nudam contineri, qua*, inquit, *contentus fuit is, cui satisdatio debebatur.* Aut sane retentus in Florentinis, id est, *contentus*, nouo significatu, nec absurdo valde, si legatarius repromissione retentus fuit, id est, contentus. Sed pergamus. Non potest quidem heres per se solus, inuito legatario vice satisdationis fungi datione pignoris, aut pecuniæ certæ, auri argentive certi depositione, aut repromissione nuda. Denique inuito legatario non potest heres fungi alia satisfactione, quam satisdatione: volente legatario quælibet satisfactio, quælibet securitas pro satisdatione est, quia stipulatio legatorum est stipulatio prætoria, & prætoriæ stipulationes personas pro se interuenientium desiderant, id est, fideiussores, vt ait *l. 7. de præt. stip.* Et neque pignoribus quis, neque pecuniæ, vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur inuito. Addas ex hac l. 2. inuito scilicet eo, cui satisdatio debetur. aliud pro alio solui potest creditori, si pecunia debeatur, vel res, & si satisdatio debeatur. Igitur pro satisdatione præstari potest quælibet alia cautio, volenti, non inuito, vt dixi. Et nihil est præterea in hac l. secunda.

Ad l. 5. de adquir. possess.

Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, & non tradam eum, tu autem nanctus fueris possessionem, prædo es. Æque si vendidero, nec tradidero rem: si non voluntate mea nanct. is sis possessionem, non pro emptore possides, sed prædo es.

LEx 5. *de adquir. poss.* pertinet etiam ad interdictum *quod legatorum.* Datur etiam interdictum *quod legatorum* heredi scripto, vt diximus, aduersus eum, qui quid possidet ex hereditate, non pro herede aut possessore, tanquam heres, quo casu competit petitio hereditatis in eum, non interdictum *quod legatorum*, sed quiquid possidet ex hereditate pro legato, siue legati nomine, quod idem est, *l. 1. §. quia autem & §. legatorum, quod legat.* Qui, inquam, possidet pro legato, non consentiente herede scripto. Ergo qui mala fide possidet, qui pro possessore possidet, non tanquam heres, sed tanquam legatarius. Pro possessore possidet quicunque mala fide possidet, qui interrogatus, qua ex causa possideat, nullam habet, quam adferat, nisi se possidere, quod possideat. Legatarius ergo qui hoc interdicto tenetur, possidet pro legato mala fide, & pro possessore igitur possidet: denique prædo est. Prædonis nomine in iure nostro significatur non tantum fur & raptor, sed & quicunque mala fide possidet *l. sed & si lege §. vlt. de petit. heredit. l. vlt. C. vnde vi.* Quicunque impudens possessor, iniustus possessor αἰ αἰδὴς καὶ ἄδικος νομεύς, Basilic. id est, prædo. Titulus autem pro possessore hæret & quasi iunctus est omnibus titulis,

Paul. Nn

vt eleganter ait *l. nec vllam* §. 1. *de petit. hered.* Hæret autem, aut hærere poteſt titulo pro legato, titulo pro donato, titulo pro emptore, pro ſoluto. Denique aliquando qui poſſidet pro legato, pro poſſeſſore poſſidet, & huic titulo pro legato immixtus eſt, ſiue iunctus titulus pro poſſeſſore, prædonius titulus. Fingit enim ſemper prædo quiſque ſiue malæ fidei poſſeſſor titulum aliquem, *l.* 1. *§. toties, ſi quis omiſſ. cauſ.* Vnde, quæ eſt ſententia *l.* 5. *de adquir. poſſeſſ.* ſicut prædo eſt is, qui Stichi ſibi ex ſtipulatione debiti, non ex voluntate domini eiuſdemque promiſſoris, poſſeſſionem nactus eſt, licet pro ſoluto Stichum poſſideat: Itemque prædo eſt is, qui rei ſibi venditæ, non ex voluntate venditoris poſſeſſionem nactus eſt, licet eam poſſideat pro emptore. Ita etiam prædo eſt legatarius, qui non ex voluntate heredis nactus eſt poſſeſſionem rei legatæ, maxime interueniente lege Falcidia, quo caſu maxime intereſt heredis; ne etiam ſi per vindicationem legatum ſit relictum, ipſe legatarius vindicet poſſeſſionem rei legatæ ſine conſenſu heredis. Et vt emptor per ſe non venit recte in poſſeſſionem rei emptæ, vt eleganter ait *l. fundi, de adquir. poſſeſſ.* ita ſi locum habeat lex Falcidia quocunque genere legatum relictum ſit, legatarius per ſe non venit in poſſeſſionem rei legatæ. Et vt illi pro ſoluto, vel pro emptore: ita legatarius rem, quam ita occupauit interueniente Falcidia, pro legato vſucapere non poteſt, quia prædo eſt, id eſt, malæ fidei poſſeſſor: prædoni non procedit vſucapio.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LXIV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 34. De relig. & ſumpt. & l. 11. De manumiſſ.

L. 34. *Si locus ſub conditione legatus ſit, interim heres inferendo mortuum, non facit locum religioſum.*

L. 11. *Seruum, qui ſub conditione legatus eſt, interim heres manumittendo liberum non facit.*

IN libro 64. tractauit Paulus de interdicto de tabulis exhibendis proferendiſque, & de interdicto, ne quid in loco publico, vel itinere fiat. Ac primum quidem *l.* 34. *de rel. & ſumpt. fun.* & *l.* 11. *de manumiſſ.* quæ ſunt ex hoc libro, coniunctas ſimul refero ad interdictum *de tabulis exhibendis*, quo tenetur is, qui negat, ſe poſſe, aut debere exhibere tabulas teſtamenti, quas penes ſe habet, qua ex cauſa actori in id, quod intereſt, condemnari debet, veluti heredi, aut legatario, ſiue pure, ſiue ſub conditione legatum relictum ſit: heredi, quanti eſt hereditas ei teſtamento delata: legatario, quanti eſt legatum, quod ei teſtamento pure relictum eſt, quantive eſſet legatum ſub conditione relictum, ſi iam conditio extitiſſet, quia legatum conditionale, hoc caſu non æſtimatur, quanti vænire poteſt, ſed omnino tanti quanti æſtimaretur, ſi legati dies ceſſiſſet, id eſt, ſi conditio extitiſſet, contumaciæ eius, qui ſupprimit tabulas teſtamenti, plectendæ cauſa, quod oſtendit *l.* 3. *§. condemnatio, de tabul. exhib.* Neque dicas nomine eius rei, quæ ſub conditione legata eſt, interim pendente conditione, heredi potius quam legatario hoc interdictum eſſe reddendum, hac ratione, quia interim ea res pleno iure eſt heredis: Quæ ratio veriſſima eſt, *l.* 12. §. *vlt. famil. ercisc. l.* 1. §. *ſerui appellat. de Senatuſ. Syllan.* Verum ne hoc dicas, vt monui initio, quia hæc ratio non efficit, vt interim omnia poſſit heres in ea re tanquam eius rei pleno iure dominus: quanquam ſit verum, eum plenum eſſe eius rei dominum pendente conditione: non poteſt, inquam, omnia quæ pleno iure dominus poteſt, in ea re, quæ legata eſt ſub conditione, propter incertum conditionis, ne interim iniuria fiat legatario, ad quem legatum pertinere poteſt, *l. generaliter* §. *vlt. qui & a quibus man.* Neque enim, exempli gratia, ſeruum ſub conditione legatum interim manumittere & liberum facere poteſt, *d. l.* 11: quæ eſt ex hoc libro 64. Et ſimiliter locum ſub conditione legatum, interim mortuum inferendo, religioſum facere non poteſt, *d. l.* 34. *de relig.* quæ eſt etiam ex hoc libro, & coniungenda omnino eſt cum *d. l.* 11. Vnde non mirum, ſi & interim legatario conditionali potius, quam heredi deferatur interdictum de tabulis exhibendis, quaſi ſcilicet interim ea res, quæ legata eſt, in legato potius, quam in hereditate eſſe intelligatur. Nec ei, quod ait lex 11. heredem ſeruum ſub conditione relictum interim manumittendo liberum non facere, quidquam obſtat *l. quidam* §. *ſi quis filium, ad Senatuſ. Trebell.* quoniam ibi ſeruus hereditarius non fuit ſpecialiter alij legatus, ſed filius heres inſtitutus, rogatus eſt hereditatem ſorori ſuæ reſtituere, *ſi ſine liberis vita decederet.* in qua hereditate erat ſeruus, quem viuus filius manumiſit, & iure manumiſit, quia non fuerat ſpecialiter legatus, ſed veniebat tantum in vniuerſale fideicommiſſum hereditatis, quam filius rogatus erat ſorori, ſi ſine liberis vita decederet, reſtituere. Itaque ſi extiterit conditio fideicommiſſi, id eſt, filius ſine liberis vita deceſſerit, quia manumiſſio rata eſt: libertas, vt ait, fauore ſui ſeruo conſeruabitur. Ceterum heredes filij cogentur ſorori eius, ſerui pretium præſtare. Nihil etiam obſtat ſuperiori ſententiæ *l. is qui ex ſtipulatu, de obligat. & action.* quia & ea lex non eſt de ſeruo legato, ſed de promiſſo ſub conditione, quem promiſſor interim manumiſit, quæ manumiſſio rata eſt, quia in hoc ſeruo maior eſt domini poteſtas, (quamvis eum promiſerit ſub conditione, cum pro eo ſeruo poſſit defungi præſtatione pretij, exiſtente conditione,) quam ſit heredis in ſeruo teſtatoris proprio, ab herede ſub conditione legato: ergo non idem ſeruatur in ſeruo ſub conditione legato, quem heres iure non manumiſit, & in ſeruo ſub conditione promiſſo, quem promiſſor iure interim manumittit.

Ad l. 2. de tab. exhib.

Vel totum, vel pars eius.

PRæterea ad hoc interdictum de tabulis exhibendis etiam pertinet *l.* 2. *de tabul. exhibend.* quæ docet huic interdicto locum eſſe, etiamſi teſtamentum, quod non exhibetur ab eo, penes quem eſt, inconſulto, & ſine dolo malo deletum ſit in totum, vel pro parte, vt ait. hoc etiam caſu, huic interdicto locus eſt, hoc interdictum edi poteſt ab herede, vel legatario in id, quod intereſt, quia & deleti teſtamenti vſus poteſt eſſe aliquis.

Ad *l.* 1. ne quid in loco publ.

In loco publico prætor prohibet ædificare, & interdictum proponit.

DE interdicto autem, *ne quid fiat in loco publico*, ex hoc libro eſt lex prima, *ne quid in loco publ.* Prohibitorium eſt interdictum, quo prætor vetat, ne quis in loco publico ędificet, vel quid aliud faciat, neve in eum locum aliquid immittat, quo damnum priuato detur, vt puta, ne quid ędificet, faciat, vel immittat in locum publicum, qua ex re alteri proſpectus, vel lumen, vel aditus auferatur aut minuatur. Verum in hoc edicto hęc exceptio additur, pręterquam quod lege, vel Senatuſconſulto decretove Principum conceſſum eſt, quia id quod ita conceſſum eſt, iure fit in loco publico, etiamſi ex ea re lædatur alter. Et ad hanc exceptionem huius edicti proculdubio reſpicit *l.* 151. *de reg. iur.* quæ eſt ex hoc libro.

Ad

Ad l. 151. de regul. iur.

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.

ET definit, *neminem damnum facere*, id est, neminem damnum dare alteri, *nisi qui id facit*, puta in loco publico, *quod facere ius non habet*. Ergo eum, cui ius faciendi princeps vel senatus concessit, etiam cum damno siue incommodo alterius, non videri alteri damnum dare, nec hoc interdicto teneri, vt *l. 2. §. si quis a principe, ne quid in loco pub.* Itaque quemadmodum lex quæ præcedit 150. *de regulis iuris*, omnimodo pertinet ad hoc edictum ne quid in loco publico fiat, vt constat ex *d. l. 2. §. hoc interdictum.* vnde sumpta est illa lex 150. Ita hæc lex 151. ad idem edictum, eo quo retuli modo, coaptanda est.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. 2. de vi & vi armata.

Doloue malo eorum factum est, quo minus perueniret.

HIc liber fuit de interdicto vnde vi, & de interdicto vti possidetis: & de interdicto vnde vi, quod datur ei, qui vi deiectus, aut detrusus est de possessione sui prædij, possessionis reciperandæ causa. Ex eo primum habemus in *l. 2. de vi & vi arm.* ex causa huius interdicti heredem eius, qui vim fecit, qui vi deiecit alium, teneri actione in factum non in solidum, sed in id tantum quod ad cum peruenit, doloue malo, vt ait *l. 2. eius factum est quo minus perueniret*, quod seruatur in omnibus iudiciis, quæ ex delicto oriuntur, *l. 27. de dolo.* Et hoc certe interdictum oritur ex delicto, & atrocitate facinoris, vt ait *l. 1. §. interdictum, de vi & vi arm.* Et his adiecit Paulus in *l. 9. eod. tit.* quæ est ex hoc libro.

Ad l. 9. eod. & l. 155. de regul. iuris.

L. 9. Si plures heredes sunt: vnusquisque non in amplius, quam ad eum peruenerit, tenetur. Qua de causa interdum in solidum tenebitur is, ad quem totum peruenerit, quamvis ex parte heres sit.

1. §. Deiectum ab vsufructu, in eandem causam prætor restitui iubet, id est, in qua futurus esset, si deiectus non esset: Namque si tempore vsusfructus finitus fuerit, postquam deiectus est a domino: nihilominus cogendus erit restituere, id est, vsumfructum iterum constituere.

L. 155. Factum cuique suum, non aduersario nocere debet.

1. §. Non videtur vim facere, qui iure suo vtitur, & ordinaria actione experitur.

2. §. In pœnalibus causis benignius interpretandum est.

SI plures sint heredes prædonis siue inuasoris, qui vi aliquem deiecit de possessione sui prædij, singulos in amplius non teneri, quam ad eos peruenerit ex facinore defuncti, ex rebus forte simul cum prædio occupatis, quæ & in hoc interdictum veniunt, vel ex fructibus prædij qui in hoc interdictum veniunt. Itaque si quis ex heredibus sit, ad quem nihil peruenerit ex maleficio defuncti, in nihilum eum teneri: vel si quis sit, ad quem totum peruenerit, hunc solum teneri in solidum, vt id restituat actori, licet ex parte tantummodo heres sit, cæteros non teneri, ad quos nihil peruenit. Quæ est sententia huius legis apertissima & æquissima, & confirmatur a glossis multis aliis argumentis. Nouum tamen videtur id esse, vt heres ex parte, teneatur in solidum. Sed hoc possessio facit, quia possidet solidum. Quod sequitur in *dicta l. 9.* de fructuario, quem proprietarius deiecit de fundo, atque ita effecit, vt vsusfructus tempore & inusu interiret, vt vsusfructus non vtendo periret, ab vsufructu fructuario deiecto. An igitur factum proprietarij fructuario nocebit, proprietario proderit, nimirum vsufructu extincto, & post extinctionem statim consolidato proprietati? Sic videtur summo iure. Hoc modo factum proprietarij qui vim fecit, proprietario prodesse, recurrente ad eum vsufructu, per factum eius amisso, non vtendo, & fructuario nocere, quia vti non potest, quia vtendum vsurpare, siue retinere vsumfructum non potest. Sed quia iniquum hoc est, ideo hoc interdicto reddito, fructuario, qui vi deiectus est, prætor iubet a proprietario, qui eum deiecit, vsumfructum, quamvis iure summo extinctus sit non vtendo, vsumfructum fructuario restitui, id est, iterum constitui, restaurari vsumfructum. Quod proponit Paulus in posteriori parte huius legis 9. ad quam proculdubio adiecit rationem æquitatis, quæ etiam ex hoc libro extat in *l. 155. de reg. iur.* & coniungenda est cum posteriori illa parte legis 9. *quia factum*, inquit, *cuique suum, non aduersario nocere debet*, quia vis scilicet, quam fecit dominus, nocere debet domino, non aduersario, id est, fructuario qui vim pertulit, & per hoc amisit vsumfructum non vtendo, quique modo cum illo de vi hoc interdicto agit, vt vsusfructus restituatur, redintegretur. Quæ sequuntur regulæ in *d. l. 155.* etiam pertinent ad idem interdictum. *Non videtur*, inquit, *vim facere qui iure suo vtitur, & ordinaria actione experitur*, id est, legitima actione. Ordinarium & legitimum idem semper est. Vis quædam est legitima, quæ fiebat in vindiciis rerum, ex veteri formula & ex illa *l. 12. tabular. ex iure manu consertum. Manu* enim *conserere ex iure*, est ex iure vim quandam facere, ac proculdubio vis & deductio quædam solemnis fiebat, cum vindiciæ alicuius rei contendebantur inter aliquos ex 12. tabul. quam vim ciuilem & festucariam Gellius vocat *libr. 20. cap. 9.* quæ verbo dicebatur, non manu fiebat. Ad hanc vim non pertinet interdictum vnde vi, quia *non videtur vim facere, qui iure suo vtitur, & ordinaria actione experitur*, id est, qui rei vindicatione experitur, quamvis vim faciat illam ciuilem. *Vis ciuilis*, vis non est, quæ in hoc interdictum veniat. Est & altera regula in *d. l. 155. In pœnalibus causis benignius interpretandum esse*, quæ referenda etiam est ad interdictum vnde vi, de quo videtur Paulus idem scripsisse, quod Vlpianus in *l. si præses, de pœn.* Si præses ita pronuntiauerit, *vim fecisti*, si quidem ex interdicto vnde vi, id est, cum ageretur interdicto vnde vi, ita pronuntiauerit, non esse notatum infamia eum, quem pronuntiauit vim fecisse. Hoc enim interdictum non est famosum *l. 13. de vi & vi armata.* vnde & ex ea sententia non sequitur pœna legis Iuliæ de vi. Sed si cum actum esset criminaliter iudicio publico ex lege Iulia de vi, iudex quæstionis ita pronuntiauit, *vim fecisti*, aut vt est in Basilicis eleganter scriptum ex veteri more dicendarum sententiarum βίαν πεποιηκέναι δοκεῖ, *vim fecisse videtur.* Pronuntiabat enim videri modestius, quam fecisse. Cuius rei multa sunt exempla in libris nostris & aliis auctoribus. Is, inquam, de quo ita pronuntiatum est, notatus videtur ex crimine publico, quod ei obiectum erat, vel legis Iuliæ, vel de vi priuata, vel de vi publica, etiamsi vim præses aut iudex non distinxerit, sed dixerit simpliciter, *vim fecisti*: eam enim vim dixisse videtur, quæ obiecta erat iudicio

publico ex lege Iulia. At si vtriusque legis & de vi priuata & de vi publica crimina obiecta sint reo, & præses simpliciter pronuntiauerit, *vim fecisse videris*, mitior lex, vt ait *d. l. præses*, id est, lex Iulia de vi priuata, sequenda est: quia, vt definit Paulus in extrema regula *l. 155. In pœnalibus causis benignius interpretandum est*: mitior pœna, mitior lex sequenda est.

Ad l. 153. de regul. iur.

Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Vt igitur nulla possessio adquiri nisi animo & corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum.

EX hoc libro iam docui leges tres pertinere ad interdictum *vnde vi*. Idem docebo de cæteris omnibus legibus. Ac primum de lege 153. *de regul. iuris.* cuius posterior pars repetitur in *l. 8. de adquir. possess.* In hunc enim tractatum de interdicto *vnde vi* cadit hæc quæstio, Vtrum possessio retineatur vel amittatur vel adquiratur solo animo solove corpore, an animo simul & corpore? Et constat possessionem retineri solo animo; ideoque etiam eum, qui corpore suo vel alieno non insistebat prædio, animum tamen habebat possidendi prædij, vi deiectum videri ex possessione, si rediens in ipsum prædium vi prohibitus fuerit ingredi, *l. 1. §. siue autem, de vi & vi arm.* Amitti autem possessionem corpore absque dubio, si quis vi possessione expellatur, & animo simul, quia fieri non potest, vt qui expulsus est, non abiecerit animum possidendi: atque ita, vt ait *d. l. 153. sicut nulla possessio adquiri potest nisi animo & corpore*, quod est certissimum & perpetuum, *ita nulla possessio amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est*, id est, nulla amittitur, nisi animo possessor simul & corpore desinat possidere. Et vtitur Paulus in hac l. comparatione obligationis, vt & in *l. quamvis, inf. de adquir. poss.* Obligatio eodem modo dissoluitur, quo contrahitur, vt puta verbis dissoluitur per acceptilationem, quæ verbis contracta est, id est, per stipulationem. Re dissoluitur, quæ re contracta est, exempli gratia: Obligatio contracta numeratione mutuæ pecuniæ, renumeratione, & resolutione quantitatis eiusdem dissoluitur. Et similiter nudo dissensu dissoluitur, quæ nudo consensu contracta est, *l. prout, de solut. l. 35. de regul. iur.* Denique eodem genere exsoluimur quo obligamur, & olim quoque nominibus contracta obligatio per scripturam mensæ argentariæ, dissoluebatur per scripturam mensæ, quod Terentio est *rescribere* & *perscribere. Argentum*, inquit, *iube rursum rescribi Phormio. Quod? ne ego perscripsi porro illis, quibus debui?* Verum addit Paulus articulum *fere in hac l. 153.* quo hanc definitionem temperat, *fere*, id est, plerumque, *le plus souuent.* neque enim obligatio contracta verbis, semper verbis dissoluitur, sed etiam potest dissolui alio genere, veluti solutione, *d. l. prout, de solut.* Vtitur etiam Paulus in hac lege comparatione dominij: *dominium quibus modis adquiritur, iisdem etiam in contrarium actis amittitur.* Adquiro dominium rei traditione mihi facta a domino. Et rursus id amitto traditione eius rei, a me alteri facta ex iusta causa transferendi dominij. Tria sunt, quæ adquirimus, vel amittimus, obligatio, dominium, possessio: nullum est quartum. Hæc tria comparat inuicem Paulus in *d. l. 153.* obligationem eodem modo dissolui, quo contrahitur: dominium, eodem modo amitti quo adquiritur: possessionem eodem modo amitti, quo etiam adquiritur. Et illud *fere* quod ponit Paulus initio legis, pertinet ad omnia illa tria. Iam docui pertinere ad obligationem: pertinet etiam ad dominium, quia dominium rei, quod exempli gratia quæsiui alluuione, amitto etiam alio modo, quam aluuione, veluti traditione, & mancipatione. Et similiter possessionem, quam quæsiui animo & corpore, neque enim aliter eam quærere possum, quam si vtrumque concurrat, si velim possidere, & si rem corporaliter apprehendam. Possessio, inquam, quam quæsiui animo & corpore, quamvis non amittam corpore solo, nisi eo sim animo, vt nolim possidere, quia animo solo retinere possessionem possum, amitto tamen eam animo solo, etiamsi corpore meo possessione non abscesserim, vt puta, si alieno nomine rem possidere cœperim. atque ita non omnino vt adquiritur & amittitur possessio: non adquiritur animo solo, & amittitur tamen animo solo Cæterum corpore solo neque adquiritur neque amittitur, quod ostenditur in *l. 3. §. in amittenda, l. 7. §. 1. l. 18.* & passim in tit. *de adquir. poss.* Et perquam eleganter hac de re Bulgarus, *Si quæris*, inquit, *an possessio amittatur corpore? respondeo non corpore amitti, sed corpore & animo: si vero an animo amittatur? respondeo amitti animo.* Sed de his satis, quia & ea iam exposuimus lib. 54. *ad l. 3. de adquir. possess.* Nunc addamus explicationem comparationis propositæ in hac *l. 153.* Ac præterea de interdicto *vnde vi*, notandum hoc est, eum, qui a me vi aut clam, aut precario possidet, id est, qui me vi expulit possessione, vel qui me prohibente possidere cœpit, vel qui me inscio furtiue ingressus est in possessionem fundi mei, vel is, cui precario rem meam possidere permisi, vno verbo, qui a me vi, vel clam, vel precario possidet, Rhetores dicunt βίᾳ, λάθρᾳ ἢ αἰτήσει, eum, inquam, non habere interdictum vnde vi aduersus me, si eum deiecero vi, nisi id fecero coactis hominibus armatis, vi armata. Sed si alius eum vi deiecerit, a quo non possidet, qui a me possidet vi, aut clam, aut precario, non ab alio, si, inquam, alius ille, eum vi deiecerit, hoc interdictum habere aduersus illum redintegrandæ amissæ possessionis causa, *l. 1. §. qui a me, & l. 14. de vi & vi arm.* Paulus 5. sentent. *Qui vi*, inquit, *aut clam, aut precario possidet ab aduersario impune deiicitur, ab aduersario scilicet, nec timet interdictum vnde vi.* Vnde & in lege Thoria, quam dedit Roma, vbi in lapide incisa inuenta est: *Qui*, inquit, *ex possessione videiectus est, quod eius is, qui deiectus est possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit, ab eo, qui eum ea possessione vi deiecerit, facito vt restituatur.* Quibus verbis plane significatur, interdictum hoc dari tantum ei, qui nec vi, nec clam, nec precario possidet ab eo, qui eum vi ex possessione deiecit, vel qui ab alio quidem vi aut clam aut precario possidet, sed non ab eo, qui eum ex possessione deiecit vi. Nam & hoc interdictum iniusto possessori datur, modo non ab eo, aduersus quem dedit interdictum, iniuste siue vitiose possideat. Quod seruari etiam in interdicto vti possidetis ex hoc ipso libro Paulus scripsit in *l. 2. vti possid.* nempe dari interdictum vti possidetis ei, qui vi aut clam aut precario possidet ab alio tuendæ iniustæ suæ possessionis causa siue retinendæ, non etiam dari ei, qui vi, aut clam, aut precario possidet ab aduersario, quo cum agit hoc interdicto: aduersus cæteros, quos actor possidere negat, quamcumque possessionem interdicto vti possidetis, iustam vel iniustam ei proficere. aduersus eum, cum quo agit interdicto vti possidetis iustam duntaxat, proficere, non iniustam & vitiosam possessionem, vt puta, si ab eo possideat vi aut clam, aut precario, vt *l. vlt. de adquir. possess.* Et his de rebus tractans Paulus videtur etiam scripsisse, quod est in *l. 11. de adquir. poss. iuste possidere eum, qui auctore prætore possidet.* Eam scilicet maxime iustam possessionem esse, & proficere aduersus omnes, etiam aduersus dominum qui prætorem auctorem habet, vt *l. 1. §. quæsitum, quod leg.* & possessori patere Publicianam actionem, si possessionem amiserit, nondum impleta vsucapione, *l. 18. §. pen. de dam. infec. l. & generaliter, de noxal. act.*

Ad

Ad l. 61. de verb. signif.

Satisdationis appellatione interdum etiam repromissio continebitur. Qua contentus fuit is, cui satisdatio debebatur.

PORRO huic libro 65. etiam adscribitur *l. 61. de verb. signific.* quæ ait, *satisdationis appellatione* (qua proprie significatur datio fideiussorum) *interdum etiam nudam repromissionem contineri*, nudam cautionem, *qua contentus*, inquit, *fuit is, cui satisdatio debebatur.* Et meo iudicio ea lex huic libro vitiose adscribitur, & reddenda potius est libro 63. & interdicto quod legatorum, non interdicto vnde vi, de quo hic liber 65. fuit. Idque liquido constat ex *l. 2. §. si legatarius, quod legat.* quod & ibi docui: In edicto quidem ita dari, aut permitti heredi interdictum quod legatorum, si legatario, qui legatum occupauit sine voluntate heredis, heres satisdederit legati nomine, quod sane est, si fideiussores dederit. Verum, vt ait §. *si legatarius*, idem erit, si cauerit ipse heres stipulanti legatario, nec dederit fideiussores, si modo legatarius ea cautione contentus fuerit. Idemque est, si legatarius sibi pignoribus caueri satis habuerit. Nullum ad legem 61. potest accommodari proprius exemplum, quam ex illo tractatu de interdicto *quod legat.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXVI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 5. quem. seru. amitt. & l. 2. de vsucap.

L. 5. Seruitus & per socium, & fructuarium, & bonæ fidei possessorem nobis retinetur.

L. 2. Vsurpatio, est vsucapionis interruptio. Oratores autem vsurpationem, frequentem vsum vocant.

EXposuit in hoc libro Paulus interdictum de itinere actu priuato, quo prætor tuetur quasi in possessione seruitutis eum, qui hoc anno retrorsum computato ex die redditi interdicti, non minus, quam mense vno, itinere actuve priuato, non vi, non clam, non precario, vsus est, per fundum alienum, vbi nihil interest, vsus quis ea seruitute fuerit, an socius eius, an fructuarius, an bonæ fidei possessor. Nam & per eos, ei cui competit seruitus, seruitus retinetur, & vsurpatur, *l. 5. quemad. seru. amitt.* quæ est ex hoc libro. Itemque per seruos, si serui itinere vtantur, non etiam dominus: & per colonos, per amicos, & hospites, *l. 1. §. vti vid. de itin. actuque priu.* Et per eum etiam, cui precario is, cui iter debetur, fundum dedit, *l. 1. §. pen. eod. tit.* Imo & per malæ fidei possessorem, vt docui in *l. 2. de vsurp. & vsuc.* lib. 54. Nihil etiam interest, vt sit huic interdicto locus, hoc anno itinere vel actu, vel via vsus quis recte fuerit, id est, non vi, non clam, non precario, ab eo, quo cum interdicto agit, nec aliter postea vsus fuerit, an vero postea eo fuerit vsus vi, aut clam, aut precario. Nec enim ideo minus hoc interdictum ei dabitur tuendæ quasi possessionis causa, *l. 1. §. vlt. eod. tit.* Nam vt eleganter ait Paulus in *l. 2. eod.* quæ est ex hoc libro, quod aptari potest ad plerasque alias causas, *corrumpi aut commutari non potest superueniente delicto, quod semel recte transactum est.* Quomodo etiam dicitur recte inchoatam vsucapionem non interrumpi superueniente mala fide, *l. bonæ fidei §. in contrar. de adquir. rer. dom. l. 4. §. de illo, inf. de vsurp. & vsuc.* mala fides est delictum. Et accommodari etiam hic recte potest, quod ait lex *clam, de adqu. possess. non rationem obtinendæ possessionis, sed originem nanciscendæ possessionis exquirendam esse*: neque enim, quæ recte initio possessa possessio est, corrumpitur superueniente mala fide. Et huic quidem l. 2. statim applicanda est *l. 6. eod.*

Ad l. 6. de Itinere actuque priu.

Sicut non nocet ei qui sine vitio vsus est, quod eodem anno vitiose vsus est: ita emptori heredique non nocebit quod ipsi vitiose vsi sunt, si testator venditorve recte vsi sunt.

IN qua exemplo huius sententiæ, quæ definit, non nocere ei, qui sine vitio vsus est hoc anno, itinere, actuque priuato, id est, qui non vi, non clam, non precario vsus est: quæ tres sunt vitiosæ possessionis, aut quasi possessionis species. Ei, inquam, qui hoc anno sine vitio vsus est seruitute, non nocere, quod eodem anno postea vitiose ea seruitute sit vsus, quia vsus initium fuit iustum. Hoc exemplo etiam ait, emptori fundi, cui seruitus debetur, & inhæret, heredive eius, qui recte ea seruitute vsus est, non nocere, si emptor vel heres vitiose ea vsus sit, quia etiam emptori hoc interdictum de itinere actuque priuato competit. Eiusque formula exstat in *l. 1. de interd. Quo itinere venditor vsus est, quo minus emptor vtatur vim fieri veto.* Et idem hoc seruatur, quod ad vsucapionem attinet in herede, quatenus vsucapionem bona fide cœptam a defuncto ipse heres implet, licet malæ fidei possessor sit, sed non seruatur etiam in emptore, vt exposuimus in *l. 2. §. si eam rem, & §. seq. pro empt.* libro 54. Porro ad hoc etiam interdictum de itinere actuque priuato referenda est *lex 29. de verb. signif.* quæ est ex hoc ipso libro & referenda est hoc modo.

Ad l. 29. de verb. signif. & l. 2. de riuis.

Coniunctionem enim nonnunquam pro disiunctione accipi Labeo ait: vt in illa stipulatione, mihi heredique meo te, heredemque tuum.

L. 2. Labeo non posse ait ex aperto riuo terrenum fieri: quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus, vel hauriendi aquam. quod sibi non placere Pomponius ait: quia id domino magis ex occasione, quam ex iure contingeret, nisi ab initio in imponenda seruitute id actum esset.

QVamvis in edicto coniunctim ita scriptum sit, *quo itinere actuque priuato*: tamen & de alterutro hoc interdicto recte agi, vel de itinere tantum, vel de actu tantum; & sufficere, si is, qui agit interdicto, de itinere actuque priuato, etiamsi his verbis vtatur (vt plerumque actiones concipiuntur, sicut edicta,) si probauerit alterutrum, videlicet vel se hoc anno itinere vel actu vsum esse, quod & ita proditum est in *l. 1. §. si hoc interdicto, de itin. actuq. priu.* Coniunctionem enim, *vt ait lex 29. de verbor. signif.* interdum pro disiunctione accipi, vt & in illa stipulatione: *mihi heredique meo dari*, quoniam satis est alterutri dari: & in illa, *te heredemque tuum dare*: quoniam satis est alterutrum dare. Qua de re etiam Paulus fusius scripsit libro 59. Exposuit autem hoc libro Paulus, (& hic est finis,) interdictum de aqua quotidiana & æstiua, quod in edicto perpetuo sequitur illud de itinere actuque priuato. Et de eo quoque interdicto quod subsequitur tertium, quod est de riuis reficiendis aut purgandis, aquæ ducendæ causa. Et in huius tractatione inter cætera *l. 2. de riuis*, quæ est ex hoc libro, proposuit ex Labeone, non posse ex aperto riuo, quem quis habet in alieno fundo, aquæ ducendæ causa, subterraneum fieri, quia domino fundi aufertur commodum aquandi pecoris, vel commodum hauriendæ aquæ: & contra ex Pomponio, posse ex riuo aperto subterraneum opertum fieri. Quia vt ex riuo dominus hauriat aquam, vel vt appellat pecus, *hoc magis dominus fundi habet ex occasione*, id est, ex opportunitate tempestiuitatum accedente, quæ commoditas non est ei inuidenda ab eo, cui aquæ seruitus debetur, commodum igitur habet magis ex op-

portunitate & occasione e re nata, quam suo iure. Sed si ita sit fundo imposita seruitus aquæ ducendæ nominatim, vt riuus fiat apertus, non opertus, tunc dominus fundi id iure suo habet, vt ex riuo hauriat aquam, vel vt in eum pecora appellat. Et hoc sane casu vera est sententia Labeonis, non aliter. De hoc interdicto etiam est liber 67. Explicit liber sexagesimus sextus.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LXVII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 6. quod vi.

Si ego tibi mandauero opus nouum facere, tu alij: non potest videri meo iussu factum, teneberis ergo tu, & ille. an & ego tenear videamus. Et magis est, & me, qui initium ei præstiterim, teneri. Sed vno ex his satisfaciente cæteri liberantur.

IN hoc libro Paulus egit potissimum de interdicto quod vi, aut clam, quo tenetur is, qui vi, aut clam opus nouum fecit in alieno solo, vel in suo, ex quo alij damnum detur, aut dari possit, vt opus quod fecit restituat vel tollat, vel vt post opus restitutum ab alio damnum sarciat, quod ex ea re contigit, & impensam factam in restitutionem præstet, *vt l. 11. §. quod ait, quod vi aut clam, l. 4. §. vlt. de aq. & aqua pluu. arc.* At non tantum is, qui opus fecit vi aut clam, sed & is, cuius iussu aut nomine factum est opus, quive quod factum est ratum habuit, hoc interdicto tenetur, quia interdictum scriptum est in rem, & generaliter, nempe hoc modo: *Quod vi aut clam factum est*, non in personam, *quod vi aut clam fecisti, l. 5. §. vlt. quod vi aut clam.* Eodem modo, quo & actio *quod metus causa gestum erit*, quæ ob eam rem dicitur scripta in rem, id est, generaliter, non in personam, neque enim ita concipitur, *quod metus causa fecisti*, sed, *quod metus causa factum est, vt id restituatur, rescindatur, l. 9. §. animaduertendum, & §. vlt. de eo quod metus caus.* Itaque memineris actionibus in rem scriptis adiungi interdictum, quod dicitur quod vi aut clam. Nam & actionis appellatione interdictum continetur. Et ideo vt Paulus scribit in *l. 6. quod vi aut clam*, quæ est ex hoc libro: Si ego tibi mandauero, vt opus nouum faceres vi aut clam, quo noceres alteri, tu opus non feceris, sed idem mandaueris Titio, vt opus faceret, & Titius fecerit tuo nomine ex mandato tuo, etiam tu teneberis interdicto quod vi aut clam: quia iussisti siue mandasti Titio, vt opus faceret, & Titius quia opus fecit: ego quoque etiamsi neque opus fecerim, neque Titium id facere iusserim, eodem interdicto teneor ei, cuius interest: teneor, quia huius rei auctor sum primus, quia huic rei initium præstiti. Quod Doctores nostri trahunt ad eum, qui mandauit homicidium fieri, vel si is cui mandatum est homicidium fieri, idem alij demādauerit, qui & homicidium perpetrarit, vt omnes teneantur lege Cornelia de sicariis. Sententia igitur legis 6. hæc est: Si tibi mandaui, vt opus nouum faceres, quo damnum daretur alteri, tu non feceris, sed alij mandaueris faciendum, qui opus fecerit, & ego, & tu, & ille omnes tenebimur interdicto quod vi aut clam. Verum vno ex nobis satisfaciente actori, cæteri liberantur. Quod tamen non posset trahi ad speciem illam homicidij, propterea quod ea causa pœnalis est. Verum in hac specie vno satisfaciente, cæteri liberantur, quia interdictum non pœnæ, sed rei persecutionem siue restitutionem continet, & plures eandem rem eidem præstare æquitas non patitur. Quod & ita seruari in actione quod metus causa recte notauit Accursius ex lege, quam diximus, *de eo quod metus causa*, & quod idem Accursius etiam recte animaduertit in *l. prox. §. vlt. sup.* Obseruandum est, quemadmodum ponatur species in *l. prox. §. vlt.* & quemadmodum in hac lege 6. quoniam diuersæ sunt species, nec permiscendæ: Si tibi mandaui, vt opus faceres, tu idem alij mandaueris, qui & id fecerit, & tu teneberis, & ego, & ille, vt in hac lege 6. Si vero tibi mandaui, vt opus fieri alij mandares, non vt faceres, & id alij mandaueris, qui & opus fecerit, ego quidem teneor interdicto quod vi aut clam, aut ille, sed non etiam tu, quia tu non iussisti vltro, tua sponte, sed ex mandatu meo a me interposito. Sequitur in eod. tit. l. 16. quæ est ex hoc libro.

Ad l. 16. eod

Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest.

1. §. Si quis vi aut clam arbores non frugiferas ceciderit, veluti cupressos, domino duntaxat competit interdictum. Sed si amœnitas quædam ex huiusmodi arboribus præstetur: potest dici & fructuarij interesse propter voluptatem & gestationem, & esse huic interdicto locum.

2. §. In summa qui vi aut clam facit, si possidet, patientiam & impensam tollendi operis: qui fecit, nec possidet, impensam: qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.

INitio ait: hoc interdictum competere ei, cuius interest opus non fieri, quod vi aut clam factum est, vt *l. 11. §. si fundus, & §. vlt. & l. 15. §. vlt. hoc tit.* Vnde apparet & in *l. 15. §. in hoc interdicto*, rectius vulgo legi, *quanti actoris interest, id opus factum non esse*, non vt Florentiæ: *quanti actoris interest, id opus factum esse.* Competere ergo hoc interdictum ei, cuius interest opus non fieri, etiamsi fundi, in quo opus factum est, & operis dominus, aut possessor non sit. Veluti competere non domino tantum, sed etiam colono, vel fructuario fructuum nomine, l. 12. *hoc tit.* At tunc sane soli domino competere, cum nullus exstet alius, cuius intersit opus non fieri: vt si quis vi aut clam non frugiferas arbores cæciderit, veluti cupressos, inquit, quas & fructu superuacuas esse Plinius dixit, pro *vacuas.* Hoc casu domino duntaxat competit interdictum non colono vel fructuario. Verum addit exceptionem, *si amœnitas quædam ex cupressis præstetur*, forte ex odore, vt glossa notat, nec male, εὐώδης κυπάρισσος Odyss. 5. & subiicit: *Potest videri & fructuarij interesse, non succidi cupressos, propter voluptatem & gestationem*, vt scilicet sella gestatoria valetudinis causa per eum locum vehi posset, qui & arboribus sit infructuosis opacus. Ideoque ex hac causa fructuario competere interdictum quod vi aut clam, si quis arbores infructuosas cæciderit, vt damni æstimatio fructuario præstetur. Nam & in aquæ constituenda seruitute, non abs re amœnitatis habetur ratio, *l. hoc iure*, in *princ. de aqu. quotid. & æstiu.* Quin & semper iuuat aquam in suo agro habere, vel in suum agrum aquam inducere, etiamsi vtilis non sit, *l. ei fundo, de seruit.* Nec iis quicquam obstat *l. 7. eod. tit.* quæ ait: Vt pomum siue poma, quod nomen generale est, mihi in alieno agro decerpere liceat, vt spatiari, deambulare, cœnare, mihi in alieno agro liceat, seruitutem imponi non posse, de qua scil. agitur. Ait recte *seruitutem* de qua scilic. in eo titulo agitur, seruitutem in rem, seruitutem prædialem, quam prædium prædio vicino debeat, ita recte non imponi, quia nihil ea res ad vtilitatem pertinet vel amœnitatem, vel *habentiam*, vt veteres loquebantur, *Animus*, inquit, Actius, *habentia inflagratur*, id est, opulentia inflatur. Nihil, inquam, ea res ad vtilitatem, vel amœnitatem, vel habentiam prædij mei pertinet. Plus dico, etiam eo modo non videri constitutam seruitutem personalem, quia vt liceat in alieno pomum decerpere vel spatiari, vel cœnare, hæc facultas neque vsui neque fructui similis est, & ideo ne hoc

ne hoc quidem modo hæc seruitus, in personam seruitus A constituta esse intelligitur. Verumtamen, quod notandum est, non inutiliter tamen de ea re inter se vicini vel amici conueniunt, quia conuentio huiusmodi iusta est, & obligationem parit ex contractu bonæ fidei, id est, ex lege contractus bonæ fidei, vel ex stipulatione, si hac de re interposita fuerit, vt sinas me pomum de tuo agro decerpere, & vt sinas me, cum mihi commodum erit in agro tuo spatiari vel cœnare: Finge me tibi vendere prædium ea lege, vt mihi in eo quandoque spatiari, aut cœnare liceat. Ex lege venditionis proculdubio nascetur obligatio, qua erit obstrictus emptor, heresque emptoris. Et ita in *l. venditor, communia prædiorum*. licet neque in rem, neque in personam possit imponi seruitus huiusmodi, *ne liceat in mari piscari*, quod patet omnibus, vt puta si venditor in venditione fundi hanc legem dixerit, ne contra alium suum fundum, quem retinebat, piscatio Thynnaria exerceretur, quæ B est species *l. venditor*. Venditor habebat duos fundos maritimos, vnum retinuit, alterum vendidit ea lege, ne emptor contra fundum, quem retinebat, Thynnariam piscationem exerceret: neque seruitus in rem, neque in personam imposita intelligitur, quia nec imponi potuit mari; emptor tantum in hoc obligabitur, heresque eius, ne vt conuenit contra eum fundum Thynnariam piscationem exerceat: obligatur, inquam, emptor, vt hanc legem venditionis seruet iudicio ex vendito, vel ex stipulatione si venditioni subiecta stipulatio fuerit. Et hæc est sententia *d. l. venditor*. vbi piscationem Thynnariam accipe vel specialiter vel generaliter, quam exercent qui Latine cætarij dicuntur, & Græce θυννοσκόποι: nam & cete Latini etiam Thynnos & C Thunnos dixere maiora quæque piscium genera. Imo & maiora quæque animalia etiam terrestria: similes autem species duæ aliæ duci possunt ex *l. 12. de an. leg. & l. vlt. §. vlt. de cont. empt.* In quibus scilicet neque realis, neque personalis seruitus imposita intelligitur vtiliter. Obligatio tamen personalis contracta esse intelligitur ex conuentione, vel ex testamento, ex causa legati, aut fideicommissi.

Ad §. vlt. l. 16.

IN §. vlt. Paul. definit, hoc interdicto quod vi aut clam, eum, qui opus nouum fecit vel fieri iussit, si opus possidet, patientiam & impensam tollendi operis præstare debere. Adde & damnum, quod ex eo datum fuerit. Hoc D enim licet addere ex *l. 4. §. vlt. & l. 5. & l. 13. de aq. & aq. pluu.* Eum vero, qui opus fecit, vel fieri iussit, & non possidet opus, impensam tollendi operis præstare debere. Frustra a non possessore desideraretur patientia. Eum vero, qui opus non fecit & possidet tamen opus, quod factum est, patientiam tantum præstare debere, vt *l. 13. §. vlt. & l. 14. inf. hoc tit.* Cum hoc tamen modo, si is, qui opus restituere vult, possessori caueat damni infecti, *d. l. 5. de aqua & aqua pluu. arc.* Et nihil est præterea in hac l. 16. Verum ad hæc notandum est, interdictum quod vi aut clam post annum vtilem non dari in eum, qui opus vi aut clam fecit, aut factum habet: annuum est interdictum. Notandum est, hoc etiam interdictum dari in heredes, cæterosque suc- E cessores eius, qui opus fecit, non in solidum, sed de eo, quod ad eos peruenit, *l. 15. §. hoc interdicto, quod vi aut clam.* Et in heredes quidem de eo, quod ad eos peruenit ex delicto defuncti, dari perpetuo, etiam post annum, cum & in ipsum delicti auctorem, de eo, quod ad eum peruenit, hoc interdictum detur perpetuo. nam vt hoc libro Paulus generaliter definiuit in *l. pen. de interd. ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his, &c. post annum iudicium dabo.* Definitio est Sabini. Exemplum ergo apponatur ad hanc legem *pen.* quæ nihil præterea habet, de interdicto quod vi aut clam, quod in eam, qui vi aut clam opus fecit est annuum, sed de eo, quod ex ea re locupletior factus est, id est, de eo, quod ad eum peruenit, est perpetuum. Potest etiam apponi exemplum de interdicto vnde vi, quod etiam de eo, quod ad eum peruenit, qui vim fecit, est perpetuum: cæterum est annuum, *l. 1. in princ.* vbi id ita expressum est ex edicto ipso, *l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* Potest etiam apponi exemplum ad eam definitionem de interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est rei seruandæ causa, *l. 1. §. vlt. ne vis fiat.* Et ratio huius definitionis Sabinianæ ea reddatur, quæ redditur etiam in actione de dolo, quæ etsi annua sit ex edicto, hodie biennij ex constitutione Constantini, actio, inquam, de dolo etiamsi annua sit ex edicto, tamen in eum, qui dolum admisit de eo, quod ad eum peruenit, & in heredem quoque eius, de eo quod ad eum peruenit, est perpetua, *l. 29. §. vlt. l. 30. de dolo.* Quia vt ibi ostenditur, subnotatur ratio, *de eo quod peruenit, agitur potius calculi ratione*, nempe vt subducatur ratio eorum, quæ ad eum peruenerunt, eaque restituantur actori, *quam maleficij nomine*. In actione de dolo, de maleficio potissimum quæritur, & calliditate, & aduersarij versutia: In actione, quæ est in factum potius, quam de dolo, qua agitur de eo quod ad eum peruenit, de rei restitutione nuda tantum agitur. Et hæc ad *l. pen. de interd.*

Ad l. 64. de verbor. signif.

Intestatus est, non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam, cuius ex testamento hereditas adita non est.

HVic libro etiam adscribitur lex 64. *de verb. signif.* sed meo iudicio perperam, neque enim quidquam pertinet ad hunc librum. Ait l. 64. *Intestatum videri non tantum eum, qui testamentum non fecit: sed etiam eum, cuius ex testamento adita hereditas non est.* Qua ex causa irritum dicitur testamentum, & destitutum & desertum. Vnde & illius testamenti nullæ sunt vires, quia ex eo nullus heres extitit. Hoc vero nullo modo pertinet ad interdictum quod vi aut clam, de quo hic liber fuit, sed pertinet potius ad interdictum de tabulis testamenti exhibendis, de quo actum est libro 64. Reddenda est igitur ea lex libro 64. Nam & interdicto de tabulis exhibendis destitutæ tabul. testamenti, vel quæ alio quocunque vitio laborant, tabul. nullæ, irritæ, ruptæ tabulæ, intestati facti testatoris, per repudiationem heredis, ei cuius interest, exhibendæ sunt, quoniam & earum sicut & deletarum vsus potest esse aliquis. Idque etiam ita proditum est in *l. 1. §. fine autem, de tab. exhib.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LXVIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

SI hæc ætas mea ingrauescens, & quæ omnium communis natura, me contra laborem patientem esse siuisset, atque si me feriæ non abduxissent a suscepta, iamque proxime ad finem perducta interpretatione edicti perpetui, quam Iulius Paulus scriptam reliquit, omnino ab ea non destitissem. Ita eram comparatus ab animo. Sed quo is ferebatur, quo minus ad id pertenderem statim sine intermissione pertingeremque, imbecilla hæc compages corporis, qua animus tenetur inclusus, fecit: quæ & vix tulit, vt illa tempestiua laboris intermissione alacrior ad laborem redirem: quinimo facilius ei forte fuisset me paululum quidem temporis a labore respirare, quam a respiratione ad laborem eundem reuolui denuo. Valere enim in primis in me sentio, quod ex veteribus quidam ait, consuetudinem vix sentire magnum laborem, intermissam desiderare nouas vires. At vicit tandem erga vos propensissima volun-

tas, tum etiam perpetui moris ineundi ratio, qui nunquam soleo aliquid inchoare, quin ad fastigium perducam: nec vicit quidem hoc solum, verum etiam vt quasi iam opere perfecto, quia semper ad dicendum me pauperem esse credidi, simul vt ad docendum locupletiorem me facere perseuerarem. Itaque absolutis residuis Pauli libris, quod faciente Deo fiet intra 30. dies: resident enim decem tantum, & ij quidem satis breues, & ex iis quorumdam is est modus, vt vno die facile absolui possint, vt hodie fiet de libro 68. Certum est mihi interpretari titulum de actionibus empti, deinde titul. de euictionibus, qui maxime interpretem vnum desiderant in hac parte Digestorum, cui ex ordine maiorem annij partem daturi simus operam. Ac prius Deum omnipotentem inuocemus supplices, delictorum venia petita, & rite precemur mentis flore, νῦς ἄνθ, vt Zoroaster ait, & votiua mente vt iuuet nos, & bene prosperet & promoueat studia nostra, atque in eis nonnisi vera consectantibus, & conquirentibus nobis, vt maiestatis & numinis sui sanctissimi clarissimam lucem porrigere & prætendere velit per Iesum Christum Dominum nostrum, in quo & illi & Spiritui sancto indiuiduum consortium, & sempiterna laus est.

Liber 68. Pauli est de interdicto Saluiano: superiores proximi 5. fuerunt de aliis interdictis: hic est de interdictis vltimis, & proprie, vt dixi *de interdicto Saluiano*, quo creditor pigneratitius persequitur nudam possessionem rerum debitoris sibi pignori obligatarum. Idem persequitur actio Seruiana, quæ hypothecaria dicitur: nam & hæc nudam possessionem auocat, *l. si cum venditor, de euict.* sed in rem est actio, nec personam obligat, aut petit, *d. l. si cum venditor, & l. pignoris, C. de pignor. l. 2. C. si vnus ex plur. hered. cred.* Interdictum autem Saluianum est in personam. Sicut interdicta omnia, licet videantur concepta in rem, id est, generaliter, quia nominatim & diserte non notant personam eius, in quem concipiuntur: vi tamen ipsa personalia sunt, *l. 1. §. pen. de interd.* Quamobrem interdictum Saluianum directe datur aduersus debitorem tantum, qui pignus tenet, *l. 1. C. de prec. & Salu. interd.* Actio autem Seruiana datur aduersus quemlibet possessorem. In rem actionem possessio parit aduersario, *l. vn. C. de alien. iud. mut.* Quæ autem de actione Seruiana iure prodita sunt, plerumque & in interdicto Saluiano locum habent. Vnde & quod proditum est ex hoc Pauli libro in *l. 7. de pignoribus.*

Ad l. 7. de pignorib.

Vel quæ in vsum quotidianum habentur, Seruiana non competit.

OBligatione generali rerum, quas quis habet habiturusve sit, non contineri ea, quæ verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse: vt puta, quæ debitor in vsu quotidiano habuit, ideoque de his Seruianam non competere. Idem omnino ipsemet Paulus scriptum reliquit de interdicto Saluiano *lib. 5. Sentent. tit. 6.* his fere verbis: Omnibus bonis obligatis, quæ habet, quæque habiturus est, ea non obligari, quæ in vsu quotidiano habet. Ideoque de iis nec interdictum reddi. Interdictum Saluianum scilicet. Non reddi igitur de veste: non reddi de mancipiis, quorum ministeria debitori maxime necessaria sunt: non reddi de supellectile. Nam & lex 6. *hoc tit.* nominatim ait, quod memoriæ habere operæ pretium esse puto, generali hypotheca non contineri supellectilem, non contineri vtensilia, quia & hæc ad vsum quotidianum patrisfamilias parata sunt, *l. 7. de supell. leg.* Etiam additur in *l. 8. hoc tit. & eod. loco Sentent. Pauli, & l. 1. C. quæ res pignor. oblig. non posseß.* generali obligatione omnium bonorum præsentium & futurorum non contineri ancillam, quæ est in concubinatu debitoris, nec filios naturales ex eo concubinatu quæsitos, nec alumnos. Cæteraque quæ vsque eo animus sibi applicuit, vt ab illis quam a vita diuelli, grauius esse ducat. Qua ratione etiam bonis omnibus debitoris possessis & venditis ex edicto prætoris, excipiuntur concubina & liberi naturales, *l. pen. de reb. auct. iud. poss. sine de priuil. cred.* In generali sermone semper quædam tacite excipiuntur, *l. 9. de seruit.* Pater qui filiofam. permisit liberam peculij administrationem, non profuse ei omnia permisisse videtur, sed ea tantum, quæ & specialiter permissurus esset, *l. qui peculij, de pecul.* Itaque nec donare ei permittitur rem peculiarem, nec pro alio pignori dare, nec alienare in fraudem creditorum, *l. 1. §. 1. quæ res pignor. ob. non poss. l. si pater filiof. quæ in fraud. cred.* Princeps, qui libertino concessit liberam testamenti factionem, non continuo etiam videtur ei remisisse omnia solemnia iuris, *l. si quando, in princ. C. de inoff. test.* Testator, qui legat mobilia sua omnia, aurum & argentum, factum vel infectum legasse non videtur, deniq; pretiosiora mobilia, veluti gemmas pretiosissimas legasse non videtur. Quod & ita Paulus scripsit nominatim 3. *Sentent. tit. leg.* Et idem ipsum retulit Harmenopolus 5. *epitom. tit.* 10. ex Basilicis, quæ cum sint compacta ex Dig. & Cod. inde coniecturam facio, sententiam illam, mobilibus legatis aurum & argentum non deberi, nisi de iis quoque manifesto sensisse testatorem ostendi possit, alicubi in Digestis vel Cod. delitescere, vel deesse potius: nam si in ea quærenda fueris diligens, frustra fueris diligens. neque ea ita exprimitur, vt quidam putant in *l. si chorus §. 1. de leg. 3.* Ac præterea generali fideicommisso restituendæ hereditatis relicto a liberis heredibus institutis, præter Falcidiam excipitur dos & donatio propter nuptias, quodve imputat Falcidiæ, deest donationi propter nuptias, vel doti constituendæ pro modo facultatum & dignitate natalium ex *Nou. Iust.* 39. vbi vtitur etiam exemplo generalis hypothecæ, a qua excipiuntur, quæ ex Paulo retuli ante κτ' πρόληψιν, vt Iustinianus ait eo loco, id est, iusta præsumptione, legitima præsumptione. Præsumptionibus enim periculose vtimur, ne dicam perperam, nisi eas ex iure ipso ducimus. Sequitur ex eod. Pauli libro in *l. 12. eod. tit.* hæc quæstio.

Ad l. 12. eod.

Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conuentio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, vt talis pactio fiat, vt quamdiu pecunia soluta non sit, eis seruitutibus creditor vtatur: scilicet si vicinum fundum habeat, & si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter vtilitatem contrahentium admittenda est.

AN seruitutes rusticorum prædiorum veluti via, iter, actus, aquæductus, quæ prædiis nostris debentur, a nobis pignori opponi possint? qua de re dubitabatur, quia non sunt in bonis nostris, *l. 1. de vsufr. leg.* non sunt, inquam, in bonis nostris, ob idipsum, quia nec sunt, sed intelliguntur, & quia in seruitutibus vrbanorum prædiorum constat pignoris conuentionem non valere, non consistere, *l. 11. §. vlt. hoc tit.* Verius tamen est in seruitutibus rusticorum prædiorum pignoris conuentionem consistere: videlicet si hoc agatur, quod l. 12. ostendit, vt iis seruitutibus, quas vicini fundus fundo debitoris debet, creditor qui & ipse fundum vicinum habet, quamdiu pecunia soluta non erit vtatur, videlicet ne intercidant non vtendo, & si intra diem dictam soluendæ pecuniæ, pecunia soluta non erit, vt has seruitutes creditori liceat vendere alij vicino, cui eædem seruitutes vtiles esse possunt. Re ita gesta conuentionem valere Pomponius existimat, cuius sententiam Paulus ait, propter vtilitatem contrahentium admittendam esse: non quocunque modo habita conuentione huiusmodi, sed eo, quo diximus, quoque tradit habendam conuentionem Paulus ex Pomponio in hac l. 12. Nec est, quod eo moueamur, quod seruitutes dicantur non esse in bonis nostris, quia & eædem dicuntur non omnino esse extra bona nostra, *d. l. 1. de vsufr. leg.* Cur autem idem non admittatur in

in seruitutibus vrbanorum prædiorum ratio est euidens. Quia creditor has seruitutes, ad diem pecunia non soluta, cui vendat, nullum habet. Quis enim, exempli gratia, empturus sit seruitutem tigni, vel stillicidij immittendi, debitam ædibus L. Titij? neque enim ex vsu aliarum ædium hæ seruitutes esse possunt, quam ædium L. Titij, ex quibus tignum vel stillicidium proiicitur in ædes in vicinia positas. Inutile omnino est pignus, quod emptionem & venditionem non recipit. Quo enim mihi pignus, si id distrahere non possum? *l. 4. sup. de pigner. act. l. mulier, C. de dist. pign.* Et adeo quidem inutile est pignus, quod emptionem venditionem non recipit: vt id solum sit vtile, quod emptionem venditionemque recipit, *l. 9. §. 1. hoc tit. de pign.* At viæ, itineris, actus, aquæductus, si harum aliqua creditori obligata sit, creditor alium vicinum cui vendat inuenire potest. Possunt enim hæ seruitutes pluribus vicinis vtiles esse, ideoque harum seruitutum obligatio valet, deque iis creditoribus reddi potest actio Seruiana, vel interdictum Saluianum. His adiecit Paulus hoc ipso libro, vt constat ex *l. 15. qui pot. in pignor.*

Ad l. 15. qui pot. in pign.

Etiam superficies, in alieno solo posita, pignori dari potest. Ita tamen, vt prior causa sit domini soli, si non soluatur ei solarium.

SVperficiem, quæ veluti seruitus quædam est, *l. si tibi §. vlt. de leg. 1.* quam quis positam habet in alieno solo, pignori dari posse, vt *l. tutor §. vlt. de pignor. act. l. grege §. & in superficiariis, de pignor.* Et competere igitur de ea, si pignori obligata sit, actionem Seruianam, & interdictum Saluianum: ita tamen, vt dominus soli, cui tacite pro solario superficies obligata est, tanquam antiquior potior sit in persecutione pignoris, *si ei solarium non soluatur.* Sic vocatur merces soli aut vectigal quod domino pro solo penditur in hac *l. 15. & l. 2. §. si quis neminem, ne quid in loco publ. l. cum seruus §. heres, de leg. 1.* Et apud Symmachum 4. epistol. *Soluere solarium,* inquit, *pater iussus est taxatione pretiorum grauiter aggerata.* Quod etiam genus vectigalis significat Iustin. lib. 18. his verbis, *Statuto annuo vectigali pro solo vrbis,* id est, statuto solario. Et quod dicimus de prædio, de fundo superficiario, idem omnino absque dubio dici potest de prædio emphyteuticario, posse eum ab emphyteuticario pignori dari, sine diminutione tamen vectigalis emphyteutici domino debiti, cuius prior semper, potentiorque causa est. Ad causam pignoris ex hoc ipso libro, etiam pertinet lex 13. *quæ in fraud. credit.*

Ad l. 13. quæ in fraud. cred.

Illud constat, eum qui pignus tenet, hac actione non teneri. Suo enim iure & vt pignus, non rei seruandæ causa possidet.

LEx est elegantissima, quæ ostendit, actionem Paulianam, qua reuocari solent ea, quæ in fraudem creditorum gesta sunt, locum habere etiam vno tantum ex creditoribus misso in possessionem omnium bonorum debitoris, seruandæ rei causa, crediti seruandi causa, quo genere pignus prætorium constituitur: videlicet, si is omnia bona teneat, sibique habeat, & competere cæteris creditoribus, qui missi non sunt in possessionem in hoc, vt in portionem bonorum veniant pro rata cæterisque exæquentur, vt *l. 6. §. sciendum, eod. quæ in fraud. cred.* Quia & vno tantum creditore misso in possessionem rei seruandæ causa, possessio, quæ ei data est, proficit omnibus creditoribus, quasi data in rem & generaliter: denique non ei soli proficit, sed & creditoribus omnibus, licet reapse missi non sint in possessionem; Vnum venisse in possessionem satis est: hic possidet non sibi tantum, sed cæteris omnibus, *l. 12. de reb. auct. iud. poss. l. 5. §. si plures, vt in poss. leg.* At & hic notanda magna differentia, quæ intercedit inter pignus prætorium, quod missio in possessionem constituit, & pignus conuentionale. Nam ex conuentione constituto pignore, creditor, cui pignus datum est, cæteris creditoribus non tenetur actione Pauliana, vt vocetur in portionem pignoris sibi ex conuentione dati in solidum, quia hic, vt ait Paulus, *suo iure possidet,* & vt pignus conuentionale, non vt pignus prætorium; sibi ergo soli, non omnibus. *Pignus prætorium est* commune omnium. Pignus *conuentionale* est cuiusque proprium. Et verissimum quidem hoc est, si quis ab initio sub pignore ex conuentione pecuniam crediderit: nam si ab initio sine pignore pecuniam crediderit, deinde in vetus creditum pignus acceperit cæterorum creditorum frandandorum gratia, hoc agente & moliente debitore vt cæteri fraudarentur. Si, inquam, cum ab initio esset creditor chirographarius, postea cœperit esse pigneratitius, siue hypothecarius cæterorum creditorum fraudandorum gratia, tunc Pauliana actio locum habet, quia pignoris datio, licet ex conuentione profecti, reuocatur, *l. 10. §. si cui, & l. 22. eod.* Est addenda & alia exceptio ex *l. 4. eod.* quæ sumpta est ex hoc libro.

Ad l. 4. eod.

In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit, quod debeat facere, intelligendum est, id est, si non vtatur seruitutibus.

IN f. facit creditor, cui seruitutes rusticorum prædiorum pigneratæ sunt, ita vt eis vteretur, quamdiu pecunia non solueretur; quam conuentionem valere iam supra ostendi *l. 12. de pignor.* si dolo malo forte colludens cum vicino, his seruitutibus non vtatur, vt non vtendo debitori pereant: nam vt ait, in fraudem etiam facere videtur, qui non facit quod facere debet, vt qui seruitutibus sibi pigneratis, provt conuenit, non vtitur: nam & per creditorem si iis vtatur, debitor has seruitutes vsurpat & retinet, quamuis non ipse his vtatur, sed creditor, quod & in conuentione addi solet vt & iis vtatur creditor, ne non vtendo amittatur. Restat ex hoc ipso libro tantum l. 14. *de adquir. possess.*

Ad l. 14. de adquir. poss.

Si seruus vel filiusfamilias vendiderit, dabitur accessio eius, quod penes me fuit, scilicet si volente me, aut de peculio, cuius liberam peculij administrationem habuerunt, vendiderunt.

§. 1. Tutore quoque vel curatore vendente, dabitur accessio eius temporis, quo pupillus vel furiosus possedit.

QVæ est de accessionibus possessionum, qua de re in pignorum causa nonnunquam agitur. Nam & creditor, cui quis rem alienam ignorans ignoranti pignori dedit, in submouendo domino rem vindicante, præscriptione longi temporis, vti potest accessione temporis, quo creditor eam rem possedit, hoc est, id temporis coniungere suo tempori, atque ita continuare longi temporis præscriptionem, *l. de accessionibus, de diu. & tempor. præscript.* Docet autem Paulus in *d. l. 14.* seruo aut filiofamilias voluntate patris, aut domini, vendente rem patris aut domini, aut vendente rem peculiarem, cum liberam haberet peculij administrationem, emptorem vti accessione temporis, quo pater vel dominus eam rem possedit, per se vel per seruum, aut filium, vt *l. pen. §. sed & si a filiof. eod. tit. de diu. & temp. præsc.* Itemque tutore vel curatore vendente rem pupilli vel furiosi, emptoris possessioni accedere & coniungi possessionem pupilli, vel furiosi, vt *d. l. pen. §. ind.* Sic etiam, quod proculdubio subiunxerat Paulus, creditore vendente rem sibi pigneratam, emptori dari accessionem eius temporis, quo debitor eam rem possedit. Seruus vel filiusfam. non est dominus rerum patris vel domini, sed neque rerum peculiarium, cum peculium eis concessum, non datum sit, eisque possit quandocunque adimi nuda voluntate. Tutor item vel curator non est dominus

rerum pupilli vel furioſi, ſed neque creditor rei pignoratæ. Venditiones tamen ab iis factæ ratæ ſunt, & perinde ac ſi factæ eſſent a domino ipſo inter eum & emptorem, quamuis ab ipſo non emerit, tempora coniunguntur vſucapionis complendæ, vel longi temporis præſcriptionis quærendæ cauſa. Et nihil eſt præterea in hoc libro.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXIX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

POſt interdicta hoc libro & duobus ſequentibus Paulus ſequutus ordinem edicti perpetui, dedit exceptiones, qui ordo ſeruatur etiam in Dig. Iuſtin. Ac primum quidem tractat de exceptione doli mali, qua tuetur ſe reus, qui ad diem, quo cum pœna iudicio ſe ſiſti promiſit, ex iuſta cauſa in iudicium non venit: veluti, qui, quod cum in iudicium accurrere vellet condicta die, a magiſtratu impeditus fuerit vel retentus ſine dolo malo ipſius. Ex hac enim cauſa æquum eſt, ei exceptionem tribui, ſi ex ſtipulatu conueniatur de pœna, quod ſua die in iudicium non venerit: ſed non etiam ſi a priuato detentus fuerit, quia hoc caſu vt Paulus ait in *l. 3. ſi quis caut.* quæ eſt ex hoc libro.

Ad l. 3. ſi quis caut.

Sed actio ei datur aduerſus eum, qui detinuit, in id quod eius intereſt.

SVfficit ei actio in factum, qua ei tenetur is, a quo detentus eſt, in id quod ſua intereſt, ex edicto de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio ſiſtat, quod proponitur titulo ſuperiori. Sufficit ei, inquam, hæc actio quæ ex illo edicto competit, nec datur ſimul etiam ei exceptio aduerſus ſtipulatorem, qui iudicio ſiſti ſtipulatus eſt. In magiſtratum, qui eum detinuit, quo minus iudicio ſe ſiſteret, eadem non ſuppetit actio, nec ſi dolo malo eum detinuerit quia dum magiſtratu fungitur, dum eſt in magiſtratu, ſine fraude in ius vocari non poteſt, *l. nec magiſtrat. de iniur. & in l. Seruilia repetundarum.* De hiſce, id eſt, de pecuniis repetundis, dum magiſtratum, aut imperium habebunt iudicium ne fiet. Et Varro apud Nonium. *Prætor,* inquit, *noſter mihi pecuniam eripuit, de ea ad annum quæſtum veniam ad nouum magiſtratum:* quia ſcilicet prætura annuus erat magiſtratus, & intra annum prætor ſine fraude in ius vocari non poterat. Quod ſi duo ſint rei credendi ſiue ſtipulandi, qui eiuſdem pecuniæ exactionem habeant in ſolidum vt ex hoc etiam lib. proponitur in l. 5. *ſi quis caut.*

Ad l. 5. eodem.

Si duo rei ſtipulandi ſunt, & vni debitor iudicio ſe ſiſti cum pœna promiſerit: alter autem impedierit: ita demum exceptio aduerſus alterum danda eſt, ſi ſocij ſint: ne proſit ei dolus propter ſocietatem.

1. §. *Item ſi duo rei promittendi ſint, & vnus ad iudicium non venerit, contenta ſua promiſſione iudicio ſiſtendi cauſa facta, actor autem ab altero rem petat, ab altero pœnam deſertionis: petendo pœnam exceptione ſummouebitur.*

2. §. *Æque ſi a patre facta fuerit promiſſio iudicio ſiſtendi gratia, ex filij contractu, deinde de re actor egerit cum filio: exceptione ſummouebitur, ſi cum patre ex eius promiſſione agat, & contra idem erit, ſi filius promiſerit, & actor egerit cum patre de peculio.*

ET debitor communis vni iudicio ſe ſiſti in diem certum cum pœna promiſerit, & alter, cui idem non promiſit, eum dolo malo detinuerit, quo minus ad diem iudicio ſe ſiſteret, ita diſtinguendum eſt: Aut duo illi rei credendi, duo creditores, quibus ſingulis ſolidum debetur, quibus ſingulis ſolidi exactio eſt, aut ſocij erant, aut non erant: Si non erant ſocij, de pœna agente eo, qui iudicio ſiſti ſtipulatus eſt, quod promiſſor in iudicium non venerit, quod iudicio die conſtituta debitor defuerit, debitori non proderit exceptio doli mali, quod ab altero creditore dolo malo impeditus fuerit. Verum alter creditor, qui eum dolo malo detinuit, vel qui dolo malo fecit vt detineretur, debitori tenebitur in factum ex edicto ſuperiori in id quod intereſt. Si ſocij erant, etiam aduerſus eum qui iudicio ſiſti ſtipulatus eſt, licet moram nullam ipſe reo, aut impedimentum nullum attulerit, quo minus iudicio ſe ſiſteret, agentem de pœna ex ſtipulatu, quod ad condictum diem fefellit, quod ad iudicium ſua die non venerit, ei proderit exceptio doli mali. Alioquin ei dolus ſocij, qui debitorem impediuit ſe iudicio ſiſtere, profuiſſe videretur, quod æquitas non patitur, neque ſocio dolus meus, neque dolus ſocij mei mihi prodeſſe debet: neque enim debet ſocietas eſſe cuiquam occaſio quæſtus improbi, proque eo erit atque ſi ipſemet, qui ſtipulatus eſt iudicio ſiſti, eum retinuiſſet, vt ſi de pœna agat, exceptione doli mali ſubmoueatur. Hæc exceptio accommodatur ex bono & æquo, vt ait *l. 2. §. pen. hoc tit.* Nam naturalem æquitatem tuetur, & moderatur aſperitatem iuris ciuilis, *l. 1. de dol. except. l. vlt. pro empt.* Vt cum ceſſat exceptio pacti per occaſionem, cauſamque regularum iuris ciuilis, hæc exceptio non ceſſat: ceſſante exceptione pacti, exceptio doli accommodatur, *l. 7. §. pen. l. 10. §. vlt. l. 21. §. 1. & l. Iulianus, l. 25. §. vlt. de pact.* Exceptio doli mali rem temperat, vt ait *l. qui quadringenta, ad leg. Falcid.* rem emendat, *l. in duobus §. ſi ei cui, de iureiur.* Et vt eleganter Cyrillus ait in *l. inter §. pen. de act. dotalib.* φυσικωτέρα ἐστὶν, καὶ οὐ πάνυ τὴν ἀκρίβειαν ἐξετάζεται. *Maxime ſequitur,* inquit, *hæc exceptio, & ſpectat æquitatem naturalem, neque valde tuetur ſubtilitatem, aut rigorem iuris, aut non admodum in eam inquirit.* Generalis eſt exceptio, quæ concurrere poteſt cum omnibus aliis exceptionibus, *l. 4. §. pen. de dol. except.* atque adeo omnibus patet, qui æquitate defenſionis actionem infringere poſſunt, *l. qui æquitate, eod.* Quia vt de bonæ fidei nomine Scæuola dixit, id manare latiſſime: ita verum eſt, quod ei opponitur, doli mali nomen manare latiſſime. Ac proinde recte dicitur hæc exceptio, quæ de dolo malo redditur, generalis eſſe. Et hæc ſunt quæ pertinent ad initium l. 5. Sequitur in §. 1.

Ad §. 1.

DE duobus reis promittendi ſiue debendi ex qualibet cauſa, qui ſcilicet eiuſdem pecuniæ ſinguli in ſolidum debitores ſunt, ſi vnus ex eis creditori iudicio ſe ſiſti cum pœna promiſerit, nec ad iudicium venerit præſtituta die, *deſerta,* vt ait, *& contempta ſua promiſſione,* deſerto vadimonio, & creditor ab altero rem, de qua principaliter agitur, exegerit, ſubmoueri eum exceptione doli mali, ſi ab eo qui deſeruit promiſſionem iudicio ſiſtendi cauſa factam, pœnam deſertionis in ſtipulatum deductam, pœnam vadimonij deſerti petat; hæc exceptio vt dixi, datur ex bono & æquo, & æquum non eſt, vt qui rem exegit, etiam exigat pœnam, quæ ceſſit in vicem rei. Et ſic etiam, vt ſubijcit, ſi pater ex contractu filij conuentus actione de peculio iudicio ſiſti promiſerit in diem certum ſub pœna certa, nec ſtipulationi obtemperauerit, & interim actor a filio rem exegerit, pater liberatur per exceptionem doli mali. Et ex diuerſo, ſi filius ex ſuo contractu conuentus in ſolidum cauerit iudicio ſiſti, nec iudicio ſteterit, & interea actor a patre actione de peculio rem exegerit, filius, ſi cum eo agatur de pœna ex ſtipulatione iudicio ſiſti, tueri ſe poteſt exceptione doli mali, quæ eſt ſententia §. 1. elegantiſſima, & æquiſſima. Nec vero, quod obſeruandum, hac in re in hoc §. diſtinguit

§. distinguit Paul. minor an maior fuerit pœna, quam res, qua de agitur. Ergo etiam si maior fuerit pœna, post rem exactam petenti id quod amplius in pœna est, obstabit exceptio doli mali. Et sic quidem mihi videtur. Sic sentio omnino. Nec moueor *l. prædia, de action. emp.* quam Accursius produxit in aliam sententiam, quia ea lex non loquitur de stipulatione pœnali iudicio sisti, quæ quidem iussu iudicis interponitur, & datur propter rem ipsam, qua de agitur, vt ait *l.* 10. §. *qui iniuriarum, hoc tit.* dari hanc stipulationem pœnalem. Datur enim a iudice siue prætore, quia est prætoria stipulatio. Dari, inquam, propter rem ipsam, vt cedat in vicem rei, si deficiat res. Quod confirmat etiam *l.* 1. §. *communes, de præt. stip.* Eademque ratio est stipulationis, de qua agitur in *l.* 4. §. *Labeo, de doli except.* quam & ibi proponitur fuisse interpositam iussu iudicis. Et ideo re exacta, qua de agitur, vel transacta vel mortua, & hanc stipulationem perimi æquum est, vt *d.* §. *qui iniuriarum, & l.* 2. *in princ. hoc tit.* At *d. lex prædia* loquitur de stipulatione pœnali, quæ ex conuentione contrahentium venit & interponitur, non propter rem, sed propter reum siue rei plectendi causa, qui conuentioni non paruit, quæ proculdubio ex mente contrahentium non aliter perimitur re exacta, quam si tantum in re sit, quantum actor pœnæ nomine stipulatus est, alioquin reus non plecteretur. Non distinguit etiam Paulus in hoc §. duo rei debendi socij fuerint, an non: nec ego etiam distinguendum censeo: nam etsi socij non fuerint, creditor, qui ab vno rem consequutus est, ab altero petendo pœnam, exceptione submouebitur. Quod euidenter apparet in patre & in filio, qui in hoc §. comparantur duobus reis debendi, neque enim socij sunt, ex contractu scilicet pater & filius, & tamen ab vno re exacta, ab altero pœna exigi non potest. Ad hæc, si quæras ex diuerso, quid si stipulator prius ab vno pœnam exegerit, deinde ab altero rem petat, si hoc, inquam, quæratur, dicam propter rem, inque vicem rei pœnam esse exactam, & ideo vtilem rei petitionem nullam superesse. Nec moueor, aut dimoueor ab hac sententia propter *l. Stichum* §. *dolo, de sol. & l. etiam* §. *pen. de pet. her.* quas hoc loco adducit Accursius, in quarum specie non propter rem, vt in hac specie nostra, pœna exacta est ab eo, qui dolo malo rem hereditariam desiit possidere, ne secum ageretur petitione hereditatis, sed propter dolum ab eo commiss. proprij scilicet delicti is pœnam subiit, & ideo integra est petitio hereditatis aduersus eum, qui rem hereditariam pro herede vel pro possessore possidet. At contra, si quis egerit cum possessore eius rei, deinde velit agere cum eo, qui dolo malo desiit possidere, non audietur, quia iam nihil eius interest, cum rem consequutus sit: &, quod summe notandum est, *ratione doli pœna exactio non competit, nisi ei cuius interest.* Sicut & actio de dolo non competit, nisi ei, cuius ob dolum malum aduersarij interest, *l. cum quis, de dolo.* Denique in specie *d.* §. *dolo, & d. l. etiam* §. *pen.* licet exactio pœnæ non perimat rei persecutionem, exactio tamen rei perimit pœnæ persecutionem, quia implet id, quod actoris interest. Quam varietatem, species, de qua hoc loco agitur, non admittit, quia hic pœna rei ipsius locum obtinet. Et ita hæc explicanda sunt. Notandum tandem est in hoc §. *desertionem* Paulum dicere, quod alij *desertum vadimonium,* vt in *l.* 4. §. *quæsitum, hoc tit. Desertam promissionem iudicio sistendi causa factam,* id est, desertum vadimonium, *& deserere promissionem iudicio sisti, l. vlt. qui satisd. cog.* quod aliis est deserere vadimonium, non sistere vadimonium. Ab hac vero l. 5. nunc transeamus ad l. 7. quæ est etiam ex hoc libro.

Ad l. 7. eod.

Si quis seruum in iudicio sisti promiserit, vel alium, qui in aliena potestate est: iisdem exceptionibus vtitur, quibus si pro libero vel pro patrefamilias fideiussit: præterquam si reipublicæ causa abesse diceretur seruus: nam seruus reipublicæ causa abesse non potest. Præter hanc autem exceptionem cæteræ, quia communes sunt, tam in libero homine, quam in seruo locum habent.

Stipulatio iudicio sisti, satisdationem plerumque, id est, fideiussores exigit, Sed quibus exceptionibus conuentus reus principalis se tueri potest, iisdem etiam se fideiussores tueri possunt etiam inuito reo, *l.* 6. *hoc tit. l. omnes, de except. l. ex persona, de fideiuss.* Et rursus, quibus exceptionibus fideiussores vti possunt, si pro libero homine, vel patrefamilias iudicio sisti adpromiserint, eisdem vti licet, si pro seruo, aut filiofamilias idem adpromiserint, seruum vel filiumfamilias iudicio sisti, vt puta his exceptionibus, quod cum aduersario, priusquam sisti oporteret, de negotio transactum fuerit, *l.* 2. *in princ. hoc tit.* quod dolo malo actoris factum sit, quo minus sisteretur, *l.* 1. §. *si reus sup. tit. prox.* quod aduersa valetudine, aut tempestatibus, aut fluminibus impeditum sistere non potuerit, *l.* 2. §. *si quis iudicio, hoc tit.* Vnde & recte Quintil. lib. 3. *Deserui,* inquit, *tempestatibus, fluminibus, valetudine impeditus,* id est, non per me stetit, sed per illa. Et Seneca 4. de benefic. *Vadimonium,* inquit, *promittimus, tamen deseritur, deserentem vis maior excusat.* Ouidius: *Fecitque moras Achelous eunti Imbre tumens.* Hæ exceptiones, & si quæ aliæ enumerantur, sunt autem plurimæ in *d. l.* 2. communes sunt, vt ait Paulus in hac *l.* 7. tam in libero, quam in seruo, qui iudicio sisti debuit. Vna tantum excepta, quod, qui iudicio sisti debuit, reipublicæ causa abfuerit, quoniam hæc exceptio in seruo locum non habet. Neque enim vt hoc loco Paulus ait, vnde & id repetitur, etiam in *l. vlt. de regul. iur.* seruus reipublicæ causa abesse potest, cum & serui, *vt Seneca ait controuersia* 13. *nulla pars reipubl. sint, cum extra rempublicam sint, neque in censu,* inquit, *illos inuenies, neque in testamentis: quinimo omnino omni iure, ciuili, prætorio, ordinario, extraordinario pro nullis habentur, l. qui testamento* §. *seruus, qui test. fac. poss. l.* 1. *de iur. deliber. l. nullo, ad leg. Cornel. de fals.*

Ad l. 2. de probat.

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

Ad exceptiones etiam refero, quod ex hoc libro proponitur in *l.* 2. *de probat. Ei incumbere onus probandi qui dicit, non qui negat.* Indistincte ait, *qui dicit, qui affirmat.* Siue igitur actor sit, siue reus: nam & reus qui dicit, opposita exceptione probare debet, *l. in exceptionibus, eod. tit. de probat.* Quæ lex vtitur etiam exemplo stipulationis iudicio sisti, qua si reus conueniatur, & obiiciat exceptionem, *quod reipublicæ causa abfuerit,* & ob id non steterit: vel quod dolo malo aduersarij factum fuerit, quo minus sisteret se: vel quod valetudo, aut tempestas sibi impedimento fuerit, probare id eum oportet. Negatio non est exceptio: & ideo nec negationis meræ, cui scilicet affirmatio vi ipsa non inest, vlla probatio est, *l.* 8. *& l. actor, C. de probat: l. adseueratio, C. de non numer. pecun.*

Ad l. 60. de ædil. edic.

Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur: perinde ac si neque emptio neque venditio intercessisset.

Ad rem eandem pertinet, quod ex eodem libro est in *l.* 60. *de ædil. edic.* facta redhibitione ab emptore rei emptæ, id est, reddita re empta venditori ob morbum aut vitium, omnia restitui in integrum, perinde atque si neque emptio neque venditio intercessisset, etiam pignora restitui, quæ venditio peremerat, *l.* 10. *quibus mod. pignus vel hyp.* Ideoque post redhibitionem venditori petenti pretium, quod nondum ei solutum erat actione ex vendito, obstare exceptionem doli mali, vt ostendit *l.* 59. quæ præcedit.

Ad l. 19. de nouat.

Doli exceptio, quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est & in cæteris similibus exceptionibus. Imo & in ea, quæ ex Senatusconsulto filiofamilias datur: Nam aduersus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum dederat, non vtetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra Senatusconsultum fit: tanto magis quod hic nec solutum repetere potest. Diuersum est in muliere, quæ contra Senatusconsultum promisit: nam & in secunda promissione intercessio est. Idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur: quia si etiam nunc minor est, rursum circumuenitur. Diuersum si iam excessit ætatem 25. annorum, quamuis adhuc possit restitui aduersus priorem creditorem. Ideo autem denegantur exceptiones aduersus secundum creditorem, quia in priuatis contractibus & pactionibus non facile scire petitor potest quid inter eum qui delegatus est, & debitorem actum est: aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur. Et ideo merito denegandum est aduersus eum exceptionem ex persona debitoris.

RESTAT adhuc ex libro 69. lex 19. *de nouat.* quæ initio proponit hanc definitionem siue regulam, *doli mali exceptionem, quæ poterat deleganti opponi, cessare in personas eius creditoris, cui quis delegatus est.* Cuius regulæ sententia & ratio hæc est: Si debitorem meum, qui se tueri poterat exceptione doli mali, delegauerim creditori meo, cui tantundem debebam, quantum mihi debitor meus, vt ei debitor meus stipulanti tantundem promitteret, & hac ratione debitor meus liberetur a me, & ego quoque liberarer a creditore meo, quia delegatio, & quæ eam consequitur nouatio, pro solutione est, *l. qui debitorem, de fideiuss.* Re, inquam, ita gesta, delegatus debitor exceptionem doli mali, quam mihi opponere poterat, si eum non delegassem, ex persona mea non poterit opponere creditori meo, cui eum delegaui. Quod *l. 12. hoc tit.* ostendit esse verum indistincte, siue sciens debitor meus se exceptione doli mali tutum esse, delegatus fuerit, quia remisisse eam exceptionem videtur, siue ignorans, quia creditor meus suum persequitur, suumve recepisse videtur per delegationem, & suum negotium bona fide gessisse, si debitor ille meus, quem creditori meo delegaui, reipsa ei soluisset, solutum non repeteret, *l. repetitio, de cond. indeb.* Quod tamen si mihi soluisset per errorem nesciens, se tutum esse exceptione doli mali, repetere posset, *l. qui exceptionem, eod. tit. de cond. indeb.* Et consequenter, si delegatus creditori meo stipulanti spoponderit, non poterit se tueri exceptione doli mali, qua tamen aduersus me se tueri potuisset. Suum, inquam, negotium creditor meus, cui debitorem meum delegaui solutionis vice, bona fide gessit, quia nec facile scire potest, quid inter me & debitorem meum actum esset, *aut si id sciuit, dissimulare debuit*, inquit Paulus, *ne curiosus videretur.* Dissimulatio quædam bona est: sicut & dolus quidam bonus, & quod alij inter se gerant dissimulare, nec πολυπραγμονεῖν, & alieni negotij curiosum esse bonum est. At si quidem aliquis me pecuniam mutuam roget, inquiram, immo & nonnunquam, ne in fraudem incidam, inquirere debeo, quid illa pecunia facturus sit, quam in rem pecuniam illam consumpturus sit, *l. 3. §. sed si accepit, de in rem verso, l. vlt. de exerc. act. l. 17. in princ. ad Senatusc. Vell.* quod & diligentiores patresfamilias facere solent. Seneca de Benefic. *Nomina*, inquit, *facturi in patrimonium & vitam*, id est, *in mores debitoris inquirimus. Pecuniam non dabimus, quam protinus scorto daturum sciemus, ne in societatem turpis facti atque consilij veniamus, atque etiam pecuniæ damnum faciamus.* Nam qui sciens pecuniam credit consumpturo in rem turpem, ius crediti amittit, *l. quod si minor §. restitutio, de minor. l. 12. §. si adolescens, mand. l. 8. pro empt.* Quam legem etiam in Italia valuisse Nicolaus apud Stobæum refert capite de legibus. Ἐὰν πρὸς ἀσώτῳ ἐλεγχθῇ δανείσας, χρέος ἀφαιρεῖται αὐτοῦ: *si quis conuictus fuerit luxurioso, siue prodigo pecuniam credidisse, ius crediti amittit.* Sed si mihi debitor meus pecuniam debitam soluat, sane non inquiram, vnde eam sumpserit, aut confecerit, ne videar curare nimis alienum negotium. Ergo nec si mihi debitor meus vice sua aliquem delegauerit, qui expromitteret, inquiram quid inter illum, quem mihi delegauit, & creditorem meum actum sit: delegatio pro solutione est. Et hoc est, quod ait in fine huius legis, reddens rationem regulæ initio propositæ: *In priuatis contractibus & pactionibus non facile scire petitor*, id est, secundus creditor, *potest, quid inter eum, qui delegatus est, & debitorem suum, qui eum delegauit actum sit: aut etiam*, inquit, *si sciat, dissimulare debet, ne curiosus, ne πολυπράγμων videatur.* Et obserua separari hoc loco contractus a pactionibus. *In contractibus*, inquit, *& pactionibus.* Quam inepti igitur sunt, qui pactiones contractibus adnumerant. Alioquin satis fuisset Paulo dicere, *in contractibus*, nec adiicere, *& in pactionibus.* Conuentio quidem est generale nomen. At contractus & pactio duæ sunt conuentionis diuersæ species. Contractus obligationem parit: pactio obligationem non parit, sed exceptionem tantum: actionem non parit, sed exceptionem tantum. Obserua etiam initio huius legis proponi definitionem huiusmodi, doli exceptionem, quæ aduersus primum creditorem debitori competebat, et aduersus secundum creditorem denegari, cui delegatus est. Et mox hanc definitionem porrigi etiam ad alias exceptiones, demptis duabus solummodo. Et tandem in extremo huius definitionis reddit rationem. Rationi prætulit ampliationem regulæ, quia statim dubitari poterat, an regula eadem, quæ est de doli exceptione tantum, obtineret etiam in aliis exceptionibus, quę poterant deleganti opponi: nempe an & aliæ exceptiones omnes cessent in persona secundi creditoris, cui debitor delegatus est. Et primum quidem Paulus ait, eam regulam obtinere in similibus exceptionibus, quæ scilicet eius causa dantur, cum quo agitur: vt in exceptione pacti conuenti, in exceptione rei iudicatæ, in exceptione iurisiurandi, in exceptione quod metus causa factum sit. Deinde subiicit illo loco, *imo & in ea*: eandem regulam obtinere etiam in dissimilibus exceptionibus, quæ scilicet non rei causa dantur, quo cum agitur, sed odio actoris, odio creditoris, vt *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* cuiusmodi est exceptio Senatusconsulti Macedoniani, quæ non filiifamilias debitoris causa, sed in odium creditoris, in odium fœneratoris, quasi pœnæ causa comparata est, videlicet, si quis pecuniam iniussu patris filiofamilias crediderit. Nam etsi aduersus eum filiusfamilias possit vti exceptione Senatusconsulti Macedoniani, & aduersus successorem eius, & aduersus eum, quem ipse suggessit in negotio ipso, vt stipularetur pecuniam sibi reddi, *l. 7. §. non solum, ad Senatusc. Macedon.* & aduersus fideiussorem aut mandatorem, *l. 9. §. non solum, eod. tit.* non tamen eadem exceptione poterit filiusfamilias vti aduersus secundum creditorem, cui a creditore suo vice sua reus datus & delegatus est per stipulationem, quia vt ait, *in hac stipulatione, seu obligatione secunda, nihil fit contra Senatusconsult. Macedon.* neque secundus creditor pecuniam filiofam. credit, sed quam alij credidit, a filiofam. sibi reddi stipulatur. Et hoc tanto magis Paulus dicendum esse ait, quod & filiusfamilias siue primo siue secundo creditori soluerit pecuniam, quam sumpsit mutuam, solutum repetere non potest. Quia exceptio Senatusconsulti Macedoniani, cum sit comparata in odium creditoris, non expungit, non tollit naturalem obligationem, sed ciuilem tantum obligationem. Odia restringuntur: quod odio creditoris comparatum est, id ita restringitur, vt tollat ciuilem tantum obligationem, non etiam naturalem, quæ quidem naturalis obligatio hanc vim habet, vt inhibeat soluti repetitionem, *d. l. qui exceptionem, l. 9. §. vlt. & l. 10. ad Senatusc. Maced.* Verum ab hac definitione siue regula, quam proposuit initio Paulus, eximit exceptiones duas: exceptionem Senatusconsulti Velleiani, quæ & exceptio intercessionis dicitur in *l.*

in *l. 7. de except.* & exceptionem, quod minor 25. annis dolo aduersarij in contrahendo circumscriptus sit, de quo & in *d. l. 7.* Quæ exceptio est ex lege Lætoria de circumscriptione adolescentium. Hæ duæ exceptiones debitori competunt, non tantum aduersus primum, sed etiam aduersus secundum creditorem, cui delegatus est. Quare exceptio Senatusconsulti Velleiani? quia mulier, quæ intercessit pro alio apud primum creditorem, etiam pro alio, nempe pro alio apud primum creditorem, etiam pro alio, nempe pro primo creditore intercedit apud secundum creditorem, cui delegata est, & ideo aduersus vtrumque iuuatur exceptione Senatusconsulti Velleiani: quia, inquit, duæ intercessiones sunt, quia & in secunda promissione intercessio est. Quod confirmat *l. quamuis §. si mulier, ad Senatusc. Vell.* Sed si, cum mulier, exempli gratia, Lucio Titio deberet centum, non ex causa intercessionis, sed ex alia causa, veluti mutui, aut empti, aut locati si a Lucio Titio delegata sit C. Mæuio creditori Lucij Titij. & promiserit, in hac promissione nulla intercessio est, & consequenter mulieri non datur exceptio Senatusconsulti Velleiani: quin & exceptio, quæ ei competebat, forte aduersus primum creditorem, non competit etiam ei aduersus secundum, *l. debitrix, eod.* Exceptio autem ex l. Lætoria, quæ minori competit aduersus primum creditorem, competit etiam aduersus secundum, si cum adhuc minor esset, ei delegatus fuerit, & spoponderit, quia & hic in secunda promissione circumscriptus est, aliter quam, vt & Paulus admonet, si maior factus ei delegatus fuisset. Hoc enim casu, & si possit adhuc intra constituta tempora, vt Basilica addunt recte, εἴσω τοῦ ὡρισμένου χρόνου, restitui in integrum opposita exceptione aduersus primum creditorem, non tamen poterit restitui aduersus secundum, cui iam maior factus se obligauit ex delegatione prioris. Et hæc sufficiant ad *l. 19. de nouat.* Porro huic libro adscribitur etiam *l. pen. de tab. exhib.*

Ad l. pen. de tab. exhib.

Si sint tabulæ apud pupillum, & dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum. Æquum enim est ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum.

QVæ lex ita accommodanda est ad exceptionem doli mali. Ait, interdictum de tabulis exhibendis dari aduersus tutorem, cuius dolo factum est, vt tabulæ testamenti desinerent esse apud pupillum, vt intercciderent, non etiam hoc casu, dari interdictum illud aduersus pupillum, quod pupillum innocentem æquum non sit teneri ex delicto tutoris: dolus delictum est. Et hoc vtique verum est, si pupillus ex dolo tutoris locupletior factus non sit: nam si locupletior factus sit, interdictum datur in pupillum, maxime si tutor soluendo sit: sicut & tunc ex omni causa, cum pupillus locupletior factus est ex dolo tutoris, constat dari in pupillum exceptionem doli mali, *l. 4. §. illa, & §. seq. de dol. except. l. sed & ex dolo, in princ. de dolo.*

Ad l. 17. quod vi aut clam.

Interdictum quod vi aut clam per quemvis domino adquiritur, licet per inquilinum.

HVic etiam libro adscribitur *l. 17. quod vi aut clam*, sed falso, vt opinor, cum libro 67. proprie debeatur, qui fuit de interdicto quod vi aut clam. Docet enim interdictum quod vi aut clam, per quemvis, vt ait, etiam liberum hominem domino adquiri. *Adquiri*, ait, improprie, quoniam per liberum hominem, qui in potestate nostra non est, nihil nobis adquiri potest. Ait improprie, inquam, pro *parari*, & conseruari, & retineri, veluti per procuratorem meum mihi adquiri interdictum *quod vi aut clam*, qui vicinum prohibeat opus nouum facere, quia hoc ipso, quod vicinus procuratori meo prohibenti non paret, monstrat se vi, aut clam facere. Et similiter parari mihi interdictum quod vi aut clam per mercenarium, cuius opera in prædio meo vtor, per hospitem, per inquilinum, cui domum locaui, & colonum, vt *l. si procurator, de nou. oper. nunt. l. 72. de procur. & l. 3. in princ. hoc ipso tit.* Et nihil amplius restat ex hoc libro.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LXX. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

VEnio ad librum 70. qui quidem liber proprie & specialiter dicatus est exceptioni rei iudicatæ. Incipiam a *l. 6. de except. rei iudic.*

Ad l. 6. de except. rei iudic.

Singulis controuersiis singulas actiones vnumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit: ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem. maxime si diuersa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei iudicatæ frequens est.

IN qua Paulus rationem dandæ exceptionis huius exponit, id est, æquitatem huius exceptionis: *Singulis controuersiis & litibus singulas actiones sufficere, vnumque iudicati finem.* Pluribus actionibus, pluribus iudiciis, & in singulis controuersiis, si opus esset, multiplicatus, inquit, litium numerus summam & inexplicabilem faceret iudiciorum difficultatem, siue [illegible] maxime si diuersa pronuntiaretur, quo nihil est reipubl. pernitiosius, neque alienum magis ab vtilitate communi. Parendum igitur esse rebus semel iudicatis, nec rem actam apud iudicem, iterum agendam, repetendam, retractandam esse: parendum esse exceptioni rei iudicatæ. Idque solemne ac in vsu frequentissimum esse. Ita vt hac exceptione opposita, iam non de eo quæratur iterum, quod iam iudicatum est, etiam si per iniuriam iudicatum sit, sed an sit iudicatum, *l. 1. §. pari modo, de tab. exhib* Sicut re iureiurando decisa, quod rei iudicatæ instar obtinet, hoc tantum quæritur, an iuratum sit, *l. 5. §. dato, l. in duobus, in fi. de iureiur.* statum reipublicæ rebus iudicatis maxime contineri, vt M. Tull. pro P. Sylla: *Non temere igitur rescindendas, aut infirmandas esse.* Idemque pro L. Roscio, quod huic loco congruit: *Esse iura, esse formulas de omnibus*, id est, de singulis rebus constitutas, vt hoc loco ait, *singulis controuersiis singulas actiones præstitutas*, ne quis aut in genere iniuriæ, aut in ratione actionis errare possit, expressas esse, ex singulorum damno, dolore, incommodo, ad quas priuatæ lites accommodentur. Idem vero Paulus in *l. 12. & 14.* hoc ipso titulo docet.

Ad l. 12. & 14. eod.

L. 12. Cum quæritur, hæc exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit.

L. 14. Et an eadem causa petendi & eadem conditio personarum, quæ nisi omnia concurrunt, alia res est. Idem corpus in hac exceptione, non vtique omni pristina qualitate vel quantitate seruata, nulla adiectione deminutioneve facta: sed pinguius pro communi vtilitate accipitur.

1. §. *Qui cum partem vsusfructus haberet, totum petit si postea partem adcrescentem petat, non summouetur exceptione: quia vsusfructus non portioni, sed homini accrescit.*

2. §. *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec vlla earum alterius*

Paul. Oo

petitione vitiatur. At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico: omnes causæ vna petitione adprehenduntur: neque enim amplius quam semel res mea esse potest. Sæpius autem deberi potest.

3. §. *Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem. Quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.*

DOcet ita demum huic exceptioni locum esse, si rursus eadem omnino res in iudicium deducatur, reuocetur, quæ priori iudicio finita est, etiamsi alia actione agatur: nam etiamsi alia sit actio, modo sit eadem res, præscriptioni locus est rei iudicatæ, *l.* 5. *l.* 7. §. *pen. hoc tit. l.* 4. §. *vlt. de noxal. actio.* Quod & formula ipsius exceptionis ostendit, de qua M. Tullius 5. *de finibus & 5. epistolar. ad familiar. Quod eadem de re agatur alio modo, & eadem res esse intelligatur, si idem corpus petatur, idemve ius, eademque quantitas. Ac præterea si eadem sit causa petendi, eadem origo petitionis, idemque actor, idemque reus, qui fuit priori iudicio, & conditionis eiusdem.* Quod etiam ostenditur in *l.* 11. §. *eandem, & l.* 25. §. *vlt. & l.* 27. *hoc tit. l.* 3. *C. de petit. hered.* Porro idem corpus in hac exceptione Paulus notat in *l.* 14. §. 1. pinguius accipiendum esse, παχύτερον: nam & si fundus post rem iudicatam auctus vel deminutus, si melior & deterior factus sit, si ex sylua factum sit nouale, non ideo alius fundus esse intelligitur, imo idem fundus qui denuo petatur: nam & si mutata qualitas rei, prope modum interimat substantiam, tamen pro communi vtilitate, vt ait, quæ est ratio inducendæ exceptionis rei iudicatæ, ne actum agatur denuo, in ea exceptione idem corpus non subtilius accipiemus, sed pingui Minerua, vt & si non sit prorsus idem, idem tamen esse intelligatur, & de eo agenti iterum obstet exceptio rei iudicatæ.

Ad §. qui cum partem.

SI quis petierit totum vsumfructum fundi, cum haberet vsusfructus partem tantum, nec obtinuerit, deinde petat partem illam, qua cecidit, repelli quidem eum exceptione rei iudicatæ, quia pars in toto est, & qui totum non obtinuit, nec partem igitur obtinuit, *l.* 7. *in princ. sup. hoc tit.* Sed si post rem iudicatam ei accreuerit socij pars altera vsusfructus, & eam petat, non repelli eum exceptione rei iudicatæ, quia de ea parte, quæ post accreuit, iudicatum non est. Ex quo intelligimus vsusfructus partem forte deficiente & repudiante collegatario, accrescere etiam non habenti partem suam, etiam ei, qui partem suam amisit re aduersus eum iudicata, vt *l. interdum, de vsufr. accresc.* hac ratione, quia pars vsusfructus non accrescit parti, sed personæ; quæ modo in vsufructu partem habuerit, licet eam nunc non habeat iudicio amissam. Vsusfructus enim est ius, quod personæ cohæret, quod personam sequitur, non rem. Et in hac causa etiam nostri auctores notant, vsumfructum non obtinere instar rei aut proprietatis: vsumfructum pro parte rei non computari. Quandoquidem si rei partem petiero rei vindicatione, quæ dominij, siue proprietatis lis est, nec obtinuero, deinde alteram eiusdem rei partem petam quasi accreuerit mihi, forte repudiante collegatario, proculdubio mihi obstabit exceptio rei iudicatæ, quia pars rei parti accrescit, non personæ, & non habenti igitur partem suam, pars altera, pars collegæ accrescere non potest, *l. si Titio* §. *vlt. de vsufr.* Itaque hac in causa vsusfructus non est pro parte rei: alia est rei petitæ conditio, alia vsusfructus.

Ad §. Actiones.

SEquitur in eadem lege §. *actiones*, differentia inter actionem in rem, & actionem in personam. Quod si eadem res mihi debeatur ex variis causis, actione in personam, veluti ex stipulatu, & ex testamento, vel ex empto & vendito, & vna earum egero, veluti actione ex empto, vel actione ex stipulatu, vel actione ex testamento, non possum agere in personam, nisi expressa causa litis, expressa causa obligationis: Atque ita ergo si ex vna causa egero, nec obtinuero, non prohibeor postea agere ex altera causa, nec agenti mihi ex altera causa obstat exceptio rei iudicatæ, quia non est mihi eadem causa petendi, quæ fuit priori iudicio. At si *rem* petiero *meam* esse actione in rem, siue rei vindicatione, quo genere agere possum generaliter, non expressa causa dominij, simpliciter adserendo me eius rei, de aqua ago, dominum esse, & ita si *rem* petiero *meam esse*, non expressa causa, ex qua rem meam esse dicebam, & litem amisero, postea expressa causa dominij, veluti, quod res a domino mihi vendita & tradita sit, causa, inquam, vetere, non noua, quæ mihi obuenerit post rem iudicatam. Si, inquam, postea expressa causa dominij, vetere quadam non noua, eandem rem vindicauero, vindicanti mihi obstat exceptio rei iudicatæ, quia priori petitione, quam concepi generaliter, nulla expressa causa dominij, omnes causas adquirendi dominij videor in iudicium deduxisse, vt *l.* 11. §. *pen. sup. hoc tit.* Et ratio varietatis, seu differentiæ huius ex eo pendet, quod eadem res ex pluribus causis nobis deberi potest, ex pluribus obligationibus, ex pluribus contractibus, *l. non est nouum, de action. emp.* At non nisi ex vna causa res nostra esse potest, *l.* 3. §. *ex pluribus, de adquir. possess.* Dominij causa duplicari, aut multiplicari non potest: qui semel rei factus est dominus, amplius eiusdem rei dominus fieri non potest: dominij causa non recipit incrementum, §. *sic itaque discretis, Instit. de action.* Obligatio personalis recipit incrementum: qui mihi obligatus est, magis atque magis obligari potest ad rem eandem. Et hoc etiam repetitur in *l.* 159. *de reg. iur.* quæ coniungenda est cum hoc §. Recte autem ponit in hoc §. petitorem egisse in rem non expressa causa dominij: nam si causam expresserit, veluti causam legati per vindicationem relicti, quamuis hoc iudicio superatus fuerit, postea si agat expressa alia causa dominij, veluti donationis causa, non debet submoueri exceptione rei iudicatæ, quia hanc causam in prius iudicium non deduxit. Quæ est sententia l. 11.

Ad §. vlt.

QVod est in §. *vlt. huius legis*, apertissimum est: *Eum, qui egit interdicto de possessione*, forte interdicto vti possidetis, vel vtrubi, possessionem suam esse vocans, licet causam hanc possessionis non tenuerit, postea agentem de proprietate actione in rem, non repelli exceptione rei iudicatæ, quia alia res est proprietas, alia possessio: nihil habet commune proprietas cum possessione, *l. naturaliter* §. 5. *de adquir. possess. l.* 3. *in fi. vti poss. l.* 9. *de sent. & interl. omn. iud.*

Ad l. 17. de except.

Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat: quia & diuersa corpora sunt: & causæ restitutionum dispares, non nocebit exceptio.

HIs adiungamus, quod de eadem exceptione etiam proditum est ex hoc libro in *l.* 17. *de except.* Species legis hæc est: Petij viam per fundum Sempronianum, quem tuum esse constabat, ad fundum Titianum quasi meum, quem tamen tu possidebas, non ego, nec obtinui. Deinde peto a te fundum Titianum, quem tu possides actione in rem, an obstabit mihi exceptio rei iudicatæ, quod priori iudicio ceciderim? Minime: Quia, vt recte Paulus ait, *diuersa sunt corpora*, quia non est idem corpus, quod demonstratur, quod denuo petatur: diuersa sunt corpora, fundus Titianus, & fundus Sempronianus, a quo viam fundo Titiano deberi dicebam, vel locus viæ in fundo Semproniano, & dispares etiam sunt restitutionum causæ: dispar exitus horum duorum iudiciorum, quia petito fundo restituitur res: petita via cautio præstatur, *l. qui restituere, de rei*

de rei vindicat. l. pen. de aqu. quotid. & æst. Poteſt autem via mihi non deberi ad fundum Titianum per fundum vicini, & fundus tamen Titianus eſſe meus. Ergo & ſi non obtinuero iudicio de via, obtinebo forte ſequenti iudicio de proprietate. Hæc eſt ſententia perſpicua admodum l. 17. quę vulgo tamen male accipitur de exceptione præiudiciali.

Ad l. 162. de reg. iur.

Quæ propter neceſſitatem recepta ſunt, non debent in argumentum trahi.

RESTAT nunc ex hoc libro tantum *l. 162. de regul. iur.* quæ eſt etiam aptanda ad præſcriptionem ſiue exceptionem rei iudicatæ hoc modo: Si duo ſint coheredes, a quibus ſeruo relicta ſit fideicommiſſaria libertas, & ſeruus eam petat ab vno ex heredibus, nō etiam ab altero, & obtineat, quamuis altero ſeruum petente in ſeruitutem, ei non obſtet exceptio rei iudicatæ, ſummo iure, ſubtili iure, quia inter eum & ſeruum res iudicata non eſt: propter neceſſitatem tamen, cui plane ſuccumbimus, vt eleganter ait *l. pen. §. vlt. de excuſat. tut.* propter neceſſitatem, inquam, quia libertas pro parte præſtari non poteſt, vt oſtenditur in *l. iudicata, de except. rei iudic.* ex qua ſumo conueniens exemplum ad hanc leg. 162. propter hanc neceſſitatem rei, quia libertas indiuidua eſt, pro qua iudicatum eſt priore iudicio, repelletur alter coheres, qui hominem in ſeruitutem petit exceptione rei iudicatæ. Hoc in libertate propter neceſſitatem receptum eſt, quia diuiſionem non recipit, quæ ratio neceſſitatis etiam redditur in aliis omnibus rebus indiuiduis, *l. 10. §. 1. comm. diuid.* Non debet igitur, vt eſt proditum in hac regula iuris, quod ita propter neceſſitatem receptum eſt, trahi ad argumentum, εἰς ὑπόδειγμα: non debet, inquam, trahi ad alias res, quæ petitæ fuerunt ab vno ex coheredibus, non etiam ab altero, videlicet ſi diuiſionem recipiant. Et hoc eſt, quod ait, *Quæ propter neceſſitatem recepta ſunt, non debent in argumentum trahi.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXXI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

SEquitur, vt veniam ad librum 71. Liber 70. fuit de exceptione doli generali, quæ concurrit cum aliis exceptionibus. Hic liber eſt de exceptione ſpeciali, quæ ſoli cōpetit reo ob dolum malum auctoris. Eſt etiam de pleriſque aliis exceptionibus veluti de exceptione iuriſiurandi, de exceptione litigioſi, de exceptione quod libertatis onerandæ cauſa factum ſit.

Ad l. 1. de dol. mal. excep.

Quo lucidius intelligi poſſit hæc exceptio, prius de cauſa videamus, quare propoſita ſit, deinde quemadmodum dolo fiat. Per quæ intelligemus, quando obſtet exceptio, deinde aduerſus quas perſonas locum habeat. Nouiſſime inſpiciemus intra quæ tempora competit exceptio.

1. §. Ideo autem hanc exceptionem prætor propoſuit, ne cui dolus ſuus per occaſionem iuris ciuilis, contra naturalem æquitatem proſit.

2. §. Sed an dolo quid factum ſit, ex facto intelligitur.

3. §. Et quidem dolo fit tam in contractibus, quam in teſtamentis, quam in legibus.

AC de exceptione doli mali primum docet hoc libro Paulus, quare propoſita ſit in *l. 1. de dol. except.* quod Paul. A & fecit ſuperiori libro de exceptione rei iudicatæ *l. 6. de except. rei iudic.* Deinde exponit quemadmodum quid a parte actoris fiat per dolum malum, vt hoc cognito ſimul etiam cognoſcatur, quibus caſibus huic exceptioni locus ſit. Hoc explicabitur *inf. in l. 5.* latius. Tum exponit aduerſus quas perſonas hæc exceptio locum habeat. Ad quam partem reſpicit *l. 6. de except.* quæ eſt ex hoc libro. Et docet hanc exceptionem dari non tantum aduerſus eum, qui dolum malum admiſit, ſed etiam aduerſus ſucceſſorem eius, ſiue ſit ſucceſſor vniuerſi iuris, vniuerſorum bonorum (veluti heres, aut bonorum poſſeſſor,) ſiue ſucceſſor vnius rei, veluti legatarius, aut donatarius, vel quis alius, qui in dominium vnius rei ſuccedit, qui ſucceſſerit in dominium vnius rei ex cauſa lucratiua: vt legatum eſt cauſa lucratiua, B donatio cauſa lucratiua, quia nihil ob eam rem legatario vel donatario abeſt. huic, qui ſucceſſit in rem ex cauſa lucratiua, nocet exceptio doli ex perſona auctoris ſui, veluti ex perſona teſtatoris, ex perſona donatoris. At non nocet etiam emptori rei, vel ei, qui vicem emptoris obtinet, qui ex lucratiua cauſa rem non habet, quia emptor ex lucratiua cauſa rem non habet, quia ei pretium abeſt. Is qui permutauit rem, ex cauſa lucratiua non habet, quia pro ea aliam rem dedit. Iis, inquam, ſucceſſoribus in rem, qui rem non habent ex cauſa lucratiua, non nocet exceptio doli ex perſona auctoris ſui, ſi ipſi dolo careant, *l. 4. §. ſi quis autem, & §. auctoris, hoc tit.* Et in hac re igitur diſtant valde ij, qui rem habent ex cauſa lucratiua, ab iis, qui rem habent ex cauſa oneroſa. Qui tamen in iure vſucapionis nihil inter C ſe diſtant, nam & iis, qui cauſam lucratiuam & iis, qui cauſam oneroſam habent, nihil nocet mala fides auctoris ſui, quo minus vſucapere poſſint, ſi ipſi bona fide rem acceperint, nec ex perſona auctoris ſui vtuntur acceſſione temporis, qua de re agitur in *l. an vitium, de diuerſ. & temp. præſc.* Non nocet etiam exceptio doli mali parentibus aut patronis, nec ſi quid ipſi dolo malo fecerint, ſi eam opponant liberi aut liberti: ſicut nec actio de dolo in eos inſtitui poteſt, *l. poteſt §. aduerſus, hoc tit. l. licet, de obſ. par. aut par. præſt.* Non nocet etiam exceptio doli iis, qui dignitate excellunt, ſi iis humiliores exceptionem hanc opponant. Non nocet etiam iis, qui vitæ ſunt emendatioris, ſi a flagitioſæ vitæ hominibus opponatur, *l. non debet, de dolo.* Non ergo aduerſus omnes perſonas exceptio doli mali locum habet, D nec doli quidem proprij. Et nouiſſime docet Paulus, intra quæ tempora hæc exceptio competat in *l. 5. §. vlt. hoc tit.* quæ eſt etiam ex hoc libro, vbi id explicabitur. Rationem autem proponendæ huius exceptionis, hanc eſſe dicit in *l. 1. ne cui dolus ſuus*, ne cui malitia aut machinatio ſua. (addere licet & dolum ſocij ex *l. ſi duo, ſi quis caut.*) Ne cui, inquam, dolus ſuus per occaſionem, inquit, *iuris ciuilis proſit contra naturalem æquitatem*, ne quis ex dolo ſuo lucretur, quæ fuit etiam ratio introducendæ actionis de dolo, *l. 2. in princ. hoc tit.* Ait per occaſionem iuris ciuilis, vt *l. vlt. C. pro empt.* Si pupillus rem ſuam vendiderit ſine tutoris auctoritate, quæ venditio ipſo iure non valet, & pecunia emptoris locupletior factus fuerit, eandem rem poſt pubertatem vindicanti obſtare exceptionem doli mali, *ne occaſione iuris*, quo irrita venditio conſtituitur a pupillo facta ſine tutoris E auctoritate, *ad iniquum compendium trahatur.* Occaſione iuris ſæpe abutimur, ei adhærendo nimis contra æquitatem naturalem. Vnde & ſæpe qui occaſione iuris ſummi liberati ſunt, in eos tamen ex æquitate datur actio, *l. ſi ex duob. §. 1. de pecul.* Summum ius plerumque eſt ſumma iniquitas. Docet etiam Paulus in hac l. 1. quibus modis quid fiat dolo malo: id deprehendere & percipere facile eſſe ex facto, id eſt, ex qualitate rei geſtæ, ex inſidiis, *l. dolus, l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. l. dolum, C. de dolo.* dolum probari ex perſpicuis inſidiis. Vbi male Accurſius legit *indiciis*, pro *inſidiis*, vt iampridem memini me docere. Et exempla vero multa admiſſi doli Paulus exponit in l. 5. per quæ intelligere licet, quando hæc exceptio competat. Iis adiicit Paulus in hac l. 1. *dolum admitti non tantum in contractibus*, vt puta ſi quis aliquem deceperit, vt ſtipulanti promitteret,

quod non debebat promittere, vel vt stipulanti aliter quid promitteret quam conuenerat, *l. si quis cum aliter, de verb. obligat.* sunt innumera eius rei exempla. Sed non admitti dolum tantum, aut dolo non fieri tantum in contractibus, sed etiam in testamentis, vt puta, si quis sciens dolo malo in fraudem alterius testamentum deleuerit aut mutauerit, aut mutari a testatore prohibuerit. Vnde & illa in testamentis cautio siue clausula, *dolus malus abesto*, in antiqua inscriptione vrbis Romæ, qua parte testamenti quadam additur, *dolus malus abesto, & vafer*, scilicet, Iurisconsultus. Denique si quis ex testamento, quid dolo malo petat contra voluntatem testatoris, *l. 4. §. præterea, hoc tit.* dolo etiam fieri in legibus, vt si heres scriptus in fraudem legis Iuliæ & Papiæ tacitam fidem accommodauerit restituendæ hereditatis legative præstandi ei, qui capere non potest, si quis interpretationem legum circumueniat, *l. ita fidei, de iure fisci.* si leges calumnietur, & verba earum captet, *l. pen. ad exhib.*

Ad l. 3. de doli except.

Item si ob id, quod antequam dominium ad me transferatur, venditori dederim decem, & agam ex empto, vt decem recipiam: ita puto competere mihi actionem, si paratus sim ex duplæ stipulatione eum liberare.

SEquitur l. 3. quæ de statulibero loquitur, cui scilicet testamento directa libertas relicta est sub conditione, *si heredi decem dederit*, quæ conditio si eum heres vendiderit (statuliber vendi potest interim dum pendet conditio) si, inquam, heres eum vendiderit, antequam conditionem impleuerit, conditio impleri potest in persona emptoris ex *l. 12. tabul. l. statuliberi §. vlt. de statulib.* si modo emptor dominium eius nactus sit, id est, si traditus ei homo a venditore fuerit: traditione transfertur dominium rei emptæ, non emptione nuda. Et species *l. 3.* hæc est: heres mihi ignoranti huiusmodi statuliberum vendidit quasi seruum non statuliberum, & stipulatus sum ab eo duplam euictionis nomine, si is homo mihi quandoque euinceretur. seruus decem dedit heredi, eidemque venditori meo, atque ita protinus ereptus siue euictus est in libertatem ex iudicio defuncti directo, antequam mihi traderetur, id est, antequam dominium eius in me translatum esset. Post traditionem, translato dominio in emptorem, non recte fuisset in persona venditoris impleta conditio, quæ debuisset impleri in persona emptoris. Nunc si agam ex empto cum venditore, vt decem recipiam, quæ habuissem, si mihi seruus traditus fuisset, quæ forte tanti aut pluris sunt, quam seruus ipse, vt inquam, decem recipiam vice ipsius serui, quia vt seruum ipsum recipiam, qui iam peruenit ad libertatem, rite impleta conditione in venditoris persona agerem frustra, & agendo ex empto, vt decem recipiam, paratus non sim venditorem liberare ex stipulatione duplæ, qua mihi obstrictus euictionis nomine, summouebor exceptione doli mali, quia iniquum est, & pretium hominis me ferre in duplum & decem, quæ venditori dedit quasi pro capite siue libertate sua. Et hæc est sententia legis 3. Ex qua, quod valde notandum rectissime sentiunt, qui colligunt, non tantum re euicta emptori post traditionem committi stipulationem duplæ. Quid enim refert, quo tempore res euincatur? nam & quæ euincitur venditori, emptori, qui de ea sibi tradenda actionem habet, quodammodo euinci videtur. Id enim quisque apud se habere videtur, de quo actionem habet, *l. is apud se, de verb. sign.* quæ est notissima. Et eleganter Cyprianus quodam loco: *Mercatorem dum emit, tametsi merces suas nondum habeat, eas tamen se habere reputare.* Si venditor per contumaciam rem non tradat emptori, competit tantum actio ex empto in id quod interest, si ob id rem non tradat, quod euictam sibi tradere non potest, quia tam emptori, quam illi euicta est; competit emptori actio ex stipulatione duplæ, & in hanc rem hic locus singularis est. Cui nihil aduersatur, quod sæpe legitur in iure, *duplæ stipulationem committi, si res quæ tradita est emptori euincatur.* Nec enim ideo sequitur, & eam quoque non committi, si res euincatur venditori ante traditionem, quod nec negari potest: cum in æquo sit, rem euinci emptori, aut euinci auctori suo: quandoquidem siue euincatur sententia iudicis, rei iudicatæ exceptio, quæ nocet venditori, noceat etiam emptori, *l. exceptio, de except. rei iudic.* siue euincatur ipso iure, vt in specie proposita, impleta conditione, statulibero, qui ante vænierat perducto ad libertatem, libertatis causa aduersus omnes superior potentiorque semper erit.

Ad l. 5. eod.

Pure mihi debes decem, ea tibi sub conditione legaui: Interim heres si petat, doli exceptione non est summouendus, cum possit etiam deficere conditio. Itaque legatorum stipulationem interponere debebit, sed si non caueat heres; doli exceptione summouebitur: Expedit enim legatario, retinere summam, quam mitti in possessionem rerum hereditariarum.

1. §. Si cui sit legata via, & is, lege Falcidia locum habente, totam eam vindicet, non oblata æstimatione quartæ partis: summoueri eum doli exceptione, Marcellus ait, quoniam suo commodo heres consulit.

2. §. Si donaui alicui rem, nec tradidero, & ille, cui donaui, non tradita possessione, in eo loco ædificauerit me sciente, & cum ædificauerit nanctus sum ego possessionem, & petat a me rem donatam, & ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est: an de dolo replicandum est? dolo enim feci, qui passus sum eum ædificare, & non reddo impensas.

3. §. Actoris, qui exigendis pecuniis præpositus est, etiam posterior dolus domino nocet.

4. §. Si seruus vænit ab eo, cui hoc dominus permisit, & redhibitus sit domino: agenti venditori de pretio, excepti opponitur redhibitionis, licet etiam is, qui vendidit, domino pretium soluerit. Etiam mercis non traditæ exceptione summouetur & qui pecuniam domino iam soluit. Et ideo is qui vendidit, agit aduersus dominum. Eandem causam esse Pedius ait eius, qui negotium nostrum gerens vendidit.

5. §. Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegauero creditori meo: non poterit aduersus petentem vti exceptione: quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoueri, qui suo nomine agit. Numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit aduersus maritum, qui dotem petit, non ducturus vxorem, nisi dotem accepisset, nisi iam diuertit? Itaque condictione tenetur debitor, qui delegauit, vel mulier, vt vel liberet debitorem, vel si soluit, vt pecunia ei reddatur.

6. §. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: Nam hæc perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando vtatur suo iure: is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conueniatur.

SEquuntur multa alia de hac exceptione in *l. 5. h. tit.* ex quibus duo tantum explicabo. Legaui tibi sub conditione certa decem, quæ mihi pure debebas. Pendente conditione, si heres a te decem petat, iure petet, nec iure repelletur exceptione doli mali: quia conditio legati deficere & legatum non deberi potest. Verum hoc ita procedit, vt interim heres recte decem petat, quæ pure debentur, si paratus legatario eidemque debitori cauere legati nomine, id nempe, quum conditio exstiterit præstitum iri: alioquin si nolit cauere repelletur exceptione doli mali, quia, quod notandum, legatario, eidemque debitori commodius & vtilius est, decem retinere, quæ debet, quam herede non cauente legati nomine, mitti, vt fieri adsolet, in possessionem rerum hereditariarum. Vtilior est retentio pecuniæ debitæ, quam post solutam eam pignus prætorium, quod missio in possessionem rerum hereditariarum constituit, herede cessante in præstanda cautione vulgari legati nomine.

nomine. Et hoc proponitur initio huius legis 5. Quod ait: Interim, id est, pendente conditione legati ab herede decem peti posse oblata cautione legati, pugnare videtur cum *l. pecuniam, de reb. cred.* Et res digna est, quæ luculenter explicetur. Lex *pecuniam* ait, Eum qui pure stipulatus est sibi decem dari, eum, cui debentur pure decem ex stipulatione, si postea iussu eius debitor eam pecuniam Titio, id est, alteri promiserit sub conditione, interim decem eum, cui pure promissa sunt, primum scilicet stipulatorem petere non posse. Cur tamen debitori decem quæ debet legatis sub conditione heres, cui eadem decem pure debentur, interim ea petere potest? Placet valde quod Accursius obseruat, hanc legem 5. *in princ.* loqui de legatario conditionali: Neque enim eadem est ratio legatarij & stipulatoris conditionalis: nec tamen placet ratio differentiæ, quam Accursius adfert, quæ nec Bartolo placuit. Verior enim ratio diuersitatis hæc est: Quia legatarius conditionalis non est creditor, propterea quod dies legati nondum cessit, & ideo non potest petitionem heredis, cui pure debetur, remorari, maxime offerentis cautionem legati nomine. Stipulator autem conditionalis est creditor, quia statim, atque interposita est stipulatio vires accipit, licet conditio nondum exstiterit, *l. vsusfructus, de stipul. seru. l. is cui sub conditione, de oblig. & act.* stipulator, inquam, conditionalis est creditor, etiam interim: & merito igitur eum, cui eadem summa pure debetur, remoratur a petitione eius summæ.

Ad §. 1.

Facilior est *§. 1. huius leg.* Si lege Falcidia interueniente, is, cui via legata est, totam viam petat, non oblata æstimatione Falcidiæ, repellitur exceptione doli mali, vt *l. 7. ad l. Falcid.* quia plus petit, & incommodo heredem adficere tentat, petendo viam totam. Contra heres excipiendo de dolo, vt ait, suo commodo consulit. Æstimatur hoc casu via tota quanti sit, vel quanti vænire possit, & eius æstimationis offertur pars quarta pro Falcidia, & ita legatarius recte vindicat viam totam, non aliter. Stulti sunt, qui ipsius viæ quartam partem offerendam esse somniant, quia via est indiuidua, nec potest scindi in partes, cum sit res incorporea. Stultiores etiam sunt, qui censent offerendam esse quartam partem loci, per quem via debetur. Quia alia res est via, qua de agitur, alia locus: hic res corporalis, illa res incorporalis: hic scilicet locus non est in legato, illa est in legato. Reliquas species doli, quæ proponuntur in hac l. 5. persequar die crastina.

Ad §. si donaui.

Exposui initium *l. 5. de doli except. &* §. 1. Sequitur vt exponam *§. si donaui.* cuius §. species hæc est. Donaui tibi fundum, cuius pretium exsuperabat modum legis Cinciæ, quem scilicet lex Cincia imposuit donationibus, ne in infinitum donare liceret. Fundum itaque magni pretij, immodici pretij donaui tibi, siue promisi stipulanti donationis causa, aut cum esses mihi ex liberis aut parentibus, donaui tibi eum fundum nuda voluntate, nec dum tradidi. Donatio inter parentes & liberos perficitur nuda voluntate, nudo consensu, nudo pacto ex constitutione Diui Pij: hodie etiam inter omnes, vt notissimum est ex constitutione Iustiniani. Ante Iustinianum donatio non perficiebatur nuda voluntate, sine traditione, aut mancipatione, nisi, vt dixi, inter parentes & liberos ex constitutione Diui Pij, quo casu ex pacto nascebatur actio, *l. 4. C. Theod. de don.* Tu vero in eo fundo ædificasti me sciente, & patiente, atque ita nactus es possessionem fundi: post, casu quodam, possessio eiusdem fundi ad me rediit: si mecum agas ex stipulatu, vel ex pacto, & fundum petas totum quasi tibi donatum, ego vero opponam tibi exceptionem immodicæ donationis, quo de genere exceptionis agitur in *§. si eum qui, inf. hac l. & in l. 21. & 24. de donat.* cuius formula hæc est: *Quod supra modum legis Cinciæ donatio facta sit.* Lex enim Cincia certum modū donationibus imposuit, de quo & in *l. 9. §. 1. & l. 11. & l. 23. eod. tit.* Si, inquam, tibi petenti totum fundum ex causa donationis, opponam exceptionem immodicæ donationis, in eo, quod excedit modum legis Cinciæ, tu merito replicabis de dolo malo, si non reddam tibi impensas ædificij, quia me sciente ædificasti: si me ignorante ædificasses, non posses tibi seruare mercedes fabrorum, & cæteros sumptus in ædificando factos, per replicationem doli mali, sed quia me sciente, & volente quodammodo eos sumptus fecisti, recte eos tibi seruabis in hac specie, opposita replicatione doli mali. Vnde notandum est valde id quod dicitur, eum qui ædificauit in alieno fundo, impensas sibi seruare posse per retentionem, domino vindicanti opposita exceptione doli mali, *l. 14. inf. hoc tit. l. 14. comm. diuid. l. 32. §. Lucius, de vsufruct. leg. l. idque §. 1. de act. empt. l. si in area, de cond. indeb. §. certe illud, Instit. de rer. diuis.* Id ita procedere, si sciente & patiente domino soli ædificauerit, non si inuito, aut ignorante domino. Et in hanc rem hic §. valde est singularis.

Ad §. Actoris.

In §. *actoris,* de seruo actore agitur, non qui præpositus est rebus omnibus, non qui positus est supra res & rationes omnes domini sui, sed qui præpositus tantum est pecuniis exigendis domino debitis, & huius actoris serui ait, posteriorem dolum domino nocere. Quæ verba sunt obscura, neque enim apparet quid hic faciat ille articulus, *etiam,* nec cuius doli comparatione, posteriorem dolum dicat. Neque vero quisquam est, qui id liquido explicet. Puto verba sic esse ordinanda: *Etiam actoris, qui præpositus tantum est exigendis pecuniis, posteriorem dolum domino nocere.* Ac præterea puto, vt in *§. sequ.* Paulus tractat de procuratore specialiter dato ad agendum in rem alienam, ita & ante hæc verba, *actoris qui exigendis pecuniis, &c.* tractasse Paulum de eodem procuratore, in hoc dato specialiter, vt ageret cum debitoribus mandatoris, & docuisse Paulum, dolum eius procuratoris, non quidem priorem, quem admiserat ante litem contestatam cum debitoribus domini, sed posteriorem tantum siue præsentem, vt loquitur *l. 4. §. quæsitum 2. sup. hoc tit.* & ibi Basilica recte interpretantur, τὸν μετὰ προκατάρξιν: dolum scilicet admissum post litem contestatam cum debitoribus dominis, domino nocere opposita exceptione doli mali, ex persona procuratoris, qui quid in lite fecit dolo malo. Et mox subiecisse Paulus videtur quod exstat hoc loco, *etiam actoris, qui exigendis pecuniis præpositus est,* nedum procuratoris dati ad agendum posteriorem dolum, id est, dolum admissum, posteaquam pecunias exigere cœpit, vel admissum in pecuniis exigendis, sicut procuratoris dolum admissum, posteaquam de pecuniis domino debitis agere cœpit, domino nocere. Et hac in re scilicet distare procuratorem specialiter datum ad agendum, a procuratore omnium rerum, cui generaliter libera rerum administratio commissa est; Illius posteriorem tantum dolum: huius, qui generale mandatum habuit, dolum omnem, id est, tam priorem, quam posteriorem domino nocere, vt *d. §. quæsitum.* Ac præterea illum, qui speciale tantum mandatum habet ad agendum, agere tantum posse cum debitoribus domini. Hunc, qui generale mandatum habet & agere & exigere, & nouare, & aliud pro alio permutare posse, vt etiam ex hoc libro Pauli proditum est in *l. 58. de procur.*

Ad l. 58. de procur.

Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare.

Vbi tamen in Florentinis deest verbum *nouare,* quod aliæ editiones agnoscunt, atque etiam Basilica, in quibus ita est, καὶ μετατιθέναι, quod est nouare, καὶ ἀντάλλαγὴν ποιεῖν, *quod est permutationem facere.* Itaque in Florentinis ver-

bum illud deest, non abest, sed deest. Et adde *ad d. l.* 58. eum etiam, qui generale mandatum habet, soluere posse creditoribus domini, *l.* 59. *eod. l. quodlibet, de solut.* & institorem præponere posse, *l.* 6. *de instit. act.* & societati renuntiare, *l.* 65. §. *renuntiare, pro soc.* & iusiurandum deferre, *l.* 17. §. *vlt. de iureiur.* Eadem vero differentia constituenda inter actorem ad pecunias exigendas constitutum tantum, & actorem omnium rerum domini sui. Illius actoris, qui specialiter constitutus est ad pecunias exigendas, dolus tantum posterior domino nocet: huius autem actoris, cui generaliter omnes domini res commissæ sunt, & prior & posterior dolus domino nocet. Nihil est apertius.

Sequitur in l. 5. §. si seruus.

Species hæc est: Procurator, cui specialiter mandaueram, vt Stichum seruum meum venderet, eum vendidit, & mox redhibitus est mihi ob morbum, aut vitium aliquod latens. post redhibitionem, quæ omnino emptionem venditionem rescindit, si procurator cum emptore agat de pretio actione ex vendito, repelletur exceptione redhibitionis, vt ait, quæ est doli mali, *l.* 59. *de ædil. edic.* Repelletur, inquam, hac exceptione, quamuis iam ipse pretium mihi prorogauerit ex arca sua nondum acceptum ab emptore, sed ego illi tenebor actione mandati contraria, vt id, quod pretij nomine de suo mihi prorogauit, ei restituam, quia redhibitione facta perinde omnia in integrum restitui debent, atque si neque venditio, neque emptio intercessisset, *l.* 60. *de ædil. edic.* Eodemque modo procuratori, qui seruum vel quamlibet rem vendidit mandatu domini, necdum tradidit emptori, licet iam pretium de suo, domino soluerit agenti de pretio aduersus emptorem actione ex vendito, obstat exceptio mercis non traditæ, rei, quæ væniit, non traditæ, cuius formula hæc exstat in *l. qui pendentem, de act. emp. Si ea pecunia, qua de agitur non pro ea re petitur quæ væniit, neque tradita est.* Hæc est exceptio mercis rei non traditæ. Verum actione mandati a domino consequitur quod ei prorogauit. Idemque subiicit in hoc §. omnino seruari in procuratore voluntario, qui vendendi mandatum non habuit, id est, in negotiorum gestore. Nam & hic re domino redhibita, vel non tradita emptori, si pretium petat ab emptore, repelletur, licet domino soluerit pretium de suo. Eo tamen nomine in dominum salua ei est & integra actio mandati contraria.

Ad §. si eum qui.

Explicabimus etiam §. *si eum qui*, qui est penult. §. *vlt.* reseruabimus crastinæ recitationi. Sunt elegantes & summe notandæ omnes species, quæ proponuntur in hac lege. Species hæc est: Eum, qui mihi volebat donare ingentem pecuniam supra modum legis Cinciæ, delegaui creditori meo, cui tantundem debebam. Quæritur, an exceptio immodicæ donationis, quæ mihi opponi poterat ex l. Cincia, possit opponi creditori meo, cui donatorem delegaui? Et recte ait, non posse, quia creditor meus suum petit, suo nomine agit, non meo, & in promissione ei facta, nulla donatio est. Quod confirmat *l.* 19. *de nouat.* quæ a me fuit exposita lib. 69. Et cum generaliter definiuisset doli exceptionem, quæ deleganti opponi potest, cessare in persona creditoris, cui quis delegatus est, & subiecisset idem seruari in similibus exceptionibus, veluti pacti conuenti, rei iudicatę, iurisiurandi, quod metus causa factum sit, etiam licet addere immensæ, *vel immodicæ donationis*, vel, *quod libertatis onerandæ causa factum sit*, ex *l.* 1. §. *siue autem, tit. seq.* Et eodem modo, si mulier nuptura, eum, qui sibi donare volebat certam summam supra legitimum modum, marito delegauerit, vt eam summam marito promitteret dotis nomine, deneganda ei erit aduersus maritum, qui dotem ab eo petit, id est, pecuniam dotis nomine promissam, exceptio immodicæ aut immensæ donationis, ex persona mulieris, quia maritus quodammodo creditor est, *l. ex promissione, de obligat. & act. l. vlt.* §. *in maritum, quæ in fraud. cred.* Qua ratione etiam ex persona mulieris exceptio doli mali marito non nocet, qui dotem persequitur sibi promissam ab eo, quem sibi mulier delegauit, cum indotatam vxorem ducturus non fuerit: namque ob id pro creditore habetur, quod pro oneribus matrimonij dotem sibi promissam persequatur suo nomine. Sed vt subiicit, si iam diuerterit, si iam diuortio facto solutum sit matrimonium, atque ita res sit in eam causam redacta, vt dos reddenda sit mulieri, & dotem petat a promissore sibi delegato nondum exactam, tunc sane ex persona mulieris plane locum habebit exceptio doli mali, *l. si donaturus, in fi. de cond. caus. data causa non sec.* At manente matrimonio marito agenti aduersus debitorem mulieris sibi delegatum ab vxore dotis causa, non obstat exceptio doli ex persona vxoris, sed quia aduersus mulierem tutus erat exceptione doli, integra illi erit & salua aduersus eandem mulierem condictio certi, vt repetat ab ea, quod marito soluit ex delegatione: vel condictio incerti, vt scilicet fundus, quem marito soluerit, facto & opera mulieris a marito liberetur. Veluti muliere ipsa dotem soluente marito, vt *l. quum in fundo* §. *vlt. de iure dot.* Quod & in alio creditore quolibet seruatur, cui creditor debitorem suum delegauit, vt & si aduersus eum creditorem, cui debitor delegatus est, non possit se debitor tueri exceptione doli, qua se tueri poterat aduersus delegantem, integra tamen sit ei condictio certi vel incerti, integer regressus aduersus delegantem, vt indemnis damno seruetur ab eo, cui delegatus est. Et nota, de creditore, vel quasi creditore, veluti marito, qui dotem persequitur hæc dici, cui debitor debitoris delegatus est, de quo etiam nominatim loquitur *l.* 19. *de nouat.* exposita libro 69. Nam de donatario, qui causam lucratiuam habet, si debitorem suum donator delegauerit, donatario, inquam, cui donator debitorem suum delegauit, exceptio doli nocet, quæ deleganti poterat opponi, *l. Iulianus, hoc tit.* Quod hic recte glossa notauit: Semper enim in hac quæstione separanda est causa lucratiua a non lucratiua: creditor non habet causam lucratiuam, qui suum repetit. Itaque recte in *d. l.* 19. *Doli*, inquit, *exceptio, quæ poterat opponi deleganti, cessat in persona creditoris.* recte creditoris. Nam non cessat in persona legatarij vel donatarij. Quod confirmatur etiam *l.* 6. *de except.* quam exposuimus.

Ad l. 14. de donat. inter vir. & vxor.

Quod si vir vxori, cuius ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum pecuniam donauerit, valet donatio in tantum, in quantum ædificij exstructio postulat.

Paulus in *l.* 5. *de doli except.* varias proposuit species, in quibus locum habet exceptio doli mali, quibus, priusquam veniam *ad* §. *vlt. d. leg.* 5. qui expediendus restat ex eodem libro, adiiciam alias duas species. Priorem sumam ex *l.* 14. *de donation. inter vir. & vxor.* Donationes factæ inter virum & vxorem non valent, nisi certis ex causis, veluti si fiant manumissionis aut sepulturæ gratia, aut diuortij, aut exilij, aut mortis causa: quæ non valent, reuocantur per rei vindicationem, si res donatæ exstent, vel si consumptæ sint, per condictionem sine causa, vel ex iniusta causa, *l.* 5. §. *vlt. & l.* 6. *hoc tit. de donat. inter vir. & vxor.* quæ valent si repetantur, obstat exceptio doli mali, vt in specie huius legis 14. Si vir vxori, cuius ædes incendio consumptæ erant, pecuniam donauerit, qua eas reficeret, donatio valet. Quia ea tantum donatio non valet, ex qua is, cui donatur, locupletior fit, quod multæ admodum leges ostendunt in hoc titulo. At mulier ex ea pecunia non videtur facta locupletior, quæ tantum amiserat, quantum accepit. Pecunia scilicet, quæ illi donata est a viro in refectionem diruti consumptive ædificij, non auget patrimonium mulieris, se

ſed ſupplet tantum vel explet lacunam, quæ patrimonio mulieris contigerat. Itaque repetenti marito eam pecuniam merito opponetur exceptio doli mali: *quod dolo malo faciat, qui rite perfectam donationem reuocat.*

Ad l. 2. iud. ſolui.

Cum lite mortua nulla res ſit: ideo conſtat, fideiuſſores ex ſtipulatu iudicatum ſolui non teneri.

ALiam ſpeciem ſuppeditat *l. 2. iudicatum ſolui.* quæ eſt etiam ex hoc libro. Si pro lite reus ſatiſdet iudicatum ſolui, cui ſtipulationi ineſt etiam clauſula de re defendenda & de dolo malo, *Lite mortua*, vt ait, *quia iam nulla res eſt*, quæ defendi poſſit, fideiuſſores ex ſtipulatu non tenentur, cum effectu ſcilicet, quia ſtipulatori obſtat exceptio doli mali. Et *mori* dicitur lis, vt *l. 3. quæ in fraud. cred.* generaliter quidem, quæ finita eſt ſolutione, tranſactione, vel acceptilatione, *l. 13. inf. hoc tit.* vel lege conceſſis nouis tabulis vt vocabant, vel abſolutione, *l. pen. de dolo.* vel adrogatione eius, quo cum agebatur, *l. 11. de iudic.* Sed ſpecialiter & proprie mori dicitur lis lapſu temporis, conſtitutione præfinito ad finiendas lites, *l. properandum §. huiuſmodi, C. de iudic.* Atque ita lite mortua, id eſt, lite non finita intra præfinitum tempus, quod hodie eſt triennium, intra quod vnaquæque lis finiri debet: lite, inquam, mortua, tranſactis legitimis temporibus, finiendis litibus præſtitutis, quia iam nulla res eſt, quæ defendi poſſit, fideiuſſores, qui iudicatum ſolui ſpoponderant, liberantur per exceptionem doli mali. Et hæ ſunt duæ ſpecies, quas velim addi *d. l. 5.* Reſtat *d. l. 5. §. vlt.*

Ad §. vltimum leg. 5. modo explicatæ.

IN quo Paulus oſtendit, quod & ſe hoc libro explicaturum pollicitus erat in *l. 1. h. tit. de dol. except.* exceptionem doli finitam & circumſcriptam non eſſe tempore certo, ſicut & actionem de dolo, quæ finiebatur olim anno vtili, hodie finitur biennio: ſed exceptionem doli perpetuo competere, allata etiam elegantiſſima ratione diuerſitatis inter actionem & exceptionem: quia *actor quidem in ſua poteſtate habet, quando vtatur iure ſuo*, quando agat, & merito culpatur, ſi non agat intra legitimum tempus monendæ actioni præſcriptum, *is autem quo cum agitur, non habet poteſtatem, quando conueniatur.* Et ei igitur defenſiones dandæ ſunt, quibus vti perpetuo poſſit, niſi ſi quæ ſpecialiter circumſcriptæ ſint certis temporibus, vt exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ circumſcribitur hodie biennio. Exceptio igitur doli mali eſt perpetua. Adiectio etiam de dolo, quod notandum, puta, doli clauſula, quæ adiicitur actioni de peculio: *Et ſi quis dolo malo captus fraudatuſve ſiet, l. in bonæ fid. de pecul. perpetua eſt*, niſi forte prætor ex cauſa eam non patiatur egredi tempus actionis de dolo *l. quæſitum §. vlt. eod. tit. de pecul.* quem §. male Accurſius accepit de replicatione doli, cum ſit de adiectione de dolo, alij actioni adplicita. Idem Accurſius hoc loco docet, aliquando non exſpectato actore, reum prouocare poſſe ad iudicium, vltro conteſtando exceptionem, quam habet. Quo genere, exceptio ſi temporalis fuerit, perpetua fit: ſicut & actionem temporalem conteſtatione perpetuari conſtat, vt exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ finitur quinquennio iure veteri, & biennio iure nouo. Et hoc ſatis probat aperte *l. ſi intra, C. de non numer. pecun. & l. vlt. C. de cond. ex lege.* Item notat recte Accurſius, aliquando a reo creditorem interpellari, vt agat, ſi quid ſibi deberi putet (quod ſtudioſi vrbe, in qua aliquandiu morati ſunt ſtudiorum cauſa, diſceſſuri, recte facturi ſunt) ne intempeſtiue, (vt gloſſæ referunt) multis in locis, dum conſcendunt equum, dum pedem habent in ſtapia, vt loquitur, ſic vocatur in antiquis inſcriptionibus, *pes hæſit ſtapiæ*, atque ita dilaceratus eſt ab equo. Græci vocant ἀναβολεῖα, ne intempeſtiue, inquam, in ius vocentur. Qua de re tractatur in *l. diffamari, C. de ingen. manud.* Verum hæc nihil officiunt rationi traditæ in hoc §. quod reus non habeat poteſtatem, quando conueniatur. Quoniam hæc raro contingunt, vt anteuertat reus actorem. Et hæc ratio Pauli confirmatur etiam *l. pen. C. de temp. in integr. reſtitut.* Non eſt autem nouum, vt qua ex cauſa actio eſt temporaria, ex eadem ſit exceptio perpetua; nam & interdictum vnde vi eſt annuum, exceptio de vi perpetua, *l. 5. C. de exception.* Vnde & Doctores generaliter efficiunt, ea quæ ſunt temporalia ad agendum, eſſe perpetua ad excipiendum. Ac proinde actionem quidem reſciſſoriam, quę datur iis, quorum res vſucapæ ſunt, cum abeſſent reipublicę cauſa eſſe annuam, *l. in honorariis, de ob. & act.* actionem autem eius exemplo comparatam, *l. 28. §. pen. ex quibus cauſis maior.* poſſeſſori eſſe perpetuam, vt ibi Odofredus notat. Nunc reſtat tantum ex hoc libro *l. 2. quar. rer. actio non datur.*

Ad l. 2. quar. rer. actio non datur.

Si filiofamilias delatum ſit iuſiurandum, & iurauerit, patrem ſuum dare non oportere: danda eſt patri exceptio.

1. §. Si in alea rem vendam, & ludam, & euicta re conueniar: exceptione ſummouebitur emptor.

2. §. Si ſeruus promittat domino pecuniam, vt manumittatur, cum alias non eſſet manumiſſurus dominus, eamque liber factus ſpondeat: dicitur, non obſtare exceptionem patrono, ſi eam petat: non enim onerandæ libertatis cauſa, hæc pecunia promiſſa eſt: alioquin iniquum eſt, dominum & ſeruo carere, & pretio eius. Totiens ergo onerandæ libertatis cauſa pecunia videtur promitti, quotiens dominus manumiſit, & propterea velit libertum pecuniam promittere, vt non exigat eam, ſed vt libentius eum timeat, & obtemperet ei.

QVæ eſt de exceptione iuriſiurandi, & de exceptione, quod in alea geſtum ſit, & de exceptione, quod libertatis onerandæ cauſa factum ſit. Si patre litigante cum creditore, filiofamilias eius delatum ſit iuſiurandum, & filius iurauerit patrem dare non oportere, patri prodeſt exceptio iuriſiurandi, vt *l. vlt. de except.* ſibique imputabit aduerſarius, quod filiofamilias iuſiurandum detulerit. Et ita etiam exceptio pacti, ſi filiusfamilias pactus ſit æs alienum a patre non peti, prodeſt, *l. ſi tibi §. vlt. & ſeq. de pact.* Iuſiurandum pro pacto cedit, *l. tutor, de iureiur.* Et hoc eſt quod pertinet ad initium huius legis.

Ad §. 1.

IN §. 1. agitur de exceptione, quod in alea geſtum ſit, de qua & in *l. in exceptionibus, de probat.* Si in alea rem vendam, vt ludam, & emptori ea res euincatur, emptori agenti etiam ex empto euictionis nomine, obſtat exceptio, quod in alea geſtum ſit, quia ſibi imputare debet, qui in alea, luſu prohibito, vetito legibus emit rem a luſore, qui pecuniam mox aleæ permiſſurus erat. Quod argumento etiam recte dices, & in alea creditę ad ludendum efficacem repetitionem non eſſe. Obſtare enim hanc exceptionem, *quod in alea mihi credideris.* Et huius rei argumentum præbet *l. quod ſi minor §. reſtitutio, de minoribus.* Et eſt ſumme notanda.

Ad §. vlt.

IN §. vlt. huius legis 2. agitur de exceptione, quod libertatis onerandæ vel opprimendę cauſa factum ſit, de qua & in *l. 1. hoc tit. & l. 7. de except.* Cui exceptioni locum eſſe Paulus docet, non ſi ſeruus domino pecuniam promiſerit pro capite, vt fieret liber, quoniam hęc conuentio licita eſt, & frequentiſſima: ſed ſi ſeruo vltro manumiſſo, poſtea dominus pecuniam ab eo ſtipuletur, non tam, vt eam exigat, quam vt libertum ſibi deuinctum, & obnoxium habeat, quo plus eum libertus revereatur, aut timeat, quove magis ei obtemperet, quę res maxime onerat li-

bertatem. Atque ideo & hæc conuentio rata non eſt. Nam ſi ex ea dominus agere pergat, repelletur exceptione, *quod libertatis onerandæ cauſa factum ſit*, de qua exceptione ſi plura ſcire deſideras, adi, ſi placet Obſeruat.16.cap.8. Hic vero eſt finis libri 71.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXXII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

PARTEM hodie explicaturus ſum libri 72. poſt exceptiones ſiue præſcriptiones, de quibus ſcripſit tribus libris ſuperioribus. Sequentibus aliquot libris Paulus expoſuit, quæ eſſent communia omnium obligationum, & quo iure eſſent verborum obligationes ſiue ſtipulationes, quæ cæterarum obligationum omnium firmandarum cauſa introductæ ſunt auctore eodem Paulo *lib.5.ſententiar.tit.7.* Sunt denique ſtipulationes παράλληλοι omnium obligationum. Et vt ait *l.5.§.conuentionales, de verbor. oblig.* tot ſunt genera ſtipulationum, quot pene dixerim rerum contrahendarum. namque pendent ex negotio ante geſto. nec quidquam valent ſtipulationes, niſi præcedat negotium aliquod, cui formando ſubiiciantur. Et hunc vero ordinem etiam ſeruauit Tribonianus in Digeſtis. Nam poſt exceptiones dedit titulum de obligationibus, & actionibus, & titulum de verborum obligationibus. Et generaliter quidem de obligationibus ex hoc libro id habemus, quod exſtat in *l.43. de ob. & act.*

Ad l.43. de oblig. & act.

Obligari poteſt paterfamilias, ſuæ poteſtatis pubes, compos mentis. Pupillus ſine tutoris auctoritate non obligatur iure ciuili. Seruus autem ex contractibus non obligatur.

OBligari poſſe patremfamil. ſuæ poteſtatis. Vbi fruſtra videtur addere *ſuæ poteſtatis*, quoniam nullus videtur eſſe paterfamilias quin ſit ſuæ poteſtatis. Imo paterfamilias nihil aliud eſt, quam homo ſui iuris, ſuæ poteſtatis, ſuæ ſpontis. Ergo, vt dixi, fruſtra videtur addere ſuæ poteſtatis, niſi ſit aliquis paterfamilias non ſuæ poteſtatis. Et ſane non ſuæ poteſtatis paterfamilias videtur eſſe, qui in poteſtate curatorum eſt, vt loquitur *l.1. de cur. fur.* veluti is, cui bonorum ſuorum adminiſtratione ob diſſolutos mores interdictum eſt, de quo etiam in *l.12. tabul. In eo pecuniaque eius agnatorum gentiliumque poteſtas eſto.* Hic non videtur eſſe ſuę poteſtatis. Quamobrem etiam conſtat, eum ex contractibus obligari non poſſe, *l.6. tit. ſeq.* Ergo vt paterfamilias obligetur, neceſſe eſt, vt prorſus ſit ſuæ poteſtatis, vt nec ſub tutorum, neque ſub curatorum poteſtate agat. Neceſſe eſt etiam, quod Paulus ſubiicit, vt ſit *pubes*. nam impubes ſiue ſit in poteſtate patris, ſiue ſub tutoribus agat, non poteſt obligari ex contractibus. Ille qui eſt in poteſtate patris, ne patre quidem auctore obligari poteſt, *l.vlt.§.pupillus, tit.ſeq.* At ille, qui eſt in poteſtate tutoris, tutore auctore obligari poteſt: ſine tutoris auctoritate non item, videlicet, iure ciuili, vt additur hoc loco. Proinde ſine tutoris auctoritate ciuiliter obligari non poteſt, ita vt cum eo agi poſſit ex cauſa obligationis. Naturaliter enim ſiue iure naturali etiam ſine tutoris auctoritate pupillus obligatur, ſi ex negotio, quod geſſit cum alio locupletior factus ſit: nam hoc natura æquum eſt, ne quis locupletior fiat cum aliena iactura. Et hoc eſt ex conſtitutione diui Pij, quæ ex ea obligatione vtilem actionem dedit, *l.13. §. vlt. & l.ſeq. de cond. indeb. l. pupillus, de auct. tut. l.3.§. pupillus, de negot. geſt. l.3. commod.* Pubes autem, etiamſi curatorem habeat, ſine curatoris auctoritate obligari poteſt, *l. puberes 101. tit. ſeq. Puberes*, inquit, *ſine curatoribus ſuis*: quia ait, *ſuis*, ergo ſine curatoribus quos habent, *promittendo ſtipulatoribus obligantur*. Item neceſſe eſt, vt paterfamilias, quod & hic Paulus proponit, ſit compos mentis: furioſum enim certum eſt ex contractibus nullo iure obligari poſſe, natura manifeſtum eſt *l.1. §.pen. hoc tit. l.6. tit. ſequenti*, quod & conſequentia ipſa qualitatum propoſitarum initio legis, quæ in patrefamilias deſiderantur, vt obligari poſſit, nempe vt omnino ſit ſuæ poteſtatis, vt pubes, vt compos mentis, ſuadet ſubiecisse Paulum his verbis: *Furioſus autem ex contractibus non obligatur.* Et recte ait *ex contractibus*: nam ex reipſa vel ex quaſi contractibus, quoties actio ex re venit ſine conuentione vlla, obligatur etiam ſine curatore: vt ſi patri, ipſo iure, furioſus heres exſtiterit, reipſa æri alieno obligatur: vel etiam ſi furioſus communem fundum habeat cum alio, qui in eum fundum aliquid impenderit vtiliter, iudicio communi diuidundo obligatur, quia obligatio non ex conuentione venit, ſed ex reipſa naſcitur per ſe, *l. furioſus, hoc tit. l.3. §. & ſi furioſus, de negot. geſt.* Itaque conſequentia rerum ſuadet quodammodo, vt in fine legis legamus: non ſeruus, vt vulgo legitur, ſed furioſus autem ex contractibus non obligatur. Vt quod dixit, *pupillum* non obligari iure ciuili ſine tutoris auctoritate, reſpondeat propoſitioni ſuperiori, patremfamilias puberem obligari: & quod ſequitur, & *compotem mentis*, ei reſpondeat extrema clauſula, furioſum autem ex contractibus non obligari. At, vt nihil mutes, licet quidem per me, verum hac lege, vt ſi legas, *ſeruus*, repetas ἀπὸ κοινοῦ, verba ſuperiora, *iure ciuili*, pupillus iure ciuili non obligatur, vt inquam, & in ſeruo hæc repetas, ſeruus autem iure ciuili ex contractibus non obligatur, nam iure naturali ſeruus ex contractibus fere omnibus obligatur, *l.14. hoc tit. l.19. in princip. de negot. geſt. l.13. in princ. de cond. indeb.* Nihil ſane faciebat hæc adnotatio de ſeruo ad propoſitionem huius legis, quoniam certiſſimum eſt, ſeruum non eſſe patremfamilias. Verum ad hæc, de filiofamilias quæri poteſt; quoniam propoſitio eſt de patrefamilias, an filiusfamilias obligari poſſit ex contractibus. Sed hoc iam ante definitum fuit in *l. filiusfamil. hoc tit.* Filiumfamilias ex omnibus cauſis tanquam patremfamilias obligari ſolere, & ob id agi in ſolidum cum eo poſſe, vt repetit, tanquam cum patrefamilias, *l.39. ſup. hoc tit. l. vlt. §. pupillus, tit. ſeq. l.6.§. ſi filiusfamil. de action. emp.* Si tanquam paterfamilias, ergo non niſi pubes & ſanæ mentis. Quod ergo initio conſtitutum fuit, vt paterfamilias obligari poſſit, qui modo ſuæ poteſtatis eſſet, quique pubes & ſanæ mentis, tractum eſt poſtea etiam ad filiumfamilias. Porro huic legi coniungendam eſſe opinor *legem 20. de nouat.* quæ etiam eſt ex hoc libro.

Ad l.20. de nouat.

Nouare poſſumus aut ipſi, ſi ſui iuris ſumus: aut per alios, qui voluntate noſtra ſtipulantur.

1. §. *Pupillus ſine tutoris auctoritate non poteſt nouare. Tutor poteſt, ſi hoc pupillo expediat. Item procurator omnium bonorum.*

HÆc lex ait nouare nos poſſe obligationem per noſmetipſos, ſi ſui iuris ſumus interpoſita ſtipulatione ſcilicet, in quam veterem obligationem transfundamus, per noſmetipſos, ſi ſui iuris ſumus, vel per alios, qui voluntate noſtra ſtipulentur nouandæ prioris obligationis cauſa: veluti per filiumfamilias, aut per ſeruum iubendo vel ratum habendo, vt idem Paulus ait *5. Sentent. tit.8.* vel per procuratorem ſpecialem, vel vt ait *in fine huius leg.* per procuratorem omnium bonorum, cui ſcilicet generaliter ſit conceſſa libera adminiſtratio omnium bonorum, quod & ſuperiore libro traditum *l.58. de procurat.* quæ & forſan huic libro reddenda eſt, & connectenda extremo huius legis, quod eſt de procuratore omnium bonorum, quem

quem ait nouare posse obligationem domini: & quem *d. l.* 58. adiicit, etiam exigere posse æs alienum domini. Et addit aliud pro alio permutare. His autem verbis *si sui iuris sumus*, Paulus hoc loco nō excludit filiosfamilias aut filiumfamilias. Nam filiusfamilias etiamsi sui iuris non sit, tametsi patris obligationem sine voluntate patris nouare non possit, suam tamen obligationem nouare potest, *l. filius, hoc tit.* Ergo his verbis, *si sui iuris sumus*, non excluduntur prorsus, qui sunt alieni iuris, neque enim excluditur filiusfamilias. Verum meo quidem iudicio his verbis excluduntur ij, qui sub curatoribus agunt, qui sub tutoribus, aut curatoribus agunt, vt in *l.* 43. quam ante exposui, *& l.* 2. §. 1. *de pollicit.* Vnde & mox subiicit recte in hac l. 20. pupillum ad differentiam scilicet eius, qui sui iuris est, qui paterfamilias est sui iuris: pupillum, inquam, quamvis sit paterfamilias sine tutoris auctoritate nouare obligationem non posse. Tutorem nouare posse pupilli obligationem, si hoc pupillo expediat. Quid hoc est? An non etiam pupillus ipse sine tutoris auctoritate, si hoc ei expediat, poterit nouare obligationem suam? an non poterit meliorem conditionem suam facere etiam absque tutore? Et ita quidem suadet hic locus, vt dicamus ducto argumento ex contrario sensu, cum dicat, tutorem posse nouare, si hoc pupillo expediat, pupillum autem dicat abscisce, non posse nouare: & sane quamvis aliter Accursius sentiat, hoc puto tamen esse verius, vt nec si hoc reuera pupillo expediat, possit pupillus nouare obligationem suam: sicut nec hereditatem potest adire, quamvis lucrosa sit, §. *neque, Instit. de auctor. tut.* non potest adire hereditatem, quamvis re ipsa sit lucrosa, sub incerto scilicet. Et similiter igitur nec in dubiam ire aleam amittendæ obligationis per nouationis causam, etiamsi in veritate hoc ei expediat, cuius rei arbitrium non debet permitti pupillo, cuiusve rei periculum tutori, qui iudicio valet, recte permittitur. Vnde & recte Doctores hoc loco interpretantur, tutorem posse, si hoc pupillo expediat, id est, si hoc putet pupillo expedire: At pupillus ipse id discernere non potest.

Ad l. 83. De verbor. obligat.

Inter stipulantem & promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens, daturum facturumve eum, non obligatur. nam de se quemque promittere oportet, & qui spondet, dolum malum abesse abfuturumve esse: non simplex abnutiuum spondet: sed curaturum se, vt dolus malus absit. Idemque in illis stipulationibus, habere licere, *item neque per te*: neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat.

1. §. *Si Stichum stipulatus, de alio sentiam, tu de alio: nihil actum erit. quod & in iudiciis Aristo existimauit. Sed hic magis est, vt is petitus videatur, de quo actor sensit. Nam stipulatio ex vtriusque consensu valet. iudicium autem etiam in inuitum redditur, & ideo actori potius credendum est. alioquin semper negabit reus, se consensisse.*

2. §. *Si, stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu vnum daturum te spoponderis: constat, non teneri te, nec ad interrogatum esse responsum.*

3. §. *Diuersa causa est summarum: veluti*, decem aut viginti dare spondes? *Hic enim etsi decem spoponderis, recte responsum est: quia semper in summis, quod minus est, spondere videtur.*

4. §. *Item si ego plures res stipuler, Stichum puta, & Pamphium: licet vnum spoponderis, teneris. Videris enim ad vnam ex duabus stipulationibus respondisse.*

5. §. *Sacram, vel religiosam rem, vel vsibus publicis in perpetuum relictam, vt forum, aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor: quamvis sacra, profana fieri: & vsibus publicis relicta, in priuatos vsus reuerti: & ex libero seruus fieri potest. Nam & cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit: liberatur si sine facto eius res sacra esse cœperit, aut Stichus ad libertatem peruenerit. Nec reuocantur in obligationem, si rursus lege aliqua & res sacra profana esse cœperit, & Stichus ex libero seruus effectus sit. Quoniam vna atque eadem causa & liberandi & obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam & si nauem, quam spopondit, dominus dissoluit, & iisdem tabulis compegerit: quia eadem nauis esset: inciperet obligari. Pro quo & illud dici posse Pedius scribit: Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini: exspectare debeo, donec nascatur: & si natum, sine culpa promissoris consumptum sit: rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur, & dari possit, & per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem. sed hæc dissimilia sunt. adeo enim cum liber homo promissus est, seruitutis tempus exspectandum non esse, vt ne hæc quidem stipulatio de homine libero probanda sit,* Illum, cum seruus esse cœperit, dare spondes? *Item*, cum locus ex sacro religiosove profanus esse cœperit, dari? *Quia nec præsentis temporis obligationem recipere potest: & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem. vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur, & tacite in ea tempus continetur. homo liber certa specie continetur. & casum aduersamque fortunam spectari hominis liberi, neque ciuile neque naturale est. Nam de his rebus negotium recte geremus, quæ subiici vsibus dominioque nostro statim possunt, & nauis si hac mente resoluta est, vt in alium vsum tabulæ destinarentur: licet mutato consilio perficiatur: tamen & perempta prior nauis, & hæc alia dicenda est. Sed si reficiendæ nauis causa omnes tabulæ refixæ sint, nondum intercidisse nauis videtur. & compositis rursus, eadem esse incipit. sicuti de ædibus deposita tigna, ea mente, vt reponantur, ædium sunt. sed si vsque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad prætorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cauetur, & an eadem res sit, quæritur.*

6. §. *Si rem, quam ex causa lucratiua stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucratiua: euanescit stipulatio. sed si heres extitero, dominio exstinguitur stipulatio. Si vero a me herede defunctus eam legauit, potest agi ex stipulatu. Idemque esse, & si sub conditione legata sit: quia & si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur. Sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.*

7. §. *Stichum, qui decessit si stipuler: si quidem condici etiam mortuus potuit, vt furi: vtiliter me stipulatum, Sabinus ait: Si vero ex aliis causis, inutiliter: quia & si debetur, morte promissor liberetur. Idem ergo diceret: & si mora facta defunctum stipularer.*

8. §. *Si quis ancillam sistere se in aliquo loco promiserit, quæ prægnans erat: etsi sine partu eam sistat, in eadem causa eam sistere intelligitur.*

HÆc lex multa in se continet de stipulationibus Ego hodie initium tantum legis exponam. Docet initio, de se quemque stipulanti promittere debere, non de alio, puta, se daturum vel facturum: si de alio promiserit: *Promittis L. Titium illud daturum, facturumve?* *promitto*, inutilem esse stipulationem, & adeo inutilem esse, vt ea sit solummodo vtilis, per quam negotium geritur inter stipulantem, & promittentem, inter contrahentes, ita scilicet vt promissor obligetur stipulatori. At inter stipulantem & promittentem non geritur negotium, si non se quis, sed alium daturum facturumve promittat. Itaque stipulatio non valet alieni facti, *l. sicut reus, inf. de fideiuss. l.* 38. *in princ. hoc tit.* nisi, sunt addendæ duæ exceptiones, nisi simul qui promittit alium facturum pœnam promittat, ni alius fecerit, *l. nouissima, iud. solui.* §. *versa vice, Inst. de inut. stip.* Qua ratione etiam sustinetur stipulatio interposita a procuratore vel defensore, ratam rem dominum habiturum, vel amplius neminem petiturum, quia subiectam pœnam habet, quanti ea res erit *l.* 19. *rem ratam hab.* Altera exceptio hæc est, nisi quis ita promiserit, hocve sensu & hac mente, curaturum vel effecturum se, vt alius daret vel faceret, quia hoc modo suum, non alienum factum in stipulationem deducit, vt §. *si quis alium, Inst. de inut. stip.* Et vt ostenditur §. 1. huius legis, hoc sensu accepta hæc stipulatio, quæ est frequentissima,

dolum malum abesse, absuturumque esse, sustinetur, quia non simplex quis, vt ait, abnutiuum promittit, quod Philoxenus interpretatur ἀπωμοτικὸν, id est, non simpliciter promittit, se nihil dolo malo facturum heredemve suum, sed etiam adnutiuum promittit, κατωμοτικόν, videlicet curaturum se, ne quis alius quid in ea re dolo malo faciat, dolum malum abesse, absuturumque esse, non a se tantum, heredeve suo, sed etiam ab omnibus aliis, præstaturum se omnium dolum. Eodemque modo accipitur hæc stipulatio, *habere licere: rem quam emi de te mihi habere licebit:* qua emptor sibi prospicit de euictione generaliter: nempe daturum operam venditorem, præstaturumque ne quis eam rem euincat emptori, qua de re in *l. ex empto §. qui autem, de act. empt.* Eandemque interpretationem recipit hæc stipulatio, *neque per te, neque per heredem tuum fiet, quo minus mihi ire agere liceat per tuum fundum.* Cui stipulationi respondet, & hoc respondisse intelligitur, curaturum se, vt per quemcumque alium stipulatori ire agere liceat. Denique promissor non simplex abnutiuum promittit, id est, se non facturum, quo minus ire agere liceat, sed etiam se facturum vt per omnes ire agere liceat, vt eunti agenti nemo impedimentum adferat, vt *l. 50. hoc tit.* Et similiter, qui promittit, quive constituit certam personam pro se fideiussuram, quæ conuentio valet, *l. eum qui §. 1. de const. pec.* de se promisisse intelligitur, non de alio, nempe daturum se illum fideiussorem: mandaturum se illi, vt pro se fideiubeat: effecturum se, vt ille pro se fideiubeat. Atque ita hæc stipulatio etiam alieni facti stipulatio non est. Reliqua persequemur proxima recitatione.

Ad §. si Stichum.

VEnio ad §. *si Stichum.* In stipulationibus, si contrahentes dissentiant in corpore, quod in stipulationem deducitur, vt si quis stipuletur *Stichum*, & de alio sentiat ipse, de alio promissor, nulla stipulatio est. Idemque in iudiciis Aristo existimabat, petito scilicet Sticho nullum esse iudicium, si de alio Sticho sentiat actor, de alio reus. Quam sententiam Aristonis merito hoc loco improbat Paulus, quia non eadem est ratio stipulationum & iudiciorum. Stipulationes ex vtriusque partis consensu perficiuntur, *l. continuus §. 1. inf. hoc tit. l. 1. §. pen. de pact. l. 5. de transact.* Verborum conceptio solemnium est summa pars perficiendæ stipulationis. Iudicia autem redduntur in inuitum, in non consentientem. Trahimur in iudicium, litemque contestamur inuiti, *l. summa §. vlt. de pecul.* Vnde & actionibus nomen, si Theophilo credimus, quod inuitos agant & propellant in iudicium. Et ideo licet petito Sticho, de alio Sticho actor sentiat, de alio reus, iudicium consistit: & is Stichus censetur in iudicium venisse, de quo actor sensit, alioquin reus, cuius proprium est fugere & negotium trahere, quantum potest, semper diceret se non consensisse, *l. solemus, de iudic.* Et ex hac varietate etiam fit, vt nouatio, quæ fit per stipulationem, dicatur voluntaria: quæ autem fit iudicio accepto, dicatur necessaria, *l. aliam, de nouat. l. vlt. de separat.* Non poterat quidem iudex esse inter priuatos, nisi is, de quo inter partes conuenisset, vt M. Tull. docet in orat. *pro Cluent.* At is de quo conuenisset, iudex dari & esse poterat iudiciumque constitui, etiamsi de re non conuenisset, id est, etiamsi in re, quæ in iudicium deduceretur, partes dissentirent, & aliud actor se petere, & aliud a se peti reus existimaret. Et ita est explicanda huius §. sententia. Nunc excutiamus, quod & obiicit Accursius. *Nulla*, inquit Paulus, *stipulatio est, si contrahentes dissentiant in corpore.* Atqui (vt obiicit Accursius) nulla emptio venditio est, si contrahentes in corpore dissentiant. In hac scilicet specie, alioquin pugnaret lex *in venditionibus, de cont. empt.* Sed in hac specie, si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum forte villicum, & de alio emptor, de alio venditor senserit, neque enim ideo minus venditio fundi valet, *l. si in emptione, de cont. empt.* Et is Stichus debetur, de quo emptor intellexit, vt iampridem ostendi, probaui, & vici in ea lege esse legendum. Neque vero huic obiectioni respondeas, vt priore loco tentat Accursius, in illa specie contrahentes dissensisse in accessione, id est, in Sticho, consensisse tamen in re principali, id est, in fundo. Nam & si dissensus, qui fuit in accessione, non vitiet consensum, qui fuit in re principali, vitiare tamen dissensus debet de accessione conuentionem. Quoniam omni ex parte contractum qui solo consensu consistit, vt emptio, venditio, perfectum esse oportet. Atquin non est perfectus, qua parte dissentiunt contrahentes: nec minus accessio desiderat consensum vtriusque, quam res principalis. Itaque posterior responsio Accursij, quam & olim sequutus sum, verior est, vt in illa lege verbum *senserit, si de alio venditor, si de alio emptor senserit*, vt, inquam, verbum illud sic accipiatur, non vt reuera de alio Sticho senserit emptor, de alio venditor, sed vt sensisse dicantur, & dissensisse dicantur in Sticho, id est, vt fuerit ambigua oratio illa, Stichum accedere, quod duo essent Stichi, vt *l. 2. de reb. dub.* & diceretur de alio sensisse emptor, de alio venditor; quod & vicinitas legis cum lege, quæ illam præcedit, quæque aliud proponit exemplum ambiguæ orationis, suadet. Itaque & in specie *d. l. si in emptione*, & in specie legis, *si cum in lege*, vbi, quia ambigua est oratio, interpretatio fiet aduersus venditorem, qui dixit Stichum accessurum venditioni fundi, nec euidentius expresserit quem Stichum. Et is ergo debebitur, quem emptor elegerit, qua in re contratus etiam & iudicia mutant differuntque inter se. Nam si ambigua fuerit actio, id est, formula, quam quis dictauit, eius interpretatio relinquitur actori, qui formulam edidit, & dictauit, non reo, qui eam excepit. At si ambigua fuerit lex venditionis vel stipulationis, eius interpretatio relinquetur, non venditori, vel stipulatori, qui eam dixit obscurius, non sine suspicione fraudis, sed huius ambiguitatis interpres erit emptor, aut promissor: quæ differentia inter contractus & iudicia ita palam scripta est in *l. in contrahenda, de reg. iur.* & confirmatur innumeris legibus.

Ad §. si stipulante.

SCiendum est, quod pro certo principio certave ratione huius §. traditur, noluisse prudentes duriore conditione quemquam spondere vtiliter, quam quis ab eo stipulatus esset: alioquin interrogato non congrueret bene responsum. Et ideo si stipulanti de te *Stichum, aut Pamphilum* sub distinctione, atque adeo tibi permittenti arbitrium dandi eius, quem elegeris, tu tibi respondendo hanc electionem ademeris, & pure *Stichum* spoponderis, non teneris, quia in duriorem causam spopondisti: leuior fuit stipulatio, quam quod tu spopondisti. At si stipulanti *Stichum & Pamphilum* coniunctim, spoponderis *Stichum* tantum, stipulatio valet, quia in leuiorem causam obligaris, nimirum ex vna stipulatione tantum, non ex duabus, quæ propositæ erant, quoniam quot sunt res, tot sunt stipulationes, *l. 1. §. pen. l. scire, l. quod dicitur, hoc tit.* Item eadem ratione si stipulanti *decem aut viginti* disiunctim, spoponderis decem, stipulatio valet, quia sumpsisti quod leuius erat, & quia pro eo etiam est, ac si ille, qui te interrogauit, stipulatus tantum fuisset decem. Nam & si stipulanti 10. aut viginti simpliciter, respondisses *spondeo*, non obligaris nisi in 10. Quia in summis, in quantitatibus, vt ait, id quod minus est, semper spondere videtur: & nihil refert respondeas simpliciter, spondeo: an ita, decem spondeo, *l. 12. hoc tit.*

Ad §. sacram.

IN hoc §. multa & præclara de iure continentur. Certum est, quod proponitur etiam initio huius §. inutilem esse stipulationem, si quis stipuletur *liberum hominem sibi dari*, quia dari non potest: vel si quis stipuletur rem diuini iuris, puta rem sacram, aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vt si quis stipuletur *liberum hominem*, quem seruum esse credebat. Item inutilis

est

est stipulatio, si quis rem vsibus populi perpetuo expositam stipulatus sit, veluti theatrum, amphitheatrum, vel quo exemplo vtitur, forum, aut Basilicam. Foro, in quo iudicia fiunt coniungit Basilicam, in qua negotiationes exercentur, *l. pediculis*, §. *item*, *de auro & arg. leg.* Proxima enim foro erat Basilica negotiatorum. Plutarchus in Catone: Τὴν βασιλικὴν δήπου τὸ βουλευτήριον εἰς ἀγορὰν παρέλαβε. Et Plautus in Captiuis: *Sub Basilicam omnes abiget in forum.* Ad summam inutilis est stipulatio, si quis stipuletur rem sacram, vel religiosam, si rem in perpetuum relictam vsui publico, si liberum hominem: neque vero conualescit hæc stipulatio, quamvis postea res sacra, aut religiosa profana fiat: vel res, quæ erat in vsu publico conuertatur in priuatum vsum: vel homo liber fiat seruus, atque adeo hæc stipulatio in pendenti non est, hoc colore, quod conualescere possit. Nec enim potest conualescere: qui contractus ab initio inutilis est, ex post facto conualescere non potest. Quinimo contractus, qui ab initio vtilis est, ex postfacto inutilis fiet si in eam causam eumve casum recidat, a quo incipere non potest, vt si quis stipulatus sit rem profanam vtiliter, quæ mox in sacrum dedicata sit: vel seruum, qui mox ad libertatem peruenit, modo hoc contigerit sine facto promissoris, *l.* 51. *sup. hoc tit. l.* 91. *inf. hoc tit.* Et rursus stipulatio ab initio vtilis, quæ mox facta est inutilis, rursus vtilis fieri & reualescere non potest: vt si res profana in stipulationem deducta, quæ stipulatio erat vtilis, quum euanuerit, eadem re mox Deo consecrata non vtique conualescet, si rursus eadem res fiat profana. Idemque est, si seruus, qui erat vtiliter in stipulationem deductus, liber fiat sine facto promissoris. Namque stipulatio euanescit, vsque adeo, vt nec conualescat, resuscitetur, restituatur, rursus eodem homine in seruitutem redacto. Et hæc est sententia Pauli, cui mox Paulus subiicit, vt respondeat, non quod ea moueatur, hanc rationem, quam male quidam accipiunt, quasi sit ratio sententiæ Pauli, quum sit ratio, quæ impugnat sententiam Pauli. Ratio, quam Paulus a se remouet, sententiæque suæ ratio hæc est: *Quod vna eademque est causa obligandi & liberandi,* quod contrariorum vna eademque sit causa, sed contraria tamen, vt recte glossa supplet, & Aristoteles tradit, vt in hunc locum adnotauit glossa. quod, inquam, vna eademque sit causa obligandi & liberandi, sed contraria. Obligamur enim, quia dare possumus, quod habemus. Liberamur vero, aut non obligamur, quia dare non possumus, *l.* 103. *inf. l. si vnus ex sociis, de seruitut. rusticor. præd.* Vlpianus libro regul. tit. de legatis. *Liber homo*, inquit, *aut res populi, aut sacra, aut religiosa legari nullo modo potest, quia dari*, inquit, *non potest*: Ergo si vera est hæc propositio, si cum res est profana, quam promisimus, obligamur, quia dare eam possumus, & si mox sacra fiat, antequam detur, liberamur, quia iam dare eam non possumus. At si rursus eadem res profana fiat, obligamur igitur, quia dare eam possumus. Idemque de libero homine dici potest: si seruum promisi, obligor, qui si mox fiat liber, liberor: ac denuo, si fiat seruus, denuo obligor, si vera est propositio illa, qua etiam Celsus vtebatur, qui erat in hac sententia, vt existimaret, subinde obligari & liberari nos, & rursus recidere in pristinam obligationem, *l. qui res* §. *aream, de solution. l. si chorus*, quæ est Celsi, §. *vlt. de leg.* 3. Et vtebatur Celsus similitudine nauis alienæ, quam si promisero, obligor, mox si dominus eam dissoluerit liberor: ac rursus si eam iisdem tabulis dominus compegerit, rursus obligor, quasi naue reuocata in pristinam obligationem, quod & Paul. ipse fatetur. Adiecit & Pedius hanc similitudinem confirmandæ sententiæ Celsi; si promisero ex fundo meo vini amphoras centum, obligor, vt quum natum erit, quum vindemia lecta erit, tot amphoras vini stipulatori præstem. At si natum vinum lectumque mox consumptum sit sine culpa mea; liberor, & rursus sequenti anno, si natum sit quod suppeditet & expleat totidem amphoras, nec consumptum sit, obligor. Quod etiam Paul. non diffitetur, neque tamen iis mouetur similitudinibus: has imagines, quæ contra eum ponuntur, ait ostenditque esse dissimiles, quod quomodo ostendat, quomodo eas imagines vel similitudines discutiat, mox aperiam. Paulus in hac *l. inter* §. *sacram*, pro vero & certo tradit, quod & certissimum est, extingui stipulationem, si seruus, qui promissus est sine facto promissoris, & ante moram promissoris ad libertatem peruenerit: vel si res profana, quæ promissa est, sine facto promissoris in sacrum dedicata fuerit, nec restitui stipulationem, si rursus idem homo in seruitutem redigatur, aut si rursus eadem res profanetur; & contra se positas similitudines a Celso & Pedio, quas exposuimus supra, esse dissimilitudines docet hoc modo fallaxve similitudines, falsas imagines, si liber homo in stipulationem deducatur, prorsus inutilem esse stipulationem, nec suspendi, quoad is homo seruus fiat, quinetiam ita conceptam stipulationem illam: *hominem, quum seruus esse cœperit, dari spondes?* non valere: quod nefas sit casum seruitutis in libero homine spectare vel expectare: quod nefas sit aduersam fortunam expectare liberi hominis. Nulla vero maior aduersa fortuna libero homini contingere potest, quam quæ illum seruum facit, *l. si in emptione* §. *liberum, de contr. empt.* non esse fas casum seruitutis in homine libero expectare: nefas, siue, vt veteres loquebantur, infas est, quod non tantum ciuilis, sed etiam naturalis ratio abhorret. Et hoc quoque Paulus hoc loco, neque ciuile neque naturale esse ait, vt casum aduersamque fortunam expectemus liberi hominis: eodemque sensu, hominem homini insidiari nefas esse, *l.* 3. *de instit. & iur.* litem ex lite consurgere nefas esse, *l.* 3. *C. de fruct. & lit. exp.* Et similiter non valere talem stipulationem rei sacræ vel religiosæ, quum profana esse cœperit: quia, natura sui, vt ait, non est stipulatio possibilis, & ea duntaxat, quæ sunt possibilia, & vt ita dixerim, *possessibilia*, id est, quæ statim subiici vsibus dominioque nostro possunt, deducuntur in obligationem: non etiam ea, quæ dari nobis statim non possunt, vt *l.* 35. *sup. hoc tit. l.* 1. §. *si id quod, de obligat. & act.* At si stipuler ex vinea illa centum amphoras vini, qua similitudine Pedius vtebatur, hæc stipulatio natura sui est possibilis, quia vinum ex vinea nasci potest: ac si iam natum factumve sit, confestim ex stipulatu agi, sed nondum vino nato factoque, tacite inest stipulationi tempus, quo vinum ex vinea percipiatur, siue horno, siue sequenti anno vindemia bene cesserit, nec vinum effusum, vel consumptum fuerit sine facto promissoris, *l.* 73. *supra, hoc tit.* Ac præterea specialiter hoc vinum, aut huius vini amphoræ tot in stipulationem non veniunt, sed generaliter veniunt in stipulationem tot amphoræ vini, quot quandocunque in vinea illa nascentur. Denique in hanc stipulationem venit non species certa, aut corpus certum, sed quantitas siue genus. At illum hominem liberum, aut illam rem sacram qui stipulatur, certum corpus, certam speciem, non genus stipulatur: species perire potest, genus perire non potest. Vnde apparet, quam sit dissimilis imago illa, siue similitudo Pedij, quamve parum faciat aduersus Pauli sententiam. Quod ad alteram de naue qua Celsus vtitur, ea quoque est dissimilis. Nam si nauem alienam promisero, quam dominus dissoluerit, refixis omnibus tabulis, ea mente, vt eam reficeret, non perinde extinguitur obligatio, atque si seruus alienus, quem quis stipulanti promiserat, a domino manumissus fuerit. Hoc enim casu extinguitur obligatio, seruo promisso sine facto promissoris ad libertatem perducto, quia & morte hominis extingueretur, quæ contigisset sine facto promissoris, & ante moram. Atqui manumissio similis est morti, vt eleganter ait *l. si mihi alienum, de solut.* Atque ita igitur extincta obligatio sane non restituitur, si postea idem homo in seruitutem redigatur, quia nouus homo videtur esse, neque enim redigitur in pristinam seruitutem, *l.* 27. *in fine, de adimend. leg.* At illo casu, si nauis a domino refixi tabulis resoluta sit reficiendi causa, nondum tabulæ eiusdem nauis esse desiisse, nondum intercidisse ea nauis videtur, manente carina eadem. Ac proinde refecta nauis iisdem tabulis, eadem prorsus

nauis esse intelligitur, quia & intercidisse interim non A intelligitur. Ergo & interim cessasse potius ab effectu suo, quam extincta videtur obligatio esse, vt idem Paulus in quæstionibus docuit; in quibus & de hac ipsa quæstione tractauit, *l. qua res §. aream, de solut.* Eodemque modo domo promissa, licet tigna, ex quibus forte constat, deposita & exempta sint, si modo ea mente deposita sint, vt reponantur, nondum domus intercidisse, nondum tigna eiusdem domus esse desiisse intelliguntur, nam & deposita eiusdem domus esse intelliguntur, quoniam deposita sunt, vt & in melius reponerentur. Itaque valde dissimilis est imago illa, qua Celsus vtebatur: nec igitur ex ea Celsus recte duxit argumentum. similitudines claudicare non oportet, sed omni ex parte congruere rei, cui similiter adsimilantur. Recta esset similitudo, quod & Paulus hoc lo- B co notauit, si nauem poneret Celsus ea mente dissolutam refixis omnibus tabulis, vt tabulæ in alium vsum conuerterentur. Et ideo, hoc etiam casu, si postea mutato consilio nauis iisdem tabulis compacta sit, non restituitur obligatio, quæ semel dissolutione nauis extincta fuisse intelligitur, quia dissoluta est ea mente, vt non reficeretur, vt tabulæ alij rei seruirent vel accommodarentur. Quæ igitur postea, mutata sententia, iisdem tabulis reficitur nauis, profecto noua est nauis, non eadem nauis, quæ fuit ante: similique modo domo destructa & solo æquata ea mente, vt esset area, quæ rursus non inædificaretur, etiamsi postea mutato consilio ex eadem materia domus restituta sit, non restituitur obligatio semel extincta, domo promissa vsque ad aream deposita, quia & perempta prior domus, & hæc, C quæ rursus exædificata est, alia domus dicenda est. Denique vt hæc in pauca contraham: nauis domusve refecta eadem est nauis, & eadem domus, si ea mente dissoluta aut deposita sit, vt reficeretur ex eadem materia. Quod si ea mente, vt non reficeretur, sed vt in alios vsus materia conuerteretur, quæ post mutato consilio reficitur ex eadem materia, noua est nauis, nouaque domus. Huius rei disquisitio est elegans & perutilis. Nam sæpe quæritur in iure, quando eadem res esse intelligatur, vt in exceptione rei iudicatæ. Et in extremo quoque huius §. Paulus notat, non tantum hoc quæri in stipulationibus conuentionalibus, de quibus actum est *sup. in hoc §.* sed etiam in stipulationibus prætoriis, vbi de re restituenda agitur, & quæri- D tur, an eadem sit res, quod latius exposuimus in commentario ad hunc titulum. Ergo hæc disquisitio, sit ne res eadem an alia, non tantum in conuentionalibus stipulationibus vsui esse potest, sed etiam in prætoriis, quæ ita concluduntur, eandemque rem recte restitui.

Ad §. si rem.

IN hoc §. docet Paulus, obligationem etiam extingui, quæ ex stipulatione nasci solet: si qua stipulatione stipulatus sim mihi rem dari ex causa lucratiua, veluti ex causa donationis, eadem mihi priusquam agerem ex stipulatu obuenerit: id est, si dominium eius adquisiero ex alia causa lucratiua, veluti ex testamento, iure legati, aut iure hereditario: dominio, inquit, extingui stipulationem, id est, dominij adquisitione, ex alia causa scilicet lucratiua: non E enim extinguitur dominio, quod obuenit ex causa non lucratiua, veluti ex causa emptionis aut permutationis, aut dotis. Et hic est locus regulæ iuris, quæ dictat, *duas causas lucratiuas in eandem rem & in eundem hominem concurrere non posse.* Qua ratione, & si prius ex stipulatu rem quasi donatum nactus fuero legatum eiusdem rei, quæ alia donatio est, inutile constituitur, nec amplius ea res mea fieri potest iure legati, aut iure hereditario, quæ iam mea facta est iure donationis, aut iure stipulationis, quæ subsequuta donationem est, *l. si seruus legatus §. si Stichum, de leg. 1.* Quod vsque adeo verum est, vt si rem ipsam nactus sim ex causa donationis, postea non possim eiusdem rei pretium petere ex causa legati, quia & pretium locum eiusdem rei tenet, *§. si res aliena, Inst. de leg.* Addit exceptionem vnam Paul. si cum res mihi deberetur ex causa stipulationis interpositæ, donationis gratia dominus eius rei me heredem instituerit, & a me eandem rem, alij pure vel sub conditione legauerit. Hoc enim casu integra mihi est actio ex stipulatu, quia non intelligitur ad me peruenisse iure hereditario quod alij præstare necesse habeo, vel habebo, *l. non quocunque, de leg. 1.* Vis videre quam hoc sit verum? Debitor certæ rei non videtur mihi eam rem dedisse, aut soluisse, si ab eo legata fuerit pure vel sub conditione. *l. qui res, in prin. de solut.* Non videtur eam dedisse, ergo neque ego videor eam accepisse: & consequenter integra mihi est actio ex stipulatu. Sed si conditio legati defecerit, stipulatio extinguitur, vel actio ex stipulatu, perinde atque si nunquam ea res legata fuisset, *quia in æquo est, rem non legare aut conditionem deficere, sub qua res ea legata est.* Recte autem ponit Paulus in hoc §. rem mihi promissam ex causa lucratiua, nactum me esse ex alia causa lucratiua: nam si eam nactus sim ex causa non lucratiua, veluti ex causa emptionis, quamvis stipulatio in eam causam reciderit, a qua incipere non poterat, propterea quod rei meæ stipulatio non valet, tamen valebit stipulatio hoc casu, quum res facta est mea ex causa non lucratiua: quia quanti ea res est, tantum mihi abest, nempe pretium, quod pro ea dedi. Itaque vel pretij petitio, quod mihi abest, mihi superest ex stipulatu.

Ad §. Stichum.

RESTAT ex lege 83. *de verbor. obligat. §. pen. & vlt.* qui nunc explicabuntur, & simul duæ leges, quæ restant ex hoc libro. Exposuit Paulus in hac lege varia stipulationum genera, quæ ab initio inutiles sunt, veluti si quis factum alienum promiserit: vel si dissensum sit in corpore, quod in stipulationem deducebatur: vel si in duriorem causam promiserit quis, quam interrogatus esset: vel si rem sacram aut religiosam, aut rem populi, aut liberum hominem quis stipulanti promiserit. Exposuit etiam varia genera stipulationum, quæ cum essent ab initio vtiles, postea factæ sunt inutiles, veluti in stipulationem deducta re profana, aut re priuata, aut seruo homine, &c. mox eadem re in sacrum vel in publicum redacta, eodemve homine perducto ad libertatem: aut naue vel domo promissa mox ea mente dissoluat, vt non reficeretur. Itemque eius rei, quæ in stipulatum deducta est ex causa lucratiua, dominio quæsito ex altera causa lucratiua. Hæc breuiter docuit Paulus tota hac lege: qua ex causa ab initio inutiles stipulationes sunt, ex eadem etiam, quæ ab initio sunt vtiles, ex post facto inutiles fieri, quod & docet in §. *pen.* in hac specie.

Ad §. pen.

SI quis Stichum stipulatus sit iam mortuum, quem viuere credebat, hæc enim stipulatio est inutilis ab initio, quia nullius rei nulla debitio est, *l. 69. sup. hoc tit.* Imo etsi Stichus, qui ex stipulatu debebatur, nullus esse cœperit, ante moram debitoris, id est, si vita decesserit, stipulatio inutilis fit, *l. 23. hoc tit. l. si mihi alienum, de solut. l. venditor, de hered. vend. l. 6. de vsufr. leg.* Excipitur vnus casus in hoc *§. penul.* Si stipuler hominem, quem mihi promissor debebat tanquam fur, & ex causa condictionis furtiuæ, qui iam mortuus erat: nec enim mors hominis furtiui furem liberat condictione furtiua, quia & contigisse ea semper intelligitur post moram, *l. vlt. de condict. furt. l. 56. de obligat. & act. l. inter, de furt.* Et hoc quod attinet ad causam condictionis furtiuæ, mors hominis furtiui ab ea furem non liberat, liberat tamen ab actione ex stipulatu, quamvis interposita fuerit ex causa furtiua, videlicet si priusquam stipulationi mora fieret, mors hominis contigerit, quia stipulatio purgauit priorem moram. Et ita est proditum in *l. 29. §. vlt. hoc tit.*

Ad

Ad §. vlt.

ANcilla prægnante vendita certe partus non est venditus, *l. si prægnans* 42. *de euict.* quia nec partus pars ancillæ esse intelligitur, qui scilicet iam editus est, *l. partum, de verb. significat.* Id tamen actum videtur inter contrahentes, vt partus sequatur emptorem ancillæ: & quamvis euicto partu non competat actio ex stipulatione duplæ, de qua est intelligenda *d. l. si prægn.* competit tamen actio ex empto euictionis nomine, quod partus euictus sit in id, quod interest, *l.* 8. *eod. tit. de euict. l. non quocunque §. Iulianus, de leg.* 1. Et sic ancilla prægnante precario rogata, licet partus rogatus non sit, id actum videtur, vt partus in eadem causa habeatur, *l.* 10. *de precar.* Quod obtinet etiam in donata ancilla prægnante, *l. cum pater §. pater filiæ* 17. *de legat.* 2. Verum, vt Paul. ostendit in *hoc §. vlt.* ancilla prægnante iudicio sisti promissa, id actum non videtur, vt & partus sistatur, aut ancilla nondum enixa, quia cum partu nihil actori negotij est: & ideo ancilla partu leuata, si sistatur, in eadem causa sisti videtur. Hæc est ratio §. vlt.

Ad l. 29. de stipul. seru.

Si communis seruus sic stipulatus sit, decem illi domino, decem alteri dare spondes? *dicemus, duos reos esse stipulandi.*

HÆc lex docet, duos reos stipulandi constitui, si seruus communis duorum exempli gratia, Caij & Seij, sic stipulatus sit: *Decem Caio domino meo, eadem decem Seio alteri domino meo dare spondes?* Sic, inquam, duos reos stipulandi constituit: & ideo singulis dominis solida decem deberi, sed vnius petitione totam obligationem dissolui, *l.* 2. *de duob. reis.* Ratio autem huius sententiæ hæc est, quam vulgo neque tradunt, neque percipiunt, quia in hac stipulatione Caius & Seius verbis non coniungnntur, alioquin singulis deberentur quinque tantum, id est, viriles partes, *l.* 37. *inf. hoc tit.* sed coniunguntur re tantum perinde atque si ita seruus communis dixisset, *decem illi domino dare spondes? eadem decem alteri domino dare spondes?* Namque in illo sermone, *decem illi domino, eadem decem alteri domino dare spondes?* est ζεῦγμα κατ' ἰνδεῖν, vt in *l. Mæuio, de leg.* 2. *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio eandem partem dimidiam lego*, est ζεῦγμα. Mæuius & Seius re tantum coniuncti sunt, perinde atque si dixisset, *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio eandem partem dimidiam lego.* Hæc est ratio huius legis, quæ plurimum facit ad illam *l. Mæuio*, & illa ad hanc quoque.

Ad l. 34. de fideiuss.

Hi, qui accessionis loco promittunt, in leuiorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt. Ideo si a reo mihi stipulatus sim a fideiussore mihi aut Titio: meliorem causam esse fideiussoris, Iulianus putat, quia potest vel Titio soluere. Quod si ea reo mihi aut Titio stipulatus, a fideiussore mihi tantum interrogem: in deteriorem causam acceptum fideiussorem, Iulianus ait. Quid ergo si a reo Stichum aut Pamphilum, a fideiussore Stichum interrogem? vtrum in deteriorem causam acceptus est sublata electione, an in meliorem? Quod & verum est: quia mortuo eo liberari potest.

IN hac lege hæc generalis definitio proponitur, quæ per hunc titulum late diffusa est: eos, qui accessionis loco promittunt, veluti fideiussores, qui ex stipulatu semper obligantur, & reos constitutæ pecuniæ, qui etiam non male promittere dicuntur, nam verbum *promittere* latissime patet, vno verbo accessiones alienarum obligationum in leuiorem causam accipi posse, non in deteriorem. Ex qua definitione infert statim Paulus, ab eo, qui promisit se daturum mihi, recte me accipere fideiussorem, qui promittat se daturum mihi, aut Titio, quia melior & leuior est causa fideiussoris, quam rei principalis, qui mihi tantum soluere potest: fideiussor etiam me inuito Titio soluere potest, Paul.

A qui est adiectus solutionis gratia, *l.* 12. *§. pen. de solut. §. plane solutio, Inst. de inutil. stip.* At ex diuerso, ab eo, qui promiserit se daturum mihi aut Titio, non recte accipio fideiussorem, qui promittat mihi tantum, quia in deteriorem causam interuenit, districte se obligans, mihi tantum dare, sibique eripiens facultatem soluendi Titio, quam habet reus principalis. Hæc sunt apertissima. Verum quæritur ad ea, an recte interueniat fideiussor pro eo, qui promisit mihi Stichum aut Pamphilum, si fideiussor promittat Stichum tantum, reus promisit mihi Stichum, aut Pamphilum: fideiussor promittit Stichum tantum, an recte acceptus fideiussor est? Causa dubitandi est, quia in deteriorem causam acceptus videtur, propterea quod non habet electionem, quam reus principalis habet, vt in *l. inter stipulantem §. si stipulante, de verb. oblig.* Contra vero in B meliorem causam acceptus videtur, quia mortuo Sticho, quem solum promisit, ipse liberabitur, reus vero principalis non liberatur, quia Pamphilus qui superérit, manebit in obligatione, *l. si in emptione §. pen. de contrah. emp. l. Stichum aut Pamphilum, de solut.* Et hoc esse verius ait, nempe fideiussorem recte acceptum quasi in meliorem causam, qui promisit Stichum tantum pro eo, qui promiserat disiunctim Stichum aut Pamphilum. Obiici potest *d. §. si stipulante* legis *inter stipulantem.* At dico illum §. loqui de reo principali, qui interrogatus de Sticho aut Pamphilo, respondit de Sticho tantum: quem non teneri ait, videlicet non tantum, quod in duriorem causam promiserit, sed etiam quod non sic responderit, vt interrogatus est. At in specie proposita fideiussor sic respondit, vt interrogatus est. Interrogatus est C de Sticho tantum: &, vt docuit, in leuiorem causam, facta comparatione ad obligationem rei principalis. Quid autem ex diuerso dicendum est, si fideiussor promiserit Stichum aut Pamphilum, qui interueniebat pro eo, qui Stichum tantum promiserat? id docet *l.* 8. *§. si quis Stichum, hoc tit.* & dicit hoc casu, fideiussorem non obligari, non tantum, quod in duriorem causam acceptus sit, quia liberato reo morte Stichi, futurum sit, vt ipse non liberetur: sed etiam, quod in aliam causam, aliamve obligationem interuenerit, quia vterque non fuit in principali obligatione. Duabus rationibus vtitur, quarum vel altera sufficeret. Nam & si pro eo, qui decem promiserat fideiussor ita accipatur, vt decem aut Stichum promittat, quamvis in duriorem causam non interueniat, quia perempto Sticho nec ipse, D nec reus liberabitur, & quantitas, quæ promissa est perire non possit, tamen non tenetur, quia in aliam obligationem acceptus est, neque enim vtrumque fuit in principali obligatione, quæ est sententia *§. si quis Stichum, d. l. octaua.* In specie autem huius legis, quia, quum pro eo, qui Stichum aut Pamphilum promiserat, fideiussor promisit Stichum tantum, fideiussor non videtur acceptus in aliam obligationem, quia vterque homo fuit in principali obligatione, disiunctim tamen, *l.* 128. *de verbor. oblig. l. illud laut illud, de const. pec.* Et quod hac in re spectat Paulus, fideiussorem scilicet, qui promisit Stichum tantum pro eo, qui promiserat disiunctim Stichum aut Pamphilum, fideiussorem, inquam, posse liberari morte Stichi ante moram contingente, qua E tamen non liberaretur reus principalis, quia Pamphilus superesset in obligatione. Quod, inquam, Paulus spectat mortem Stichi, & frustra obiicit Accursius *leg. cum hi §. vlt. de transact.* vbi dicitur, annua quantitate legata ad habitationem, & transactione ita facta inter heredem & legatarium, vt pro pecunia domus præstetur habitandi causa; etiamsi eius transactionis prætor auctor non fuerit, valere transactionem, nec spectari casum ruinæ, vel incendij, qui contingere potest, quod ruere domus possit, aut consumi incendio. Neque vero mirum hoc videri debet: hic enim casus longe distat a morte hominis, quam spectat Paulus in hac l. mors hominis est certa, ruina ædium vel incendium, incertum: mors, naturalis: casus autem illi, fortuiti ac plane casus. Quam differentiam etiam Bartolus animaduertit hoc loco, explicauit tamen obscurius. Sequitur liber 73.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LXXIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

EXplicabimus tres leges, quas solas habemus ex libro 73. Dixit superiore libro de conuentionalibus stipulationibus. Ab hoc libro incipit tractare de prætoriis stipulationibus, & hunc tractatum perducit vsque ad librum vltimum. Ac primum in *l. 2. de prætor. stipulat.*

Ad l. 2. de prætor. stipul.

Prætoriæ stipulationes aut rei restitutionem continent, aut incertam quantitatem.

1. §. Sicuti stipulatio ex operis noui nuntiatione, qua cauetur, vt opus restituatur. Ideoque siue actor, siue reus decesserit pluribus heredibus relictis, vno vincente, vel victo, totum opus restitui debebit. quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.

2. §. Incertam quantitatem continet stipulatio iudicatum solui, & rem ratam dominum habiturum, & damni infecti, & his similes, in quibus respondetur, scindi eas in personas heredum, quamvis posit dici, ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem, diuersam conditionem cuiusque facere. At in contrarium summa ratione fit, vt vno ex heredibus stipulatoris vincente in partem eius committatur stipulatio, hoc enim facere verba stipulationis, quanti ea res est. *Sed si vnus ex heredibus promissoris totam rem possideat: in solidum eum damnandum, Iulianus scribit. In quantum autem ipse ea stipulatione vel fideiussores, an omnino teneatur, dubitari potest: & videndum ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit: vnum ex heredibus non maiore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est.*

PRætorias stipulationes alias continere dicit rei restitutionem, siue de re restituenda cauere, vt ait *l. inter stipulantem §. sacram, in fi. de verbor. obligat.* Et has esse indiuiduas, quia res pro parte recte restitui non potest, *l. si duo, depos.* Alias vero continere incertam quantitatem, id est, quod stipulatoris interest, vel quod idem est, quanti ea res est, vtilitatem stipulatoris: & has esse diuiduas, quia in pecuniæ præstationem desinunt, cuius facillima partitio est. Illarum vero, quæ rei restitutionem continent, quæque indiuiduæ sunt, pro exemplo dat stipulationem ex operis noui nuntiatione, qua vicinus, qui molitur opus aliquod nouum, vicino nuntianti nouum opus repromittit vel satisdat de opere restituendo, id est, de deponendo eo, quod fecerit, vel reponendo eo, quod deposuerit, si iudicatum erit ei non fuisse faciendi nouum opus, *l. stipulatio, de noui oper. nunt.* Hæc stipulatio indiuidua est, quia opus restitui pro parte non potest *d. l. stipulatio §. quæsitum, l. 4. §. vlt. de verbor. obligat. l. 11. §. officium, de aqu. & aqu. pluu.* Et ideo si stipulator vita decesserit pluribus relictis heredibus, & vnus ex iis agat ex stipulatu, agit in solidum in hoc, vt opus restituatur, nec, si vincat, aliter ei satisfit, quam toto opere restituto, & e contrario si promissor vita decesserit pluribus relictis heredibus, & cum vno eorum agatur ex stipulatu, cum eo agitur in solidum, nec si vincatur, aliter iudicato satisfacit, quam si totum opus restituerit, quia, vt eleganter Paulus ait in lege 2. *Quamdiu aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.* Operis restitutio actus indiuiduus est, sicut & operis institutio, *l. stipulationes non diuiduntur, de verbor. obligat.* & generaliter facta omnia sunt indiuidua. Harum vero stipulationum, quæ incertam quantitatem continent, id est, id quod interest actoris siue stipulatoris, pro exemplo dat stipulationem *iudicatum solui*, & stipulationem *rem ratam dominum habiturum*, & stipulationem *damni infecti*. Et his similes, inquit, veluti stipulationem legatorum, stipulationem Falcidiæ, stipulationem euictionis, siue stipulationem duplæ, quæ omnes prætoriæ stipulationes sunt, & his omnibus promissor stipulatori cauet pecuniæ siue incertæ quantitatis, id est, de æstimatione eius, quod interest, de æstimatione litis siue quanti ea res est, quæ quidem æstimatio ante pronuntiationem & taxationem iudicis plane incerta est, *l. non autem, de recept. qui arb. l. vlt. si quis in ius voc.* quia plerumque difficilis est probatio quanti cuiusque intersit, vt ait *l. vlt. hoc tit.* Et difficilis igitur sententia, quæ definiat, quanti cuiusque intersit. Seneca 3. de Benefic. *Difficilem esse sententiam, quæ non rem, sed vim rei quærit.* Et in his quidem stipulationibus, quæ concluduntur in id, quod interest, respondetur, vt ait, scindi eas, diuidi eas in personas heredum pro hereditariis portionibus, pro hereditariis partibus: igitur & heredum omnium tam promissoris, quam stipulatoris, hoc est, esse diuiduas, nimirum quia in pecuniæ præstatione consistunt, siue in præstatione eius, quod interest, cuius æstimationem iudex fecerit. Ac sane quod ad heredes stipulatoris attinet, si is, qui stipulatus est iudicatum solui: vel de rato, vel damni infecti, vel legatorum nomine, vel quo alio simili genere stipulationis, pluribus relictis heredibus vita decesserit, summa ratione dicitur, vno ex heredibus stipulatoris vincente, stipulationem in partem eius committi, quia pro parte tantum sua eius interest, nihil pro parte cæterorum, vt *l. 3. de verbor. obligat. l. si procurator, rem ratam hab.* Et hoc est quod ait, *Hoc facere verba stipulationis, quanti ea res est*, quæ hunc sensum habet: *Quanti interest*, quam in rem omnes hæ stipulationes concluduntur. Non pluris igitur, quam cuiusque heredum interest, committi stipulationem. Ergo non vltra portionem eius qui vicit. Et eodem argumento dicitur de stipulatione damni infecti in *l. 18. §. emptor, in fine, de dam. infec.* quod illa stipulatio damni infecti ita concludatur, quanti ea res erit. Ait idem Paulus, si nihil intersit, ex ea agi non posse, nisi pœna subiecta sit, quia pœnæ petitio est, etiamsi nihil intersit. Et hæc de heredibus stipulatoris. Hæc omnia attente colligenda sunt, quoniam hæc quæstio siue tractatio est ex difficilioribus iuris totius. Et hæc lex secunda male omnino percepta. Nunc dicamus de heredibus promissoris promissore defuncto pluribus relictis heredibus. Paulus, qui ante dixerat generaliter, scindi stipulationes has in heredum personas, nunc ait, *dici posse*, hoc est, non improbabiliter dici posse, vno ex heredibus promissoris victo cōmitti stipulationem in solidum, in id omne quod stipulatoris interest, hac ratione, quod non possit stipulatio, quæ a defuncto descendit, qua & se & heredem suum obligauit (Hoc enim in his omnibus stipulationibus prætoriis nominatim caueri solet, *me heredemque meum, per me heredemque meum*) Quod, inquam, stipulatio, quæ a defuncto descendit, qua & se & heredem suum obstrinxit, diuersam heredis cuiusque conditionem facere non possit, quam defuncti fuerit. Nam & vnus heres ex pluribus propius accedit ad vicem defuncti. Committi autem stipulationem in solidum, est committi stipulationem vel vno victo, aduersus omnes heredes, non aduersus eum solum, qui victus est. Ita tamen, vt singuli teneantur tantum pro portionibus hereditariis, quod etiam ostenditur in *l. 2 §. item si facto, & l. 3. & l. 4. §. vlt. de verbor. obligat.* Vbi & hæc differentia proponitur inter heredes promissoris & heredes stipulatoris. Itaque his verbis Paulus quæ sunt in hac *l. quamvis posit dici*, omnino voluit, non tentauit, hanc differentiam inter heredes promissoris & heredes stipulatoris statuere, nec tamen per eam corrigere, quod ante proposuit in his stipulationibus, quæ incertam quantitatem continent, scindi eas in persona

personas heredum: nam & inter heredes promissoris scin- A duntur, & inter heredes stipulatoris. Hoc tantum interest, quod vincente vno ex heredibus stipulatoris, in partem tantum eius committitur stipulatio: victo autem vno ex heredibus promissoris", stipulatio committitur in omnes pro portionibus hereditariis, stipulatio committitur in partes omnium heredum promissoris. His addit Paulus in hac lege: *sed si vnus ex heredibus promissoris totam rem possideat: in solidum eum damnandum Iulianus scribit.* Sensus hic est: Si vnus ex heredibus possessoris, qui possidebat rem alienam, eiusdemque promissoris, qui scilicet ante acceptum iudicium in rem, id est, antequam conueniretur actione in rem, & hoc iudicio lis cum eo contestaretur, vt fieri solet, satisdederit iudicatum solui, is cum quo quis iudicio in B rem litem contestaturus est, petitori satisdat iudicatum solui ante litem contestatam. Si, inquam, vnus ex heredibus possessoris eiusdemque promissoris iudicatum solui, totam rem, totum fundum, qui petitur possideat, hunc solum damnari iudicio in rem in solidum, quia totius rei restituendæ facultatem habet, nec quidquam coheredes eius iudicij exitum contingere, quod Iulianum scribere ait. Et vero extat hęc Iuliani scriptura in *l. si possessor, de rei vindicat.* vbi additur de hoc etiam dubitari non oportere, quin is scilicet, qui totam rem possidet, in solidum sit damnandus iudicio in rem. At vt hoc loco refert Paulus, mox subiecit Iulianus, de illo dubitari non oportere, dubitari tamen posse in *quantum ipse*, ne dicas *ipse*, id est, promissor, sed vt Dinus, in *quantum ipse*, id est, vnus ille heres possessoris, eiusdemque promissoris iudicatum solui, cum quo C scilicet herede actum est actione in rem, quique eo iudicio in solidum damnatus est, quod totam rem possideret vel fideiussores eius, qui pro defuncto iudicatum solui spoponderunt, in quantum hoc casu ex stipulatione iudicatum solui, & an omnino teneantur. Et, inquit, Paulus, videndum esse ait idem Iulianus, scilicet ne non committatur hoc casu stipulatio iudicatum solui. Quibus verbis modeste, vt iuris auctorib. moris est, plane confirmat, vno ex heredibus possessoris eiusdemque promissoris iudicatum solui, damnato in solidum iudicio in rem, quod totam rem possideret, esse quidem aduersus eum actionem iudicati, sed nullo modo aduersus eum ex hac causa, vel fideiussores, qui iudicatum solui spoponderunt, stipulationem D iudicatum solui committi. Recte. Ratio hæc est quia non vt heres damnatus est, sed vt possessor: non hereditario, sed proprio nomine, *l. 12. §. vlt. ad exhib.* alioquin pro parte tantum hereditaria damnatus fuisset, non in solidum. Et stipulatio iudicatum solui heredem solum, cuius & in ea mentio fit, siue iudicatum, vt heredem tenet. Qua ratione, vt tradit in extremo huius legis: *Si post præstitam cautionem iudicatum solui*, quæ semper præstatur ante litem contestatam, ante iudicium acceptum, *l. 8. iudic. solui. l. de die §. si seruus, l. filiusfamilias, l. Iulianus, qui satisd. cog.* Et post litem contestatam cum possessore iudicio in rem, si possessor duob. aut pluribus heredib. relictis vita decesserit, nondum finito iudicio, vnus ex heredibus eius, licet totam rem possideat, non maiore ex parte damnandus est, quam pro qua re heres est. Quia iam non, vt cum possessore, sed vt cum herede, iudicium, quod cœpit a defuncto, peragitur, E quasi in heredes translatum iure hereditario, & ideo nec stipulatio iudicatum solui in eum committitur vltra portionem hereditariam. Et hoc quoque Iuliani verba in *d. l. si possessor*, nimirum verba hæc, *ante iudicium acceptum*, innuunt satis, nempe aliud esse dicendum, si post iudicium acceptum, id est, post litem contestatam possessor pluribus heredibus relictis vita decesserit, licet vnus ex iis totam rem possideat. Et hæc est perspicua huius legis interpretatio. At dubitari potest, cur stipulationes, quæ incertam quantitatem continent, quanti ea res est, in hac lege separentur a stipulatione ex noui operis nuntiatione, cum & hæc quanti ea res sit concludatur, *l. stipulatio §. siue autem, & §. vlt. de nou. oper. nuntiat.* At vt respondeam, non quidem pure stipulatio ex operis noui nuntiatione concluditur, quanti ea res est, non pure, sed sub conditione, vt ibidem ostenditur, si stipulatori placuerit, si stipulator maluerit persequi quanti ea res est, quam operis restitutionem, & ideo inuito stipulatore, non potest promissor oblata æstimatione quanti ea res est, se liberare ab operis restitutione. At in his omnibus stipulationibus, quæ incertam quantitatem continent, inuito stipulatore promissor oblata æstimatione litis, oblata æstimatione eius, quod interest, se liberare potest a præstatione facti in stipulationem deducti, *l. 13. in fine, de re iudic.* Quia vero, vt iam ante dixi, in omnibus stipulationibus prætoriis, adiicitur heredis nomen vel successoris, eiusque, ad quem ea res pertinet: hæc verba sunt ex formula, qua dicitur, heredis vel successoris eiusve ad quem ea res pertinet, vt *l. fluminum §. adiicitur, de dam. infec. l. 3. rem ratam hab.* quod ex singularum formulis intelligere licet, quas alibi expressi: Ideo hoc ipso libro Paulus in *l. 70. de verb. signif.*

Paul.

Ad l. 70. de verb. signif.

Sciendum est, heredem etiam per multas successiones accipi: nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet. Veluti in substitutione impuberis: Quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto: *vbi heredis heres non continetur, quia incertus est. Item in lege Ælia Sentia filius heres proximus potest libertum paternum vt ingratum accusare, non etiam si heredi heres extiterit. Idem dicitur in operarum exactione, vt filius heres exigere posit, non ex successione effectus.*

1. §. *Verba hæc*, Is ad quem ea res pertinet, *sic intelliguntur, vt qui in vniuersum dominium vel iure ciuili, vel iure prætorio succedit, contineatur.*

DOcuit, in his omnibus stipulationibus prætoriis, heredis appellatione, non contineri proximum heredem tantum, qui statim a morte stipulatoris promissorisve successit in vniuersum ius, vniuersumve dominium, sed etiam extendi in heredem heredis vlteriorem; & breuiter in heredis heredem in infinitum per longas successiones, vt ait, per longissimam successionem, vt loquitur *l. 194. de regul. iur. & l. 2. C. de in lit. iur. Heres*, inquit, Horatius, *heredem alterius velut vnda superuenit vndam.* Eodemque modo Symmachus in epistol. *Bona instar vndarum, ac fluctuum a succedentibus sibi dominis occupari.* Plerasque etiam esse alias species, in quibus heredis nomen latissime patet. Et paucas vero esse species ait, in quibus heredis nomen referatur ad proximum tantum, vt in hac substitutione pupillari: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*, qua heres proximus tantum continetur, non heres heredis, qui & incertus testatori fuerit, *l. qui liberis §. vlt. de vulg. subst.* Et in lege Ælia Sentia, qua filius heres potest a liberto paterno operas exigere, vel libertum paternum ingrati accusare: In hac, inquam, l. continetur filius heres proximus patris, non filius exheredatus, qui heres extiterit heredi patris, *l. cum patronus 22. §. cum libertus, de oper. libert.* Addit in fine huius l. 70. quod etiam respicit ad prætorias stipulationes, in eis hæc verba: *Is, ad quem ea res pertinet*, complecti quoscunque alios iuris vniuersi successores, veluti bonorum possessores vel fideicommissarios Trebellianos, & bonorum emptores & iis similes, de quibus diximus in *l. 53. de oblig. & act.*

Ad l. 16. de tutor. & cur. dat.

Nec ille desinit tutor esse. Quod & in omnibus, qui ad tempus excusantur, iuris est.

EST etiam ex hoc libro 73. lex 16. *de tut. & cur.* quæ pertinet ad stipulationem prætoriam, rem pupilli saluam fore. Et docet tutorem, qui abesse cœpit reipublicæ causa, quæ absentia necessaria est, non desinere tutorem esse, sed ad tempus excusari a tutela, & in locum eius etiam ad tempus alium tutorem vel curatorem dari, nec scil. pro tempore absentiæ eum teneri actione tutelæ, vel ex stipulatione rem pupilli saluam fore. Ex antegesto, quod scil. gessit ante absentiam, teneri, vt *l. 3. §. si quis absuturus, de suspect. tut.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXXIV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Vobis pene defui, fratres, animo meo Charissimi. sola maiestatis prouidentia lucis adhuc tuendæ copiam dedit: credo non tam mea, quam vestra causa, ne extremus ille casus, qui me corripuerat, meis laboribus, quibus leuarem vestros, immaturum finem ageret, ad quem procliuis ferebatur tamen animus meus, qui & se ab illo propius haut abesse quodammodo præsentit, neque dolet: tempus est enim de illa perpetua, non de hac exigua vita cogitare, atque ita se comparare, vt nos deprehendat suprema dies abire paratos. Quare deinceps non tam vasto sine profundo me committere decreui, quam id fuit, cuius speciem prætulit opus Pauli ad Edictum: in quo tamen bene est, iam non diu iactabimur: est enim terra in manibus, cum ex eo superfint residui tantum libri quinque, & hi quidem admodum leues, adeo vt & breui ad exitum adduci possint quod vt præstem, hoc solum hodie curo: neque enim quod per me affectum iam est, id imperfectum reddere volo. neque vero debeo vel nouis plerisque morem gerere, qui id a me imperfectum relinqui mallent, quod eiusdem laboris participes & socij non fuerint, vel ignauis quibusdam & languentibus, qui & iam defecerunt in medio cursu potius, quam studiosis, diligentibus, eruditis, & probis, qui & non iniuria conquererentur, si cœpto desisterem, cuius ipsi tandiu fastigium expetiuissent. Itaque ex lib. 74. qui primus est ex libris quinque residuis sumam l. 44. de obligat. & act. qua nulla in hoc libro vtilior aut rerum vbertate plenior.

MEmini me ab hinc triennio, cum totius huius tituli interpretationem suscepissem, & eam interpretari. verum idem nunc iterare iuuabit: nam & quæ tunc copiose, nunc dabuntur arctius & strictius: & contra quæ tunc sunt coarctata veluti in aggerem, nunc explicabuntur fusius, & omnino eadem erit res, eadem sententia, ratio tradendi diuersa, & idcirco fortasse melior locupletiorque. non est vna eademque interpretandi ratio, nec vni etiam assuescere, vel vni penitus addicere se est hominis strenui & diligentis.

Ad l. 44. de oblig. & act. & l. 34. de manumiss. test.

Obligationum fere quatuor causæ sunt: aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio.

1. §. *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. Ex die: veluti,* Calendis Martiis dare spondes? *cuius natura hæc est, vt ante diem non exigatur. Ad diem autem,* vsque ad Calendas dare spondes? *Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse: non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi. plane post tempus stipulator vel pacti conuenti, vel doli mali exceptione summoueri poterit. Sic & in tradendo, si quis dixerit, se solum sine superficie tradere: nihil proficit, quo minus & superficies transeat, quæ natura solo cohæret.*

2. §. *Conditio vero efficax est, quæ in constituenda obligatione inseritur, non quæ post perfectam eam ponitur, veluti,* centum dare spondes, nisi nauis ex Asia venerit? *Sed hoc casu existente conditione locus erit exceptioni pacti conuenti, vel doli mali.*

3. §. *Modus obligationis est, cum stipulamur decem aut hominem. nam alterius solutio totam obligationem interimit. nec aliter peti potest, vtique quandiu vtrumque est.*

4. §. *Accessio vero in obligatione, aut persona, aut rei fit. Persona, cum mihi aut Titio stipulor. Rei, cum mihi decem aut Titio hominem stipulor: vbi quæritur, an ipso iure fiat liberatio homine soluto Titio.*

5. § *Si ita stipulatus sim,* Si fundũ non dederis, centum dare spondes? *sola centũ in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.*

6. §. *Sed si nauem fieri stipulatus sum, & si non feceris, centum, videndum, vtrum duæ stipulationes sint: pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio, non tollat priorem, an vero transferat in se, & quasi nouatio prioris fiat, quod magis verum est.*

INitio huius legis proponit Paulus obligationum quæ scilicet verbis contrahuntur siue stipulationum, fere quatuor esse causas, diem, conditionem, modum, accessionem: quæ tamen obligationum causæ non sunt per se, sed per accidens, quia & sine iis constitui & perfici obligationes possunt, vt puta si pure contrahantur. pura obligatio ab omnibus iis causis pura est, quia neque dies illi inseritur, neque conditio, neque modus, neque accessio. Fere autem, vt ait, sunt quatuor, *fere*, quia, vt Accursius notat recte, his etiam addi potest locus, quo promissor stipulanti se pecuniam daturum promittit, quę obligatio etiam non est pura, quia & tacite dies inest, quo in eum locum perueniri possit, *l. 41. §. pen. l. 73. tit. seq. l. 6. § vlt. ad SCtum Trebell.* Et quia ex ea stipulatione stipulator agere non potest pure, id est, sine adiectione eius loci, de quo conuenit, quin periculum plus petitionis incurrat, *§ loco, Inst. de act.* licet etiam loco adiungere satisdationem, id est, obligationem contractam sub satisdatione, quæ etiam dici potest quodammodo non esse pura, atque ita etiam Iurisconsultus eam obligationem, quæ fit sub satisdatione, separat a pura obligatione, *l. 5. in prin. de solut.* Idem vero Accursius, quod ait, propter locum, cui addidit satisdationem, additum esse hunc articulum *fere*, idque esse philosophicum temperamentum, placet satis. Nam & Macrobius in somnium Scipionis: *Verbum*, inquit, *quo hanc definitionem temperaret, adiecit, fere.* Et ordine tractemus de singulis hisce causis, ac primum de die siue tempore. Dies inseritur obligationi, vel a quo incipiat, vel in quem desinat & finiatur obligatio. Dies a quo incipiat, inseritur hoc modo: *Calendis Martiis tot nummos dare spondes?* Nam etsi incipiat hæc quidem obligatio statim ipso iure ante Calendas Mart. tamen non incipit cum effectu, quia nulla eius executio est, antequam Calendæ Martiæ veniant: neque enim ex ea agi potest ante eum diem, quod comprobat legum ingens numerus & quasi series, & est certissimum, *l. 14. l. 73. l. 124. tit. seq. l. certi 9. §. 1. de rebus cred. l. qui res 98. §. vlt. de solut. l. 7. de compensat. l. 186. de reg. iur. l. cedere diem 213. de verb. sig. §. omnis, Instit. de verbor. obligat.* Neque enim incipiente obligatione, semper incipit agendi facultas: non semper cœpta obligatione & ex ea agendi facultas est. Idem hoc loco Paulus scribit aperte, dum ait: *Naturam obligationis incipientis ex die hanc esse, vt ante diem non exigatur. obligatio igitur nascitur statim, actio non nascitur ante diem.* Dies autem, in quem definit aut confertur obligatio, obligationi adiicitur hoc modo: *Decem annua vsque ad annum 25. ætatis meæ mihi dari spondes?* vel hoc modo: *Vsque in Calendas Martias mihi dare spondes? l. 56. §. qui ita, tit. seq. l. Firmo 26. §. vlt. quando dies leg. l. pen. de fideiuss.* Neque vero existimandum est, idem esse ad diem & in diem contrahi obligationem: nam in diem contrahi dicitur, siue ad diem, siue ex die contrahatur: ad diem vero quæ contrahitur, vsque ad diem certum, ita vt eo die concludatur, consistat, finiatur. quæ autem contrahitur ex die, nunquam dicitur contrahi ad diem, quod prope notius est, quam vt pluribus inculcandum sit. Ad hæc etiam notandum est, ex die quidem obligationem iure contrahi, ad diem vero, quod scilicet semel contracta & enata obligatio perimatur, iure non contrahi, proinde ipso iure ad diem ex stipulatu obligationem constitui non posse, sicut nec legati nomine ex testamento, *decem annua illi dato vsque in annum decimum*, legatum non valet, *l. 56. nemo potest, de leg. 1.* Et similiter adsignatio liberti non recte confertur ad tempus, licet

ex tempore fiat rectissime, *l. vlt. de assign. libert.* Libertas etiam non datur ad tempus, *l. 33. de manum. test.* Verum hac in re stipulatio vel legatum collatum ad diem, eo maxime distat a libertate & assignatione liberti, quod in his diei adiectio superuacua est, *l. 34. de manu. test.*

Ad l. 34. de manum. test.

Ideoque si ita scripta sit, Stichus vsque ad annos decem liber esto: *temporis adiectio superuacua est.*

QVæ est ex hoc ipso libro Pauli, & huic loco coaptanda est. In illis vero, id est, in stipulatione & legato temporis adiectio, ad quod obligatio collata est, non est superuacua, quia tametsi ipso iure non valeat stipulatio collata ad diem, sicut nec legatum collatum ad diem, perducitur tamen ad effectum vti contrahenti aut testatori placuit, apposita exceptione pacti conuenti, vel doli mali, stipulatori vel legatario petenti post diem. Cur autem ipso iure constitui obligatio ex stipulatu, vel ex testamento ad diem non possit, ita vt post eum diem expiret & euanescat ipso iure, Paulus explicat hac ratione, quia, inquit, quod alicui deberi cœpit, certis modi deberi desinit, non temere deberi desinit, sed certis tantum legitimisque modis. Denique certi sunt & legitimi modi, quibus tollitur obligatio, solutio, acceptilatio, nouatio, nudus consensus: in his modis non est tempus, non pactum, non sententia iudicis. Ergo & iis modis ipso iure non tollitur obligatio. Et quod legimus sæpe in iure: Obligationem tolli vicennio vel tricennio, vel alio tempore legibus statuto, debitorem liberari vicennio aut tricennio, hoc fit per exceptionem, quæ & præscriptio dicitur, non ipso iure. Tempore legitimo liberatur debitor, non ipso iure, sed beneficio exceptionis, siquidem ea vti velit, & liberatur a ciuili obligatione, nam a naturali obligatione debitor nullo modo liberatur neque ipso iure, neque per exceptionem, quod omnium optime probat lex 30. §. 1. *ad leg. Aquil* Et perperam Bart. in contrarium adducit *leg. vlt. §. 1. rem ratam haberi*. quia loquitur ille §. de debitore, qui tempore liberari poterat, qui tamen nondum erat tempore liberatus, qui soluit procuratori creditoris, antequam esset liberatus exacta ab eo cautione de rato. Ad hæc pertinet etiam lex 7. *C. de sent. & interloc. omn. iud.* quæ idem proponit, quod & hoc loco Paulus, hæc sunt verba l. 7. *verborum obligationem certo tantum iure tolli*, non quodlibet iure, non quolibet modo. Certis modis constituitur & tollitur obligatio, non quibuscunque. Ideoque ita ratiocinari licet, vt Mar. Tull. pro Cæcinna: *Si certis modis maiores nostri obligationes tolli voluerunt, intelligimus*, inquit, *alio modo noluisse.* Verum, vt dixi, datis exceptionibus prætor tuetur voluntatem contrahentium, aduersus rigorem iuris ciuilis, si contrahentes tempore certo obligationem finiri voluerunt, iisdemque tuetur voluntatem testatorum, si legatum vel fideicommissum reliquerint ad tempus. Quin & constitutiones, vt Iustinianus refert in *l. vlt. C. de legat.* permiserunt ad tempus donationes fieri, puta rebus donatis ea lege, vt post quinquennium donatori restituantur, *l. 2. C. de donat. quæ sub modo.* Eædem etiam permiserunt contractum fieri ad tempus, & cogitasse eum opinor de *l. 2. C. de pact. inter. empt.* quæ probat hanc legem venditionis & traditionis, vt res vendita post certum tempus reddito pretio ad venditorem redeat. Et ad hæc ipse Iustinianus constituit, vt similiter legata & fideicommissa ad tempus relinqui possint: an vt tempore ipso iure perimerentur? sic omnino statuendum, alioqui nihil noui constitueret.

Ad l. 59. §. ille, mandati.

Ille illi salutem. mando tibi, vt Blæsio Seuero affini meo octoginta credas sub pignore illo, & illo. In quam pecuniam, & quidquid vsurarum nomine accesserit, indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blæsius Seuerus, præstaturum. *Postea sæpe conuentus mandator, non respondit. Quæro, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit, mandati obligationem perpetuam esse: licet in mandato adiectum videatur, indemnem rationem tuam esse ex causa mandati, in eum diem, quoad vixerit Blæsius Seuerus, præstaturum.*

§. 6. *Paulus respondit, non videri mandati conditione paritum, cum in mandato adiectum sit vt idonea cautio a debitore exigeretur, si neque fideiussor, neque pignora accepta sint.*

NOn discedam ab hac inspectione siue tractatione, quin prius explicauerim *l. si mandatu 59. §. ille illi. mand.* in quo §. proponitur casus singularis & summe notandus, in quo neque ipso iure, neque remedio exceptionis, obligatio mandati collata ad tempus, tempore perimitur, qui casus diligenter excutiendus est, quoniam idem Accursium valde perplexum habet, qui in eum attulit quatuor interpretationes, nec in qua consisteret exposuit. Ego speciem & rationem veriorem adferam. Species hæc est: Mandaui tibi vt Blæsio Seuero certam pecuniam crederes, indemnem te omni damno per me præstitum iri, in eum diem quoad vixerit Blæsius. Ego contuli obligationem ad diem vitæ seu mortis Blæsij: tu fidem meam mandatumque secutus, Blæsio pecuniam credidisti, mox Blæsio redacto ad inopiam conuenisti me, vt te indemnem seruarem, non respondi ad conuentionem, moram feci, an & mortuo Blæsio debitore principali, me conuenire potes? Sic omnino videtur rectissime, quia etsi ad diem, quoad viueret Blæsius, collata sit obligatio, quæ conuentio iure prætorio, id est, beneficio prætoris, beneficio exceptionis seruatur, hoc tamen casu non seruatur, quia mora mea viuo adhuc Blæsio perpetuauit obligationem. Et hoc exemplo commodissime vtemur ad *l. si seruum 91. §. sequitur, tit. seq.* vbi definitur moram debitoris perpetuare obligationem. Non est omittenda similitudo, qua hoc loco Paulus vtitur, vt doceat non esse nouum, vt quod non fit ipso iure, fiat remedio exceptionis: obligatio ipso iure non constituitur ad tempus, constituitur tamen remedio exceptionis. Sic etiam, inquit, hæc est similitudo: si quis in vendenda & tradenda domo, quæ ex duabus partibus constat, videlicet solo & superficie, *l. eum qui 23. de vsurp. & vsucap.* dixerit venditor, se solum tradere emptori sine superficie, ea lex traditionis nihil valet ipso iure, & superficies sequitur emptorem, quia hoc naturalis ratio exigit, nempe vt superficies solo cohæreat, nec ab eo diuelli possit, vtque ius soli sequatur, *l. domo 21. de pigner. act. l. Paulus 29. §. domus, de pignor. l. vlt. de superfic.* Galli qui scripserunt de iure, dixere, *le pied saisit le chef.* Verum emptori vindicanti totam domum, obstat exceptio pacti in traditione conuenti, quod a prætore tuendum est, *l. in traditionibus 48. de pact.* Exceptio, inquam, pacti vel doli mali, quæ semper concurrit cum exceptione pacti: per eam venditor consequetur, vt sibi in superficie habitare liceat, & vt emptori non liceat, *l. si fundum 81. §. qui fundum, de leg. 1.* Atque ita hoc casu, quod non fit ipso iure, fit per exceptionem.

Ad §. conditio l. 44. de obligat.

QVæ diximus heri de causa temporis, quæ adiicitur quandoque stipulationi, siue de die certo, qui quandoque stipulationi adiicitur, eadem dicamus hodie ex §. *conditio*, de conditione, quæ est altera causa stipulationis, proposita initio huius legis. Conditio apponitur stipulationi, si vel stipulatio fiat ex conditione, vel ad conditionem. Vtroque modo dicitur contrahi stipulatio sub conditione, siue fiat ex conditione, siue ad conditionem, id est, siue inseratur conditio obligationi, vt ab ea incipiat obligatio, veluti, decem dare spondes, si nauis ex Asia venerit? siue inseratur conditio obligationi, vt in eam desinat obligatio, *veluti decem dare spondes, nisi nauis ex Asia venerit?* Et illo quidem modo, id est, ex conditione, recte con-

rahitur obligatio, & suspendit obligationem. Hoc vero A modo, id est, ad conditionem, non contrahitur rectè, sicut neque ad diem, si ius summum spectes; si ius prætorium quod huiusmodi conuentiones tuetur, interposito exceptionum remedio, etiam ad conditionem rectè contrahitur obligatio, etiam ad conditionem rectè confertur obligatio. Et vt ait, existente conditione, locus erit exceptioni pacti vel doli mali, qua repelletur actor, vel stipulator, si pergat agere post conditionem impletam. Denique perficiundæ & constituendæ obligationi ipso iure addi conditio potest, perfectæ non item. Conditio si existat, constituit, non etiam extinguit obligationem ipso iure, quia conditio non est legitimus modus extinguendæ obligationis. Quæ igitur conditio obligationem constituit, efficax est, vt Paulus ait hic, quæ vero conditio eo respicit, vt perimat obligationem, non est efficax, id est, effectu caret, siue auxilio prætoris, siue prætoriæ exceptionis. Quid est igitur quod lego multis in locis iuris nostri, conditionem resoluere obligationem? quid est perimere & extinguere? Non certe conditiones resoluere obligationem ipso iure, sed beneficio exceptionis datæ a prætore, vel quæ potestate iudicij bonæ fidei tacite inest. Nam in iudiciis bonæ fidei, nullam exceptionem peti & opponi necesse est, quia omnes insunt tacite, & omissæ ab aduersario supplentur officio iudicis. Et ita vi exceptionis vel expressæ vel tacitæ, non ipso iure conditio resoluit obligationem, quando id actum est inter contrahentes, *l. 2. de in diem addict. l. 1. de lege commiss. l. 3. de contrah. emp.* Quid item est (& hæc erit altera obiectio) quod ait *l. quibus* 40. §. *quidam Titio, de condit. & demonst.* Paulus hoc loco ait, stipulatione ita concepta, *centum dare spondes, nisi nauis ex Asia venerit?* stipulationem esse puram & præsentem, sed resolui sub conditione. Aliud suadere videtur *d. §. quidam Titio.* Cuius species hæc est: *Heres meus nisi mater mea moritur, Titio centum ne dato.* testator nihil dixit, nihil adiecit præterea, nihilque proposuit, aut præmisit. Ait hoc genere sub conditione vel datum vel ademptum legatum videri, nempe hoc sensu, *si mater mea moritur, dato centum illi, si non moritur ne dato.* Et tamen ex sententia huius §. *conditio*, ita concepta stipulatio, *centum dare spondes, nisi nauis ex Asia venerit?* non ex conditione concepta videtur: nisi nauis non venerit, sed initio pure & mox ad conditionem collata, si nauis ex Asia venerit, vt scilicet tum promissor liberetur. Non est cur legata quod Accursius tentat hac in re, separemus a stipulationibus: separari debent non negotia ipsa, sed formulæ eorum. Si dixero statim ab initio contrahendæ stipulationis, *nisi nauis ex Asia venerit centum non dato*, ex euentu vel sub conditione, *si nauis venerit*: vel ad conditionem, *si nauis non venerit*, stipulatio facta videtur. Denique conditionalis stipulatio est, quæ sub contraria conditione resoluitur, sicut in illo §. *quidam Titio*, conditionale legatum est, quod sub contraria conditione resoluitur, siue adimitur; si vero dixero in stipulando, *centum dabis nisi nauis ex Asia venerit?* pura stipulatio est, quæ tamen sub conditione resoluitur, vt in hoc §. *conditio.*

Ad §. Modus.

Nunc sequitur vt tractemus de modo, qui adiicitur stipulationib. *Modus* specialiter dicitur apponi stipulationi, cum apponitur disiunctio, quæ ponat in arbitrio promissoris, hanc vel illam rem dare, vtram maluerit. Namque iniicitur ita modus petitioni stipulatoris, vt non possit alteram rem petere abscise & pure, prærepta electione promissori, non potest etiam vtramque rem petere, sed vt stipulatio concepta est, debeat disiunctim alterutrum, hanc, vel illam petere, nisi velit incidere in periculum plus petitionis. Denique hæc disiunctio imponit modum petitioni stipulatoris. Finge, stipulatus sum *Stichum aut Pamphilum*: *alterius*, inquit, Paulus, *solutio totam obligationem interimit*, neque tamen alterum petere stipulator potest pure, id est, sine disiunctione, quia plus petit, quamdiu vterque est, inquit, id est, quamdiu ambo viuunt, vt *l. 2. §. Scæuola, de eo quod certo loco.* nam si alter interierit, is solus qui superest peti potest, perinde atque si solus deductus esset in stipulationem, *l. 95. Stichum §. 1. de solut. l. si in emptione 34. §. pen. de contrah. emp.* Licebit tamen debitori, qui moram non fecerit, offerendo æstimationem mortui, quæ forte vilior est, se liberare a præstatione hominis superstitis, *l. cum res 47. §. sed si Stichus, de leg. 1.* alterius enim solutio, id est, alterius rei vel æstimationis eius (æstimatio est vice rei) totam obligationem interimit, ponitur quidem ab initio vtrumque in obligatione, si ita stipulor Stichum aut Pamphilum dari, quod ostendit *l. si duo rei 128. tit. seq. l. illud 25. de constit. pecun. l. miles 6. §. 1. de re iudic. l. 5. §. vlt. qui & a quibus manum.* Vtrumque, inquam, ponitur in obligatione, non soluitur tamen, neque etiam petitur vtrumque, vtique si vtrumque sit B in rerum natura, quia modalis, id est, disiunctiua obligatio est. Et de modo hæc sufficiunt.

Ad §. Accessio.

Sequitur de accessione in §. *accessio.* Ea duplex est, accessio personæ, vel accessio mixta ex persona & re. Accessio solius rei non est causa obligationum, nisi sit modus. Quod sic declaro: si stipuler illud & illud, pura est obligatio, cui nulla annectitur causa: si stipuler illud aut illud, modalis stipulatio est. Itaque quam facit tertiam causam obligationum, accessionem non possis dicere esse accessionem rei solius, sed vel accessionem personæ, vel accessionem personæ & rei. Accessio personæ est, si stipuler C *mihi aut Titio dari*, quo genere quidem obligatio Titio non quæritur, quia alteri per liberam personam adquiri obligatio non potest. Titio tamen soluere inuito stipulatore promissor potest, *l. 12. §. pen. de solut.* videlicet antequam stipulator egerit, & litem contestatus fuerit, vt *l. 57. de solut. l. fideiussor obligari 16. in princip. de fideiuss.* Denique Titius accedit solutionis non obligationis gratia; & ideo passim in iure appellatur adiectus solutionis gratia, vt ei soluatur, si malit debitor ei soluere, non vt debitor ei obligetur, quod fieri nequit per liberam personam. Et quod maxime notandum est, hic, qui dicitur adiectus solutionis gratia, semper adiicitur posteriore loco, veluti *mihi aut Titio*, non priore loco. nam si ita stipularer, *Titio aut mihi*, nihil ago, *l. qui res 98. §. si seruus, de solut.* D *l. 45. Gaius, sol. mat.* præcedere debet obligatio solutionem, aut solutionis mentionem tacitam, præcedere debet creditor, sequi adiectus, alioqui præpostere res agitur, & nullum est quod agitur. Vnde & in *l. 1. §. penult. de stipul. seruor.* præpostere scriptum est, seruum ex re proprietarij stipulatum fructuario aut proprietario, quia cum ita obligatio conferatur in fructuarium, quod fit inutiliter ex re proprietarij, consequens est, & inutiliter conferri solutionem in proprietarium, qui extremo loco nominatus est. Scribendum igitur proprietario aut fructuario, vt in eum consisteret obligatio, ex *l. 21. eod. tit. §. si seruus.* Et hæc de accessione personæ. Alia est accessio non personæ, sed etiam rei, accessio mixta ex persona & re, ex E personis & rebus, quæ fit hoc modo: *mihi decem, aut Titio Stichum*, alia re designata in personam meam, & alia in personam Titij, vt *l. 34. qui hominem §. stipulatus, de solut. l. vlt. §. cum mihi, tit. seq.* Et hoc casu Sticho Titio soluto Paulus ait in hoc §. *accessio*, quæstionis esse, vtrum promissor liberetur ipso iure, an per exceptionem, id est, an ipso iure valeat accessio rei. Non respondet aperte Paulus. Sed *d. §. cum mihi*, ostendit, non valere solutionem rei, nempe quia aliud ponitur in solutione, quam fuit in obligatione, in obligatione sunt decem, in solutione Stichus. Et absurdum videtur vt aliud sit in solutione, quam quod est in obligatione, si eadem res ponatur in solutione, quæ posita est in obligatione, id est, si accessio personæ tantum fiat, non etiam rei: qui soluit adiecto, proculdubio ipso iure liberatur, §. *plane solutio, Inst. de inutil. stip.* Non idem est si fiat accessio personæ & rei, nam re soluta adiecto,

cto, quæ designata est in eius persona, promissor ipso iure non liberatur, sed per exceptionem. Et ita etiam hoc loco respondisse Paulum coniecturam facit §. *pen.* qui sequitur, cum quo coniungenda est *l.* 46. *mand.* quæ est ex eodem libro: Si stipuler *mihi decem, aut Titio Stichum*, decem sunt in obligatione, Stichus in solutione: quæ modo fiat Titio, solutio tamen Stichi ipso iure non liberat reum, quia Stichus non fuit in obligatione, sed liberat reum per exceptionem pacti vel doli ex conuentione contrahentium. Sic in specie §. *pen.* stipulatione ita concepta (nullo alio modo præcedente, nullave alia conuentione) si fundum non dederis centum dare spondes? Centum sola sunt in obligatione, fundus in solutione tantum, solutio tamen fundi ipso iure non liberat reum, quia fundus debitus non fuit, solutio pecuniæ liberat ipso iure, non solutio fundi, qui non debebatur, sed liberat per exceptionem, quia ita voluit stipulator, vt dando fundum se debitor liberare posset a præstatione pecuniæ. Sed vt ante diximus, hoc exigimus, vt soluat fundum re integra, antequam lis de pecunia contestata sit.

Ad l. 46. mandati.

Si quis pro eo spoponderit, qui ita promisit, si Stichum non dederis, centum millia dabis? *& Stichum redemerit vilius, & soluerit ne centum millium stipulatio committatur: constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis seruanda est: vt quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat. At quotiens incertum, vel plurium causarum: tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quam quæ ipso mandato inerunt: si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.*

Sententia autem *d. l.* 46. huiusmodi est: Fideiussi pro eo qui ita promiserat, *Si fundum non dederis, centum dare spondes?* & fideiussi ac caui non me daturum fundum, quia cauissem alia de re, quam quæ posita est in obligatione: quę cautio esset inutilis, sed caui me daturum centum pro reo principali, si ipse moram faceret, aut non responderet. Mandauit mihi vt fideiuberem. cum eo qui fideiubet pro nobis, mandatum contrahitur, quoniam mandamus ei vt fideiubeat: cum eo vero, apud quem fideiubemus stipulationem contrahimus. in mandati igitur obligatione fuerunt centum tantum, vt fideiuberem in centum, non etiam in fundum, & ego solui fundum stipulatori, forte redemptum viliori pretio, an actione mandati pretium eius repetam a reo principali? Sic videtur, & ita Paulus tradit in *d. l.* 46. quia eum liberaui saltem per exceptionem. Et inde ita concludit eleganter Paulus in illa l. si certum sit mandatum, ab eius forma stricta mandatarium recedere non posse, vt puta, si certus homo debeatur, & pro debitore fideiussero, alterius rei præstatione defungi non possum: quinimo si alteram rem soluero stipulatori, apud quem fideiussi, non habebo mandati actionem aduersus reum principalem, pro quo solui, quia neque me, neque illum liberaui aliud præstando, quam quod erat in obligatione. At si mandatum sit incertum, aut causis pluribus implicitum, præstationibusve duabus aut pluribus, vt in hac specie, *Si fundum non dederis, centum dare spondes?* videntur in mandato duæ esse præstationes, præstatio fundi, & præstatio pecuniæ. Et generaliter, vbi hoc vel alio modo mandatum est incertum, fideiussor non obstringitur, ita vt id tantum soluendo, quod est in obligatione, se & debitorem liberare possit, sed soluere etiam potest, quod reo magis expedit, ac deinde quasi re illius bene gesta cum illo agere mandati. licet, inquit, aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, id est, absoluta mandati fides solutione aliarum rerum, quam quæ mandato, id est, obligationi insunt: si tamen hoc mandatori expedierit, puta vt fundus redimeretur vel solueretur, qui non erat in obligatione, non pecunia quæ erat in obligatione longe maior, mandati erit actio.

Ad §. vlt. l. 44.

Conferenda nobis est species huius §. cum specie §. superioris. In specie superioris stipulatio incipit a conditione, *Si fundum non dederis, centum dare spondes?* & pecuniæ tantum contrahitur obligatio non fundi, quia fundus non ponitur ad obligationem, sed ad solutionem tantum. Vnde & fundo soluto, pecuniæ obligatio dissoluitur, qui vtique & solui inuito potest: quia non potest stipulator immutare legem siue conditionem initio appositam stipulationi, *l.* 12. §. 1. *de sol.* Denique in hac specie centum sunt in obligatione, fundus in præstatione siue exsolutione tantum. In specie autem huius §. *vlt.* stipulatio non cœpit a conditione, verum ita concepta est, *fundum dare spondes, si fundum non dederis, centum dare spondes?* vel ita vt ibi ponitur: *nauem fieri spondes. si nauem non feceris, centum dare spondes?* nihil refert in dando an in faciendo concipiatur stipulatio. Et hoc genere videtur vtrumque esse in obligatione, fundus & pecunia: fundus pure, pecunia sub conditione; videntur, & vero sunt duæ stipulationes, vna pura, altera conditionalis, quia quot sunt res, tot sunt stipulationes, tot item formulæ. Vnde quæritur, an si existat conditio posterioris stipulationis, vt puta si promissor moram fecerit in dando fundo, an sit in arbitrio stipulatoris, vel pecuniam petere ex posteriore stipulatione, vel fundum ex priore, quasi manente vtraque obligatione, nec priore translata in posteriorem. Et Paulus in hoc §. *vlt.* verius esse statuit, duas quidem esse ab initio stipulationes ante moram promissoris, verum existente conditione posterioris, id est, post moram promissoris, nempe postquam potuit dare fundum, nec dedit cum interpellaretur, & priorem stipulationem nouari & transferri, siue transfundi in posteriorem, ita vt iam non ex priore agere stipulator possit, de fundo scilicet, sed ex posteriore tantum, ac proinde iam fundum non esse in obligatione, sed in solutione tantum, vt & in specie §. *pen.* Et ita etiam hunc §. *vlt.* Græci interpretes sunt interpretati, vt in vtraque specie fundus sit in solutione tantum, pecunia in obligatione, quod etiam confirmat *l.* 1. §. *item si ita legatum, ad leg. Falcid.* quæ hac in re nullam fecit differentiam inter hanc & superiorem speciem. Sic igitur statuamus in vtraque specie, pecuniam esse in obligatione, fundum in exsolutione. Verum addamus, hoc ita procedere, nisi id actum sit inter contrahentes, vt mora facta in dando fundo, vtrumque sit in obligatione, pecunia & fundus: nam absque dubio stabitur voluntati contrahentium, de qua non ambigitur, *l. ita stipulatus* 115. *in fi. tit. seq.* alioqui sola pecunia est in obligatione, quoniam id plerumque actum videtur, vt post moram obligatio fundi transfundatur tota in obligationem quantitatis, & fundus sit in solutione tantum: debitori tamen, quod tenendum est, semper integrum est, etiam post moram fundum soluere, & se absoluere pecuniaria obligatione tamdiu, quamdiu stipulator ex ea obligatione de pecunia litem non contestatur, nisi aliud tempus ex conuentione præscriptum sit solutioni fundi, quoniam qui non respondet ad tempus illud, ei non est integrum postea fundum offerre contra placita, *l.* 57. *de solut. l.* 84. *tit. seq.* quæ est ex hoc libro, & in fine huius quæstionis illius species explicabitur. His etiam adde *leg.* 1. *de penu leg.* quæ ostendit idem etiam obseruari in legatis. Finge: testator ita cauit: Heres meus penum vxori meæ dato, si penum non dederit centum dato. In hac etiam specie penus est in solutione, quantitas in obligatione, quasi penoris legato translato, vt ait, & transfuso in quantitatem legati, videlicet si moram fecerit heres in præstando penore, vt *l. si penum* 24. *quando dies leg. ced.* Ab initio siue ante moram heredis duo sunt legata, post moram heredis vnum tantum legatum, videlicet pecuniæ legatum, in illud priore legato transfuso, *l. cum sine* 19. *quan. dies leg. ced.* Heredi autem semper est facultas, quandoque penum soluere, & se liberare re integra, id est, antequam vxor quantitatem petierit apud iudicem lite

contestata, nisi aliud tempus soluendo penori testator præfinierit, quod ostendit *d. l.* 1. *de penu leg.* Potest autem vxor statim quantitatem petere, atque dari potuit penus & debuit, nec data est, id est, statim post moram heredis. Et hac quidem in re, vt dixi, iamque satis ostendi, nulla est differentia inter speciem §. *vlt. huius l. &* speciem §. *pen.* Notandum tamen alia in re ex sent. Papiniani in *d. l. ita stipulatus*, esse differentiam inter hanc & illam speciem. Nam si stipulatio incipiat a conditione, hoc modo: *si Stichum vel si fundum non dederis, centum dare spondes?* stipulatio in centum non committitur, quamdiu Stichus aut fundus est in rerum natura, & dari potest, licet sæpius conuentus promissor non responderit, licet etiam moram fecerit, quoniam omne tempus vitæ promissori liberum est ad soluendum Stichum vel fundum, si & in rerum natura sit Stichus vel fundus. At si ita concepta sit stipulatio, *fundum dare spondes? si fundum non dederis, centum?* ex priore mora promissoris, id est, si cum primum potuit fundum dare, eum non dederit, non fuerit ei commodum fundum dare, statim committitur posterior stipulatio, *d. l. ita stipulatus*. est alia differentia satis aperta, quia cum res incipit a conditione, vna tantum stipulatio est, cum incipit a præstatione fundi, & adiicitur, vt fundo non dato centum dentur, ab initio duæ stipulationes sunt, *d. l. si penum*. 24. post moram debitoris vna stipulatio, *d. l. cum fine*. 19. vnumve legatum. Et hæc est sententia huius quæstionis & legum ad eam pertinentium distinctio, quæ tamen non omnes prima specie inuicem consentire videntur, videlicet, *l. ita stipulatus* 115. *tit. seq. l.* 1. *de penu leg. l. cum fine* 19. *l. si penum* 24. *quando dies leg. ced. l.* 1. §. *item si ita legatum, ad leg. Falcid.* Hæc, inquam, est earum omnium legum distinctio certissima & clarissima. At præterea videamus, quomodo explicandum sit, quod vulgo obiicitur huic §. *vlt.* nimirum stipulationem pœnalem, quæ subiicitur priori stipulationi de re, vel pecunia, vel facto aliquo, non nouare priorem stipulationem, quod est verissimum. Et hic tamen dicitur, naue non fabricata, atque ita existente conditione posterioris stipulationis, transferri priorem in posteriorem, id est, quasi nouationem prioris fieri. Obstat quod dixi stipulationem pœnalem non nouare priorem stipulationem, *l. prædia* 28. *de act. emp. l. duo* 71. *l. si quis a socio* 41. *& l. seq. pro soc. l. qui Romæ* 122. §. *Flauius tit. seq.* Quæ sententia etiam summa ratione nititur, quia si pœnalis stipulatio nouat priorem, iam nulla erit pœna promissoris, quia pœna tantum debetur, non res initio deducta in stipulationem, & pœna forte mitior est reipsa, aut certe non multo maior. Denique si nouatio fit, nihil fit in pœnam debitoris, pœna est quæ extra rem infligitur. Ergo commissa stipulatione pœnali, iure recto non tantum pœna peti potest, sed etiam res. At vt respondeam denuo, quæ subiicitur stipulatio in specie huius §. *vlt.* si nauem non feceris, centum dari, non subiicitur pœnæ causa, sed est quasi conditio, sub qua prior obligatio resoluitur, non vlla pœna irrogatur, vt *d. l. si penum.* alioqui si pœnæ causa posterior stipulatio subiecta sit, tunc profecto nulla nouatio fiet, & ex vtraque stipulatione erit actio, quoniam id actum intelligitur, vt vtrumque debeatur, res & pœna cessationis aut contumaciæ, quod & agi nominatim potest, *d. l. ita stipulatus in fine.* Et tamen siue id actum sit, vt vtrumque, siue vt alterutrum præstetur, quod ait illo loco *d. l. ita stipulatus*, idem esse defendendum, in quo laborat Accursius, hoc idem esse defendendum ex sententia Sabini, vt ex posteriori stipulatione statim agi possit, atque moram promissor fecerit in dando homine comprehenso priori stipulatione, cum dandi eius bonam copiam haberet. Addamus huic §. *vlt.* legem tituli sequentis, quæ, vt dixi paulo ante, etiam est ex hoc libro.

Ad l. 84. de verb. oblig.

Si insulam fieri stipulatus sim: & transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari, placet. quod si iam litem contestatus sim: nihil tibi prodesse si ædifices.

Hic §. *vlt.* est de stipulatione *nauem fieri*, l. 84. de stipulatione *insulam fieri*. Idem vero iuris est in vtraque, nempe vt si promissor nauem vel insulam fecerit antequam ex stipulatu ageret stipulator, & litem contestaretur, omnimodo liberetur, vt si ante litem contestatam fecerit nauem vel insulam, omnimodo liberetur & a posteriori stipulatione, quam si non faceret, promisit centum, & a præstatione eius quod interest, etiamsi fecerit post moram, aut facere paratus sit, id est, tempore illo elapso, quo facere potuit & debuit, nec fecit. Denique integrum ei est facere, antequam litem contestetur stipulator, post litem contestatam si fecerit, nihil ei prodest. Hæc est sententia l. 84. quam confirmat etiam *l.* 1. *de penu leg. & l.* 57. *de solut.* Post litem contestatam res non est integra: fabrica insulæ vel nauis, non est in arbitrio promissoris, vt eam præstando, se iudicio iam contestato absoluere possit. Huic sententiæ non obstat *l. hoc edicto, sup. in princ. de publican.* quæ ait post litem contestatam actione pœnali in duplum aduersus publicanum, qui rem actori eripuit vel abstulit dolo malo a publicano restituta re actori ablata, publicanum euitare pœnam dupli. Ergo etiam post litem contestatam licet purgare moram. Respondeo hoc iuris esse in hac specie ex edicti verbis (vt & ea lex significat) quo in publicanum quæ datur actio dupli, est arbitraria, & omnibus actionibus arbitrariis inest hęc conditio, vt damnetur reus, si arbitrio iudicis res non restituatur. Ergo si neque restituatur ante litem contestatam, neque post litem contestatam arbitrio iudicis, qui suscepit cognitionem: in iudiciis arbitrariis hoc iuris est, vt possit se reus absoluere iudicio pœnali, vel quo alio grauiore, si quando ante sententiam rem restituat arbitratu iudicis.

Ad l. 8. & l. 11. iudicatum solui.

Si petitor post satisdationem ante iudicium acceptum heres possessori extiterit: extinguitur stipulatio.

L. 11. *Si seruus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit: deinde possessor litem deseruerit: quidam, fideiussores eius pro lite datos non teneri, putant: quia mortuo homine, nulla iam res sit, quod falsum est: quoniam expedit, de euictione actionis conseruandæ causa, item fructuum nomine rem iudicari.*

Restant tantum ex hoc libro duæ leges, *l.* 8 *& l.* 11. *tit. iudicatum solui*, de stipulatione iudicatum solui. quam in iudiciis in rem reus, id est, possessor præstat, ante litem contestatam semper datis fideiussoribus. In leg. 8. hanc stipulationem extingui, si actor reo heres extiterit: extingui, confusione scilicet, quia in eandem personam concurrit ius actoris & rei, quod vt sit, natura non fert. In leg. 11. additur etiam quosdam existimare homine petito, pendente lite, pendente iudicio, post litem contestatam mortuo sine culpa rei, mortuo suo fato, quosdam existimare etiam hoc casu extingui stipulationem iudicatum solui. & fideiussores liberari pro lite datos, id est, cui pro reo cauerunt iudicatum solui, vt in *leg.* 5. §. *in possessione* 26. *vt in possess. leg. l. si eum* 33. *de fideiuss. leg. si quo temp.* 41. *de petit. hered.* Et extingui stipulationem hac ratione, quia mortuo homine suo fato, nulla iam res est, de qua litigetur, nulla lis. Consequens igitur est, de lite cautionem extingui, quæ nulla esse cœpit. Denique reum post mortem hominis si litem deserat, si rem non defendat, qua ex causa solet committi stipulatio iudicatum solui, vel fideiussores eius non teneri. Verum hæc opinio displicet Paulo optima ratione, quia mortuo homine, qui, vt ait, in rem actione petebatur, non continuo etiam mortua lis est: mortua re principali, quæ in iudicium venerit, non continuo mortua tota lis est, quia de accessionibus rei lis superesse potest: & expedit, exempli gratia, etiam post mortem hominis, rem iudicari

iudicari fructuum vel partuum nomine, vt sciatur ad quem pertineant, vel etiam vt actori conseruetur actio de euictione, vt sciatur re iudicata actor habeat nec ne, aduersus auctorem suum actionem de euictione: vel etiam vt sciatur, ad quem pertineat peculium defuncti hominis, *l. vtique 16. de rei vindic. l. pen. C. si pend. app. mors interu.* Recte autem posui hominem mortuum post litem contestatam, quod & Paulus ponit: nam si mortuus sit ante litem contestatam, proculdubio nulla est stipulatio, nulla cautio iudicatum solui, quod & Accursius notat recte hic, *& l. si quis tibi 26. de euict.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXXV. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 85. & 87. de verbor. oblig.

In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse: nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus diuisum consequi possumus, aliud quod totum peti necesse est, nec diuisum præstari potest, aliud quod pro parte petitur, sed solui nisi totum non potest. aliud quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat secutionem.

1. §. *Prima species pertinet ad promissorem pecuniæ certæ, nam & petitio & solutio ad portiones hereditarias spectat.*

2. §. *Secunda ad opus, quod testator fieri iusserit. Nam singuli heredes in solidum tenentur: quia operis effectus in partes scindi non potest.*

3. §. *Quod si stipulatus fuero,* Per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si aduersus ea factum sit, tantum dari? *& vnus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat? Verior est sententia existimantium, vnius facto omnes teneri, quoniam licet ab vno prohibeor, non tamen in partem prohibuero. Sed cæteri familiæ erciscundæ iudicio sarcient damnum.*

4. §. *Pro parte autem peti, solui autem nisi totum non potest: veluti cum stipulatus sum hominem incertum. Nam petitio eius scinditur, solui vero nisi solidus non potest. alioquin in diuersis hominibus recte partes soluentur, quod non potuit defunctus facere, ne quod stipulatus sum, consequar. Idem iuris est, & si quis decem millia aut hominem promiserit.*

5. §. *In solidum vero agi oportet. & partis solutio adfert liberationem, cum ex causa euictionis intendimus. Nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt: omnesque debent subsistere: & quolibet defugiente tenebuntur, sed vnicuique pro parte hereditaria præstatio iniungitur.*

6. §. *Item si ita stipulatio facta sit,* Si fundus Titianus datus non erit, centum dari? *nisi totus detur, pœna committitur centum. nec prodest partes fundi tradere, cessante vno. quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori soluere.*

7. §. *Quicunque sub conditione obligatus, curauit, ne conditio existeret: nihilominus obligetur.*

L. 87. Nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua sit vtiliter stipulatur.

IN libro 74. exposui quatuor causas constituendarum & contrahendarum obligationum: in hoc libro exponam alias quatuor causas siue species, non quidem contrahendarum, sed exequendarum obligationum, quæ iam contractæ sunt, *l. 85. de verbor. oblig.* a qua initium faciam. Exequimur obligationem siue stipulationem quam contraximus & nobis adquisiuimus, ex ea actionem instituendo & extorquendo solutionem a debitore. Actio, & quæ eam sequitur, exactio, est exequutio obligationis: at pluribus a promissore heredibus relictis executio obligationis fieri quadrifariam potest, vt in hac lege ostenditur, vel singulis heredibus diuisim conuentis pro parte hereditaria, & æque soluentibus pro parte hereditaria, puta quoties obligatio est diuidua, quæ scindi possit in personas heredum: vel quoties obligatio est indiuidua, executio obligationis fit vno ex heredibus conuento in solidum, & exoluente solidum: vel executio obligationis fit, quæ est tertia causa, vel tertium genus executionis, vno ex heredibus conuento pro parte, & soluente solidum, nec recte soluente partem, quamuis pars tantum hereditaria ab eo petita sit: vel, quæ est quarta species, vno ex heredibus conuento in solidum, & soluente partem tantum, ex qua heres est. De singulis causis singulatim dicemus. Prima causa siue ratio exequendæ obligationis locum habet, si quis promiserit certam pecuniam, nam hæc obligatio diuisionem, aut vt hæc lex loquitur vno loco, secutionem recipit ex duodecim tabulis inter heredes promissoris, pro portionibus hereditariis ipso iure, & ideo non potest a singulis heredibus peti vltra portionem hereditariam, vt ab eo, qui heres est ex triente, non potest peti nisi triens pecuniæ creditæ, ab eo qui ex vncia non nisi duodecima pars pecuniæ creditæ. Et vice versa non tenetur etiam heredes creditoribus hereditariis soluere singuli quidquam vltra portionem hereditariam. Denique nomina tam actiua quam passiua ex duodecim tabulis inter coheredes diuiduntur pro portionibus hereditariis *l. heredes 25. §. idem iuris, famil. ercisc. l. 6. C. eod. l. pacto 26. C. de pact. l. 1. C. si vnus ex plur. hered.* Marc. Tullius pro Roscio Comœdo: *Heres,* inquit, *pro sua parte petit, qua hereditatem adiit, & pro sua parte dissoluit.* Quintilianus declamatione 336. *Patri tuo,* inquit, *credidi, cuius ex parte dimidia heres es: assem non possum a te petere, semissem petere possum.* Secunda species exequendæ obligationis pertinet ad eum, qui promisit se opus aliquod facturum, qui si plures heredes reliquerit, singuli tenentur in solidum, nec si vnus ex eis conuentus sit & victus, aliter liberatur, quam si solidum exsoluerit, id est, quam si opus consummauerit, quia obligatio operis faciendi est indiuidua, operis scilicet effectus in partes scindi non potest, quia quamdiu ex opere aliquid superest, quod perfectum nondum sit, tamdiu non potest videri aliquid factum, *l. 2. de pret. stip.* Idemque seruari legata vel promissa seruitute prædiorum, veluti itinere aut via, proculdubio hoc loco Paulus adiecit, quia vt facta, ita & seruitutes prædiorum diuiduitatem non recipiunt, *l. 72. hoc tit.* Et coniunxerat idem Paulus quod sequitur in §. *quod si stipulatus*, stipulatione ita concepta, *per te heredemve tuum non fieri, quo minus mihi per tuum fundum ire agere liceat*, subdita stipulatione pœnali vel quanti ea res sit, si quid aduersus ea fieret, id est, si tu vel heres tuus me prohiberet ire agere, aut vehiculum ducere, & vnus tantum ex heredibus tuis me prohibuerit, omnes ex stipulatu teneri pœnæ nomine, pœnam committi in solidum, vel vno prohibente cæteris permittentibus, quia pœnæ causa est indiuidua; verum singulis non iniungi præstationem pœnæ nisi pro portionibus hereditariis: iniungi pœnam omnibus, etiam iis qui non prohibuerunt, sed non omnibus in solidum, proinde vnicuique tantum incumbere præstationem pœnæ pro parte hereditaria, cæterum omnes teneri conferre ad pœnam. Nam & si vnus tantum prohibuerit, non omnes, non potest ille videri me prohibuisse in partem tantum, prohibitio diuisionem non recipit: qui prohibetur, prohibetur in totum, non in partem. Itaque omnes tenentur perinde, atque si omnes me prohibuissent, imo & quodammodo omnes me prohibuisse videntur, quasi facto vnius pertingente etiam cæteros, propter indiuiduitatis causam. Verum quod is qui non prohibuit, qui extra culpam est, mihi præstiterit, id iudicio familiæ erciscundæ, cum diuidetur hereditas, ei reputabit, qui prohibuit. Cæteri, inquit, familiæ erciscundæ iudicio, sarcient damnum; quod non est, sarcient damnum ei qui prohi-

buit, quod nec facient, sed sibi ipsi damnum sarcient, id quod damni fecerunt, soluendo pœnam pro partibus suis reputantes ei, qui prohibuit in iudicio familiæ erciscundæ, quia facto eius in eam fraudem inciderunt, quod etiam traditur in *l. 2. §. item si in facto, hoc tit. l. inter* 44. *§. quod ex facto, famil. ercisc.* Nec alia mens est *l. heredes* 25. *§. in illa, famil. ercisc.* dum ait, in hac specie vno ex coheredibus prohibente stipulatorem, quo minus itinere aut via vtatur, in solidum committi stipulationem pœnalem, vel quanti ea res est. nec enim hoc vult, in solidum eam committi in singulos heredes, sed committi in omnes totam pœnam sine deminutione, ita vt singuli tamen pro partibus tantum hereditariis conueniantur, *l. 4. §. Cato, hoc tit.* De hac specie satis. Tertia species exequendæ obligationis est, cum peti pars duntaxat potest, solui autem nisi totum non potest. Finge, promisi hominem indistincte & generaliter, non designato certo homine, & vita decessi pluribus relictis heredibus; stipulator in singulos heredes habet actionem pro parte hereditaria tantum, id est, omnes ei tenentur vnum hominem redimere pro partibus hereditariis, & soluere, nec potest vnus soluere partem Stichi, alter partem Pamphili, quia non id actum est inter contrahentes, neque vero pluribus heredibus institutis id etiam testator egit, vt in diuersis hominibus partes soluerentur, sed vt in vno eodemque homine. Stare vero ei, quod sit actum oportet: si in diuersis nominibus partes soluerentur recte, aliud solueretur quam quod actum est vt solueretur, quam quod in stipulationem deductum est. Itaque ab vno ex heredibus Stichi dominio quæsito & cesso stipulatori pro parte, nondum ei in vlla parte liberatio contingit, verum coherede postea soluente eiusdem Stichi partem alteram, tum vterque liberatur. non ante, quia anterior solutio nulla est *l. 2. §. 1. hoc tit.* Et hæc quidem locum habent, ne fallamur, homine incerto generaliter promisso, quod & ita proponitur in *§. pro parte*: nempe vt pars Stichi non soluatur recte. Aliud enim dicendum est, si homo certus promissus sit, veluti Stichus: nam Stichus recte solui pro parte potest. quidni? volenti creditori, & ita pro parte liberatio contingit *l. 9. §. 1. de solut.* Cur vero tam varie? cur aliud homine incerto, aliud homine certo promisso? nempe quia Sticho promisso, si pars Stichi soluatur, soluitur pars rei debitæ, & recte igitur. Homine autem incerto promisso generaliter; si pars Stichi soluatur, non soluitur pars rei debitæ, quia non Stichus, sed homo generaliter promissus est, quem eligeret promissor, si nihil de electione actum sit, vel quem eligeret stipulator, si id dictum sit. Eiusdem conditionis hoc loco Paulus ait esse hanc stipulationem, *decem aut hominem dari*, scindi hæc stipulatio facto promissoris non potest. Itaque partem pecuniæ & partem hominis recte non solui. Et in *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* idem Paulus eiusdem etiam conditionis esse hanc stipulationem, *Stichum aut Pamphilum dari*. Nam & hoc casu non recte soluitur. ait Stichi aut Pamphili pars, quia neque huius neque illius pars, pars est rei debitæ, neque enim pure debetur Stichus, nec etiam pure Pamphilus, sed sub alternatione, vel Stichus totus, vel Pamphilus totus. Et vt ait eleganter in hoc §. pro parte non potest debitor facere diuisa obligatione, ne creditor id ipsum, quod stipulatus est, consequatur. Et hæc sufficiant de tertio genere exequendæ obligationis. Quartum genus exequendæ obligationis proponitur in *§. in solidum*, quod tertio ex aduerso respondet, eo enim genere fit, vt vnus ex pluribus heredibus promissoris conueniatur in solidum, & se liberet soluendo partem tantum, ex qua heres est, quod euenit in hac specie, cui & mox adiicitur altera ex *§. pen.* Venditor fundi duplum promisit emptori, si fundus emptori euinceretur, & vita excessit pluribus relictis heredibus. post mortem eius, si quis emptori faciat dominij controuersiam, dicens se esse eius fundi dominum: singuli heredes in solidum conueniendi & denuntiandi sunt, vt de re agenda adsint, vt emptori assistant in ea lite, & causam instruant atque defendant quasi auctores venditionis, & quasi obligati auctoritatis nomine siue euictionis. Hæc denuntiatio veluti actio quædam est: actio dicitur in auctorem præsentem, qui est præsens in iure, id est, ad sellam prætoris, in *Orat. pro Cæcinna*. Vnde & Accursius rectissime in hoc §. in solidum agi sic interpretatur, in solidum denuntiari. denuntiatio illa veluti actio quædam est, & alibi conuentio, *l. cum ex causa* 139. *hoc tit.* Conueniendi sunt omnes heredes, id est, denuntiandi vt causam defendant, & in *l. si plus* 74. *§. pen. de euict.* conueniri auctorem siue venditorem ad rem defendendam, & ita agi quodammodo cum eo, id etiam multis in locis iuris nostri, est laudare auctorem suum. Et ex iure nostro absque dubio *M. Tull. in Bruto*, quem ego auctorem laudare possum rerum Romanarum religiosissimum, in idiotismo, *sommer le garand*. Et huius quidem actionis siue conuentionis extat formula, *quando te in iure conspicio*, id est, ad tribunal prætoris, *postulo an auctor fias venditionis a te factæ?* Vnde & in *l* 75. *qui absentem, de procurat.* de eo qui laudabat auctorem, *postulabat*, inquit, *a venditore, vt a se defenderetur*, hoc postulare, est laudare auctorem. Laudandus est autem auctor ab emptore, cui fit controuersia, omnimodo, vt sit emptori aduersus eum saluus regressus euictionis nomine, quia illaudatus auctor non tenetur de euictione, etiamsi cauerit de euictione, etiamsi cauerit duplam. Cæterum laudandus est tantum auctor primus, id est, venditor heresve eius, non auctor secundus, id est, fideiussor a venditore datus ob euictionem, hic est auctor secundus, *l. 4. de euict. l. 7. C. eod.* Hic & in glossa Philoxeni dicitur προπωλητὴς & βεβαιωτής. Et quod non est omittendum, laudatus quidem auctor primus, vel totam litem in se recipere, & exsequi suo nomine & sua impensa debet, si ita cōuenerit, qui vulgo vocatur *garand formel*: vel debet liti tantum subsistere, siue emptori litiganti adesse. Subsistere dixit Paulus in hoc §. & alij in *d. l. cum ex causa* 139. *hoc tit. & l. si rem* 62. *de euict.* Quod Græcis est παρίστασθαι. Et hic qui adsistit tantum emptori litiganti cum alio de dominio rei emptæ, vulgo dicitur *garand simple, non pas garand formel*. Hinc intelligemus statim hanc esse sententiam huius *§.* mota emptori quæstione dominij, post mortem venditoris, in solidum conueniri omnes eius heredes, vt liti subsistant, remque defendant, & omnes debere subsistere, & vel vno eorum defugiente auctoritatem, id est, nolente rem defendere, & in iudicium venire, quia defensionis causa est indiuidua, defensio pro parte res ridicula est: aut nihil agit, qui defendit, aut defendit in solidum, *l ex clausula* 17. *iudic. sol.* Et ob id vno defugiente auctoritatem, omnes defugisse videntur, ideoque omnes tenentur, etiam qui adfuerunt nec eierarunt auctoritatem, sed singulis pro partibus tantum hereditariis præstatio incumbit euictionis nomine, atque ita licet actio fuerit in solidum, solutio partis admittitur & adfert liberationem. Defugere dixit simpliciter in hoc *§.* vt & *l. cum ex causa hoc tit. & l. minor in fine, de euict.* Quod integriori sermone alij auctores *defugere auctoritatem*, quam venditor quisque præstare debet, suscepta defensione emptoris, cui mouetur quæstio dominij. Idem vero mox in *§. pen.* ostendit Paulus euenire in hac specie: Stipulatus sum fundum dari, & si fundum non dederis, tot dari pœnæ nomine, non nouandi animo, & promissori plures heredes extiterunt: vno non dante fundum in tempore, in solidum committitur pœnalis stipulatio, etiamsi cæteri coheredes partes suas soluerint, *l. 5. §. vlt. hoc tit.* quia pœnæ causa indiuidua est, aut tota committitur, aut nulla ex parte: vel si minimum supersit ex fundo, quod datum non sit. Verum vnicuique heredi pro parte tantum hereditaria pœnæ solutio iniungitur, *l. heredes* 25. *§. idem iuris, famil. ercisc.* Omnes tenentur in pœnam conferre, quamuis vnus tantum sit in culpa, cæteri sint innoxij, qui partes suas præstiterunt, & priori obligationi obtemperauerunt: cæterum non plus portione hereditaria pœnæ nomine a singulis exigitur, eadem ratione quod & hic notauit Paulus: quia indiuidua est pignoris causa, quia pignus non soluitur, non luitur, si vel vnus nummus vel teruncius tantum supersit in

in obligatione, vel pro modico ære totum pignus retinetur, etiamsi æris reliquum iam persolutum sit. & hoc est, quod dicitur, causam pignoris esse indiuiduam, *l. rem* 65. *de euictio*n. *l.* 31. *quod si nolit* §. *idem Marcell. de ædil. edic. l. heredes* 25. §. *idem obseruatur, famil. ercisc.* Hac ratione vno ex heredibus debitoris non soluente sortem, cæteris soluentibus pro partibus suis, nulla ex parte pignus liberatur. Denique cessatio vnius heredis pœnam in solidum committit: cessatio etiam vnius heredis, pignus integrum & imminutum conseruat. & hæc sufficiant ad has quartas causas.

Ad §. vlt.

HOdierno die explicabimus tantum §. *vlt.* qui restat ex *l.* 85. *de verbor. oblig. & l.* 87. *eiusdem tit.* quoniam satis non fuit temporis ad excutienda quæ sunt in hoc lib. In hoc §. *vlt.* ostenditur, aliquando eum qui sub conditione debet, etiam defecta conditione obligari, vt puta si ipse curauerit, vt conditio deficeret, quod accipiendum videtur de conditione potestatiua, vt loquuntur Imperatores, quæ scilicet fuit in potestate stipulatoris vel alterius cuiuslibet, vel quæ fuit collata in casum, euentumque fortunæ, vt si eam conditionem promissor impedierit, pro impleta habeatur: & hoc est quod ait lex 161. *de reg. iur. quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur: perinde haberi, ac si conditio impleta fuerit.* ex qua regula iuris intelligimus, & in *l.* 24. *de condit. & demonstr.* in qua eadem regula repetitur, Digesta Florentina, & Basilica perperam habere detracta negatione, *quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fiat quo minus impleatur &c.* nam hæc eadem ipsa lex 24. ostendit, legendum esse, *per eum cuius interest non impleri*, cum ponat exemplum in promissore, per quem factum est, quo minus stipulator conditioni pareret, quæ erat in eius arbitrio. Promissoris autem interfuit non conditionem impleri, sed conditionem non impleri ne committeretur stipulatio aduersus eum. Stipulatoris autem interfuit conditionem impleri, qui quidem stipulator, si conditionem tamen impedierit, vel si quam potuit implere, non impleuerit, conditio non habetur pro impleta, sed pro defecta, quæ & defecit etiam, nec semel defecta resumi aut respectari potest, *l.* 1. §. *vtrum, in fi. si quid in fraud. patr. fact. sit.* Hoc igitur casu cum stipulator conditioni impedimentum attulit, promissor liberatur, nam & ita si is qui sub pœna stipulatus est iudicio sisti, impediuerit iudicio sisti, promissor liberatur, *l.* 1. §. *si reus, de eo per quem fact. erit quo min. in iud. sist.* damnum quod quis ex culpa vel stultitia sua sentit, damnum esse non videtur, *l. quod quis* 203. *de reg. iur.* Porro de conditione quæ fuit in potestate promissoris, hæc Pauli sententia videtur accipi non posse, quia vbi conditio ponitur in arbitrio potestateve promissoris, sane in eius arbitrio est eam implere vel nō implere, obligationem efficacem facere aut inefficacem, idque etiam totum recte ponitur in arbitrio promissoris, non quidem palā & aperte, *dabis si volueris*, *l.* 17. & 108. §. *vlt. hoc tit.* sed tacite, dabis, si Capitolium non ascenderis, dabis, si Titiam vxorem non duxeris, argum *l. si ita legatum* §. 1. *de legat.* 1. & *l.* 3. *de legat.* ij. Non omittam speciem quam excipit Accursius hoc loco & in *l.* 161. *de reg. iur.* Si de te stipuler mihi dari decem, si te luctando aut pugnando aut litigando vicero, & totis viribus id effeceris, vt tu me vinceres, & viceris, conditio non habetur pro impleta, imo liberaris tu quasi conditione defecta. Dico hanc speciem non recte poni ab Accursio pro exceptione sententiæ huius §. nihil hanc speciem ad hunc §. pertinere in quo agitur de conditione quæ defecit facto debitoris conditionalis: illa species quam excipit Accursius est de conditione quæ defecit non tam facto debitoris quam euentu fortunæ. Est enim alea quædam certaminum & iudiciorum, quæ rem dirimit inter partes potius quam cuiusque cura, conatus, aut diligentia. Ad hæc non erit alienum paucis definire, quid sit dicendum contracta stipulatione sub conditione, si non promissor, non stipulator, sed alius quidam extraneus impedierit conditionem: Et quidem si is impedierit conditionem in cuius persona implenda conditio erat, vt si mihi promiseris centum, si Titij negotia administrauero, & Titius impedimento mihi sit, quo minus sua negotia attingam, conditio habetur pro impleta, *l.* 5. §. 5. *quan. dies leg.* Illo loco, *aut per eius personam in cuius persona iussus est parere conditioni*, *l. Mæuius* 55. *de condit. & demonst. l.* 39. *de reg. iur.* Quæ ait, pro facto accipi id in quo per alium mora fit, quo minus fiat: quæ regula etiam accommodari potest ad conditionem quam impedierit alius quidam extraneus, in cuius personam conditio collata non fuit: quamquam *l. inde Neratius* 23. §. *idem Iulianus, ad leg. Aquil.* dicat conditionem non videri impletam, si per alium quendam extraneum in cuius personam collata conditio non est, conditio impediatur. Species est. Heres institutus sub conditione, si Stichum seruum suum manumiserit, Sticho occiso ab extraneo post mortem testatoris antequam manumitteretur, conditio defecisse videtur, quia eo tempore occisus est quo heres eum manumisisse debuit, verum heres ab occisore actione legis Aquiliæ consequetur hereditatis æstimationem, hereditatem vero non obtinebit; denique heres non erit ex testamento. Verum aliud omnino dicendum in hac ipsa specie: Si Stichus occisus sit viuo testatore, quo tempore nondum poterat ab herede manumitti; quia conditio illa manumittendi serui fuit promiscua, vt loquitur *l.* 7. *de condit. & demonstr.* quæ scilicet viuo testatore impletur frustra. Hoc igitur casu cum Stichus occisus est viuo testatore ab extraneo, conditio habetur pro impleta, & heres sub ea institutus peruenit ad hereditatem, quod ostendit *l. quæ sub conditione* 8. §. *quoties, de cond. inst. & l. turpia* 54. §. *pen. de legat.* 1.

Ad l. 87. de verb. oblig.

Nemo rem suam futuram, in eum casum quo sua sit, vtiliter stipulatur.

NEmo rem suam sibi dari pure stipulatur recte, quia dare, est dominium transferre, & rei cuius dominus sum, amplius fieri dominus non possum, *l.* 29. §. *vlt. & l.* 82. *hoc tit.* Eademque ratione, rem alienam frustra stipulor in eum casum, quando mea sit, vt Paulus docet hoc loco. cui tamen obiicitur statim *l.* 1. §. *si quis sub conditione, vt legator. seu fideicommiss. seru. caus. caueat.* quæ hoc videtur velle, valere stipulationem, si is cui res quædam legata est sub conditione ab herede stipuletur, eam sibi dari existentis conditionis tempore, quo tamen tempore videtur res sua fore: dicendum est illum §. valde pugnare, cum hac l. si loquitur de legato per vindicationem, quod legatario ipso iure acquiritur, statim atque extiterit conditio, at non de eo legato, accipienda est: Congrui sensus sunt adhibendi siue accommodandi legibus, sed loquitur ille §. & intelligendus de alio genere legati, cuius dominium in legatarium non transit sine facto domini, vt de legato per damnationem, aut sinendi modum, & ita recte stipulatur legatarius rem eo genere sibi legatam præstari ab herede in casum existentis conditionis sub qua legata est, quoniam huius legati legatarius dominus non efficitur statim ipso iure sine facto heredis. Itaque nec videtur stipulari rem legatam in casum quo sua sit. perperam Accursius, cuius glossa est satis obscura & corrupta etiam aliquantulum, sic accipit hæc verba huius *l. Nemo vtiliter stipulatur*, sic inquam accipit, nemo vtiliter stipulatur rem futuram suam in eum casum quo sua sit, vt scilicet plus consequatur per stipulationem, quam per actionem ex testamento, quia legatarius non plus per illam stipulationem, quam per actionem ex testamento consequitur, non est pinguior aut plenior illa stipulatio legato. Itaque nemo in eum casum rem suam futuram vtiliter stipulatur, vt scilicet plus consequatur, quia plus non consequetur actione ex

stipulatu, quam actione ex testamento. Et secundum hoc, inquit Accursius, erit bonum exemplum, vt si legata res erat sibi sub conditione, & stipuletur eam sub eadem conditione. sententia Accursij hæc est, valere quidem stipulationem ex *d.* §. *si quis sub conditione*, sed esse inutilem, vt ait hæc l. quia non plus consequetur per eam, quam per legati speciem. Hæc vero sunt pugnantia, esse inutilem, & valere, nec sustineri vllo modo possunt. nec fœlicius Bartolus, vtilem esse illam stipulationem legati conditionalis, quod sit satisdatio, vtilem esse propter fideiussorem, cum l. præcidat indistincte, inutilem esse. Non est igitur in hac re cauillandum, sed, vt dixi, distinguenda sunt genera legatorum. male etiam Accursius distinguit inter causam lucratiuam, & causam non lucratiuam, vt inutiliter rem meam futuram in eum casum, quo mea sit ex causa lucratiua, vtiliter vero in eum casum, quo mea sit ex causa non lucratiua, quia, & hac ratione Albericus Accursium refellit, si inutiliter stipulor rem, quæ iam mea est ex causa non lucratiua, quod est certissimum, & consequenter eam rem quæ mea futura est ex pari causa, in eum casum stipulor inutiliter: nihil enim refert rem meam stipuler, an rem non meam in casum quo mea sit, sicut nihil refert vxori donem, an sponsæ, in casum quo vxor mea sit, *l.* 4. *C. de donat. ante nupt.* Nihil refert priuatus iudicare iubeat, an in eum casum, quo priuatus futurus sit, *l.* 13. *de iurisd. om. iudic.*

Ad l. 10. Qui satisd. cogantur.

Si ab arbitro probati sunt fideiussores, pro locupletibus habendi sunt: cum potuerit querela ad competentem iudicem deferri, qui ex causa improbat ab arbitro probatos, & alios improbatos probat: multoque magis si sua voluntate accepit fideiussores, contentus iis esse debet. Quod si medio tempore calamitas fideiussoribus insignis, vel magna inopia acciderit: causa cognita, ex integro satisdandum erit.

EX libro 75. explicabimus leges octo, ex quibus *l.* 10. *qui satisd. cog.* & *l.* 4. *de pretor. stipulat.* pertinent generaliter ad stipulationes prætorias, quæ satisdationem exigunt, sicut *l.* 85. & 87. *de verbor. obligat.* quas exposuimus ante, etiam pertinent generaliter ad omnes stipulationes. In reliquis legibus huius libri agitur specialiter de stipulationibus prætoriis quatuor. De stipulatione nihil ex hereditate deminutum iri, quam heres sub conditione institutus, qui interim petiit bonorum possessionem secundum tabulas, substituto præstare debet, & de stipulatione fructuaria, & de stipulatione legatorum, & de stipulatione Falcid. Lex 10. *qui satisd. cog.* vt ab ea incipiam quæ generalis est, pertinet vt dixi ad stipulationes prætorias, quæ satisdationem exigunt. Satisdatio est datio fideiussorum. quotiens autem a promissore stipulatori offeruntur fideiussores, plerumque non solet eos nisi probatos stipulator accipere, & probatos quidem ab arbitro in eam rem a prætore dato qui veluti quidam in ea re specialis iudex esse videtur, cum & ab eo si iniquum eius arbitrium esse dicatur, appellari possit tanquam a iudice, *l.* 9. *sup. hoc tit.* *l.* 2. *inf. a quib. appell. non lic.* vel vt quibusdam videtur, sine appellatione arbitrium eius Prætor qui eum dedit corrigere potest, si ad eum huius rei querela deferatur, appellatione vel querela opus est. Alioqui ab eo probati fideiussores, pro idoneis, pro assiduis & locupletibus habentur, vt Paulus ait, initio huius *l.* 10. *Cum potuerit*, inquit, *querela ad competentem iudicem*, id est, ad eum qui arbitrum dedit deferri, vbi interponenda est subdistinctio siue virgula, & deinde inferendum, *qui ex causa improbat*, qui scilicet Prætor vel iudex competens *ex causa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat*. in Florentinis hæc male puncitis distincta sunt. Prætor ergo qui arbitrum dedit fideiussoribus probandis, id est, æstimandis viribus & moribus eorum, si arbitrium eius, quod ea de re tulit, iniquum esse dicatur, alias probatos ab eo improbat, alias improbatos, probat ex causa, si ad eum appellatum sit, delatave sit ad eum huiusce rei querela. Querelam dicit in hac l. appellationem, in *l.* superiore: duo sunt remedia corrigendi iniqui arbitrij quæ separanda sunt, vt in *l. si nominatus* 12. *C. Theod. de appellat.* Si nominatus ad munera ciuilia vel honores, de iniquitate queratur, non appellationem, inquit, sed querelam hoc esse, & ideo tempora appellationum non obseruari: omnis quidem appellatio est querela, *l. præfecti* 17. *de minorib.* *l.* 3. *C. quom. & quan. iud.* Sed non omnis querela, appellatio est. Sic igitur vel appellationis, vel querelæ remedio corrigitur iniquitas arbitri dati ad fideiussores probandos. Quod si ipse stipulator qui eos accepit, fideiussores probauerit solus sine arbitro, sane omnimodo his contentus esse debet, nec mutare eos potest quos probauit semel, nisi forte, vt ait, diuinitus insignis quædam vis & calamitas medio tempore, vel magna inopia fideiussoribus contigerit: hoc enim casu, inquit, causa cognita ex integro satisdandum est, datis aliis fideiussoribus, quod congruit, cum *l.* 4. *de prætor. stipulat.* quæ est ex eodem libro.

Ad l. 4. de prætoriis stipulat.

Prætoriæ stipulationes sæpius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit.

LEx 4. *de prætor. stipulat.* generaliter ait, prætorias stipulationes sæpius interponi, si sine culpa stipulatoris cautum esse desierit, veluti priorum fideiussorum euersis facultatibus, inopinato fortunæ impetu, *l.* 4. *vt in possess. legator.*

Ad l. 13. qui satisd. cogant.

Sed & si plures substituti sint, singulis cauendum est.

ESt etiam ex hoc libro *l.* 13. *qui satisd. cogan.* & pertinet specialiter ad stipulationem prætoriam, quã heres institutus sub conditione, qui interim pendente conditione agnouit bonorum possessionem secundum tabulas, vt potest, *l.* 2. §. *si sub conditione*, *l.* 5. & 6. *de bonor. possess. sec. tab.* substituto præstat de hereditate non diminuenda: & committitur hæc stipulatio, si heres institutus deficiente conditione institutionis, inueniatur aliquid in ea hereditate fecisse deterius, & tunc bonorum possessio ei præmature vt videtur a Prætore data, sine re constituitur, sine effectu, siue ad irritum recidit, *l.* 12. *hoc tit.* *l.* 8. *de prætor. stipulat.* *Paul.* 5. *Sentent. tit.* 8. *de stipulat.* Substitutus heres, inquit, ab instituto, qui sub conditione scriptus est, vtiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit, ne petita bonorum possessione secundum tabulas, res hereditarias diminuat: quod ibi satis vt arbitror diligenter exposui, nec repetam modo. Idem Paulus de hac stipulatione scribens, in hac *l.* 13. ait, si plures sint substituti vulgari modo, heredi instituto sub conditione qui amplexus est interim bonorum possessionem secundum tabulas, qui quidem substituti simul ad hereditatem venturi sunt deficiente conditione institutionis, singulis hanc cautionem esse præstandam, videlicet pro partibus suis, vt *l.* 9. §. *vlt. vsufructuar. quemadm. caueat.* secundum quam est accipienda *l. si cuius* 13. §. 1. *de vsufr.*

Ad l. 2. Vsufruct. quemadm. caueat.

Nam fructuarius custodiam præstare debet.

SEquitur de stipulatione fructuaria *l.* 2. 6. & 8. *vsufructuar. quemadm. caueat.* ex hoc ipso libro. Stipulatio fructuaria dicitur in *l.* 4. §. *vlt. de verbor. oblig.* quoniam per eam is cui vsusfructus legatus est certæ rei, certorum bonorum, heredi vel heredibus singulis pro sua parte satisdat aut cauet se boni viri arbitratu vsurum fruiturum, se tanquam virum bonum & diligentem patremfamilias vsurum, & finito vsufructu restituturum: hæc est cautio prætoria. Hac vero cautione aliquando continetur etiam proprietatis

prietatis æstimatio, vt puta si cum ab alio possideretur fundus in quo vsumfructum habui, negligens vsufructuarius fuerit in interrumpenda vsucapione, & per negligentiam eius, fundus vsucaptus fuerit, præstabit enim fundi æstimationem, qui bonis proprietarij abcessit culpa fructuarij, quia vt ait *l.* 2. quæ est ex hoc libro, custodiam & diligentiam omnem fructuarius præstare debet, forte exactiorem, quam suis rebus adhibeat, exemplo commodatarij & venditoris, *l.* 3. *de peric. & com. rei vend.* & hoc quidem etiam exigit quæ stipulationi inest clausula boni viri arbitratu, nimirum vt omnem diligentiam omnemque curam in seruanda re fructuaria præstet.

Ad leg. 6. eod. tit.

Idem est & in reditu prædij: sicuti si vindemia legata sit, vel messis: quamuis ex fructu ea percipiantur quæ legata morte legatarij ad heredem redeunt.

ADditur in *l.* 6. *eodem tit.* hanc stipulationem locum habere non tantum vsufructu, sed etiam reditu aliquo legato, veluti vindemia aut messe: nam etsi reditus per omnia vsumfructum non imitentur, sicut nec habitatio, vel operæ serui, vel cuiuscunque alterius animalis, vt ait *l.* 5. *in fi.* Reditus, inquam, per omnia vsumfructum non imitantur, percipiuntur quidem reditus, percipiuntur vindemiæ & messes ex vsufructu, & ea quoque reditus legata, morte legatarij finiuntur, & ad heredem redeunt a quo relicta sunt, sicut vsusfructus, *l.* 22. *de vsufr. leg.* Per omnia tamen vsumfructum non imitantur. At non ideo minus in eis hæc stipulatio locum habet, sicut in legato vsusfructus: & reditum per omnia vsumfructum non imitari satis constat ex differentiis, quæ proponuntur in *l.* 38. *de vsufr. leg.* Vsusfructus verbo ius aliena re vtendi fruendi significatur, ius incorporale: Reditus verbo, veluti vindemiæ aut messis, significantur corpora ipsa fructuum redactorum. Vsufructu prædij legato, ibi legatarius habitare potest inuito herede, non legato reditu. Vsufructu fundi legato heres non potest vendere fundum, reditu legato, heres potest vendere fundum, & se liberare a legatario præstando reditus æstimationem. Sunt autem in Pandectis Florentinis traiecta hæc verba huius legis 6. manifeste, *quamuis ex vsufructu ea percipiantur, quæ legata morte legatarij ad heredem redeunt.* & hæc ita sunt suo ordini restituenda, *quamuis ex vsufructu ea percipiantur legata*, legatum videlicet vindemiæ, legatum messis, *quamuis*, inquam, *ex vsufructu ea percipiantur legata morteque*, sine diphtongo, *legatarij ad heredem redeunt*, tamen vt suppleatur sententia, non per omnia vsumfructum imitatur. Idem tamen est in eis, quod in legato vsusfructus, quod ad hanc cautionem attinet.

Ad leg. 8. eod. tit.

Si tibi vsusfructus, & mihi proprietas legata sit, mihi cauendum est. Sed si mihi sub conditione proprietas legata sit: quidam, vt Martianus, & heredi & mihi cauendum esse putant, quæ sententia vera est. Item si mihi legata sit, & cum ad me pertinere desierit, alij: & hic vtriusque cauendum, vt supra, placuit. Quod si duobus coniunctim vsusfructus legatus sit: inuicem sibi cauere debebunt, & heredi in casum illum: Si ad socium non pertineat vsusfructus, heredi reddi.

IN *l.* 8. *eiusdem tit.* Paulus ostendit cui hæc cautio præstanda sit. Ac primum quidem qua ratione heredi plerunque præstatur, quod finitus vsusfructus ad eum rediturus sit, & recurrat ad eum tamquam proprietarium: eadem si vni vsusfructus, alteri proprietas eiusdem rei sit legata pure, tunc non heredi, sed ei cui proprietas legata est cautio præstanda sit, quia ad eum non ad heredem vsusfructus rediturus est. Sed si vni vsusfructus, alteri proprietas sit legata eiusdem rei sub conditione, interim & alteri & heredi cauendum est, quia vterque sperat proprietatem: Glossa recte hoc fieri propter spem, idque confirmatur *l.* 8. *in fi. de prætor. stipulat.* Eademque ratione, si mihi legata sit proprietas certæ rei, & cum ad me pertinere desierit, alij, vel vtrique a fructuario cauendum est, mihi pure, alij in hunc casum, si ad me proprietas pertinere desierit, vt puta, (Accursius nesciuit exemplum apponere) si mihi cum essem celebs, vel Latinus Iunianus, libertus Latinus, proprietas legata fuerit, nec intra dies centum legi Iuliæ paruero, contracto matrimonio, vel ius Quiritum consecutus fuero: exemplum est iuris veteris ex Vlpiani *lib. singul. regul. tit.* 17. *&* 22. quo etsi proprietas ad me pertinere cœperit (pertinere est deferri, *l.* 45. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 26. *&* 35. *de vsufr. legat. l. si diem* 21. *quand. dies leg. ced. l.* 14. *de libert. & postum.*) tamen si legibus intra dies centum non paruero, proprietas ad me pertinere desinit, & ad substitutum transit, legatariis non minus quam heredibus substitui potest, *l. vt heredibus* 50. *de legat.* 2. & in hac specie, mihi cui legata erat proprietas, etiam datus est alius substitutus in hunc casum, si proprietas ad me pertinere desierit. Item quod etiam proponitur in hac l. 8. si duobus coniunctim legatus sit vsusfructus: inuicem sibi cauere debent cautione fructuaria de vsufructu quandoque restituendo, quia vterque sperat iure accrescendi, quod in vsufructu locum habet, etiam post adquisitionem suæ partis, totum vsumfructum sibi obtingere posse, socio, id est, collegatario deficiente: Itaque sibi inuicem cauere debent cautione huiusmodi, imo & heredi, quia vtroque deficiente, vsusfructus ad heredem redire & consolidari potest. & hæc de stipulatione fructuaria.

Ad leg. 15. vt legat. seu fideicommissor. seruand. caus. caueat.

Etiam de præsenti legato locum habet hæc satisdatio: quoniam nonnullas moras exceptio iudicij habet. Si & ab herede instituto legatorum satis acceperit legatarius, & a Trebelliano fideicommissario: vtraque quidem stipulatio committetur: sed exceptione se tuebitur heres: quia cauere non debuerit. Sed si pars hereditatis restituta sit: ab vtroque cauendum est. Etiam si ab intestato debeatur fideicommissum, locum habet hæc stipulatio.

SEquitur de stipulatione legatorum vel fideicommissorum, quæ etiam prætoria est, *l.* 15. *vt legat. seu fideicommiss. seruandor. caus. caueat. & l.* 1. *de legat.* 2. quæ etiam sunt ex hoc libro. Eam stipulationem plerunque ab herede sibi præstari legatarij desiderant, cum dies, vel conditio petitionem legati differt: aliquando tamen, vt ostendit *d. l.* 15. *in princ.* etiamsi purum & præsens sit legatum de eo hæc cautio interponitur, vt puta si heres litigare, quam id præstare malit, quia litis longa sæpe mora, iudicij longa sæpe dilatio est, vel vt ait eleganter, quia nonnullas moras exercitio iudicij habet. Præstanda autem hæc est cautio ab herede, vel si rogatus sit restituere totam hereditatem & restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, præstanda ei est a fideicommissario Trebelliano qui effectu quodammodo heres est, *l.* 5. §. 1. *quod cum eo qui in aliena potest. est negot. gest. esse dicet.* Et qui etiam soli præstatio legatorum incumbit, non heredi, *l.* 1. §. *vlt. ad Trebell.* & præstanda igitur legatorum satisdatio est a solo fideicommissario Trebelliano non ab herede, quinimo si forte heres eam præstiterit ante restitutionem hereditatis, post restitutionem si ex ea conueniatur, potest se tueri exceptione doli mali, quia legatorum onere solutus est, verum, vt iam indicaui, id ita procedit, si totam hereditatem restituerit deducta Falcidia: nam si partem tantum hereditatis restituerit ex iussu testatoris, puta dimidiam aut tertiam, vtrique pro rata præstatio legatorum incumbit, & consequenter etiam præstatio cautionis, *l.* 2. *C. ad Trebell.* quæ est sententia §. 1. huius l. 15. In extremo docet

etiam ab herede legitimo qui venit ab inteſtato, hanc cautionem præſtari oportere, puta ſi ab eo codicillis fideicommiſſum relictum ſit. recte fideicommiſſum, vt *l.* 1. §. *pen. & vlt. de legat.* 3. Nam hoc iure legatum ab inteſtato relinqui non poteſt.

Ad leg. 2. de legat. 2.

Quoties nominatim plures res in legato exprimuntur: plura legata ſunt. Si autem ſupellex, aut argentum, aut peculium, aut inſtrumentum legatum ſit: vnum legatum eſt.

RESpicit etiam ad hanc ſatiſdationem *l.* 2. *de leg.* 2. quæ eſt ex hoc libro. Aut plura ſunt legata vni relicta, aut vnum: plura ſunt ſi plures res legatæ ſint nominatim & diſcretim, veluti & Stichus, & Pamphilus, & fundus, & domus. vnum autem eſt legatum, quod nec pro parte agnoſci, nec pro parte ſperni poteſt, quia eſt vnum: Si ſunt plura, vnum licet ſpernere & alterum complecti. ſi vnum, id non ſcindere licet, & vnum eſt legatum ſi legetur ſupellex, quamuis ſub eo plures res contineantur, ſi legetur inſtrumentum fundi, ſi peculium, ſi argentum omne quod fuit defuncti, vaſa argentea, ſi grex, ſi armentum, ſi chorus; ſi quadriga, vel ſi octophorum quod ſignificatur in *l.* 8. §. *vlt. de leg.* 1. vbi ponitur, teſtatorem legaſſe lecticarios octo, i. octophoron. Martial. *octo viris ſuffulta lectica puellæ.* hæc nomina ſunt ſyſtematica vel σωματικὰ, contrahunt legatum: Illa vero quæ ſunt ſingularia ſcindunt legatum, multiplicant legatum. vbi vero vnum eſt legatum & vna ſtipulatio, & de eo vna tantum ſtipulatio interponitur: vbi plura, tot ſunt neceſſariæ ſtipulationes, quot ſunt legata, *l. ſcire debemus* 29. *de verb. oblig.* Reſtant de ſtipulatione Falcidiæ duæ tantum leges ex hoc libro, *l.* 2. & 4. *ſi cui plus quam per leg. Falcid. licuer. legat. eſſe dic.*

Ad leg. 2. ſi cui plus quam per leg. Falcid. licuer. legat. eſſe dic.

Etiamſi quanti ea res ſit, promiſerit.

LEx 2. eſt de ſtipulatione Falcidiæ quam heredi præſtat legatarius, cui heres cum dubitaretur, an lex Falcidia quæ diminuit legata locum haberet, legatum ſoluit integrum, videlicet de reſtituendo eo quod amplius quam per legem Falcidiam liceret acceperit, vel quanti ea res eſt, ſi poſtea apparuerit legi Falcidiæ locum eſſe, quæ ſtipulatio Falcidiæ dicitur in *l.* 70. *ſup. tit. prox.* & abſque dubio prætoria ſtipulatio & ſatiſdatio eſt, *l. pœnales* 32. §. *Iulianus, ſup. eod. tit.* vnde & in *l.* 3. §. *quamuis, hoc tit.* vbi ita ſcriptum eſt: *propterea cautionis onus,* videtur legendum, *prætoria cautionis onus*: Nam & illud, *propterea*, ibi importunum eſt. Porro hæc ſtipulatio committitur aduerſus legatarium, qui ſolidum legatum accepit ſine deductione Falcidiæ, ſtatim atque certum eſſe cœperit legem Falcidiam locum habere. vt ſcilicet ſuppleat heredi, perficiatve Falcidiam pro ſua parte, quam nunc locum habere conſtat. vno tamen caſu, ad quem pertinet lex 2. ne tunc quidem cum certum eſſe cœpit legem Falcidiam interuenire, legem Falcidiam minuere legata, hæc ſtipulatio cum effectu committitur, vt puta ſi res legata & ſoluta legatario, cum nondum liqueret de Falcidia, cum dubitaretur lex Falcidia locum haberet, necne, ſi inquam ea res apud legatarium medio tempore ſine culpa eius interierit: hoc enim caſu, poſtea emergente Falcidia, heredi agenti ex ſtipulatu obſtat exceptio doli mali, etiamſi non rem reſtituit, partemve rei legatæ pro modo Falcidiæ, ſed quanti ea res, id eſt, pecuniam pro re ſibi dari ſtipulatus fuerit, quæ eſt ſententia legis 2. *Etiamſi*, inquit, *quanti ea res ſit, promiſit,* legatarius, id eſt, etiamſi pecuniam promiſit, non rem, quamuis pecunia non intereat, nec poſſit interire, quantitas interire non poteſt, ſed quod hæc lex 2. ſatis exprimit, vbi ſtipulamur quantitatem, id eſt, quanti ea res eſt in vicem rei debitæ, ea re perempta ſine dolo & culpa promiſſoris, etiam ſtipulatio quantitatis perimitur. quod belle confirmat lex *Titia textores* 76. §. *vlt. de legat.* 1. cuius ſpecies ex iure antiquo ita explicanda eſt. Si duobus ſeparatim eadem res ſit legata per damnationem, vt ibi proponitur, vni debetur res, alteri æſtimatio, auctore Gaio 2. *Inſtitut. & Vlp. in fragmentis tit. de legat.* Imo & Iuſtiniano, *l. vn.* §. *ſin autem disiunctim, C. de cad. tollend.* Illo loco, *in vno tantum genere legatorum,* qui accipiendus eſt de legatis per damnationem: Sed ſi cum duobus ſeparatim legatus eſſet Stichus per damnationem, heres Stichum dederit vni, ita vt nunc alteri tantum debeatur æſtimatio, cum Stichus ſit alij datus, & antequam heres interpellaretur ab altero, id eſt, ante moram heredis, mortuus ſit Stichus: alteri nec Stichus debetur, nec æſtimatio. re debita perempta ſine culpa debitoris, debitor liberatur non tantum a præſtatione eius rei, ſed etiam ab æſtimatione, ſi debitor in vicem rei æſtimationem promiſerit, quod maxime notandum eſt: Nunc veniamus ad l. 4. hoc tit.

Ad leg. 4. eod. tit.

Hæc autem ſatiſdatio locum habet, ſi iuſta cauſa eſſe videbitur: nam iniquum erat omnimodo caueri, nondum illata controuerſia litis: cum poſſint ei luſoriæ minæ fieri. Ideoque eum rem præter ad cognitionem ſuam reuocat.

1. §. *Si duo ex teſtamento hereditatem in ſolidum ſibi vindicent, forte quod eiuſdem nominis ſint: tam in poſſeſſorem, quam in petitorem competunt actiones & creditoribus & legatariis.*

2. §. *Hæc cautio vtique neceſſaria eſt, ſi quis pecuniam ſuam ſoluat, vel rem tradat. Si vero pecuniam hereditariam ſoluat, vel rem tradat: quidam non putant cauendum: quia nec teneri poteſt eo nomine victus: cum non poſſideat, vel dolo fecerit, quo minus poſſideat. Hoc ſi ante motam controuerſiam ſoluat. quod ſi poſtea, tenebitur culpæ nomine. Sed cum de nomine inter duos quæſtio eſt: nunquid non ſit cauendum ei, qui hereditariam rem tradat: quia omninodo vnus liberatur: quemadmodum ſi æs alienum hereditarium ſoluatur? Sed ſi petitor ſuam pecuniam ſoluat, aut tradat rem ſuam: non habet vnde retineat: & ideo neceſſaria eſt ei cautio.*

LEx quarta non eſt quidem de ſtipulatione Falcidiæ, quæ propter Falcidiam interponitur, ne pereat heredi: ſed de ſtipulatione euicta hereditate, legata ſoluta heredi qui ſoluit, cuique mox euicta hereditas eſt, reddi: quam quidem cautionem heredi cui controuerſia hereditatis fit legatarij præſtant, quibus heres interim ſoluit legatum in *l.* 3. §. *ſi legatarius, hoc tit. l. Licinius* 48. §. *vlt. de legat.* 2. *l.* 1. §. *non quærimus, ſi quis omiſ. cauſ. teſt. l.* 9. *C. de legat.* Attamen hæc ſtipulatio ſtipulationi Falcidiæ, de qua ante dictum eſt, proxima & affinis eſt. Illa eſt de parte legati reſtituenda, hæc de toto: vtraque cautio præſtatur iuſta ex cauſa, cognoſcente Prætore: Illa præſtatur, ſi iuſta dubitari poſſit, vtrum lex Falcidia locum habeat, necne, *l.* 1. *in princ. hoc tit.* Et hæc etiam vt Paulus ait initio huius leg. 4. ita demum præſtatur, ſi iuſta cauſa eſſe videbitur: nam ſi nondum heredi illata ſit lis de hereditate, ſed interuenerit tantum mouendæ litis inanis & luſoria minatio quædam, iniquum eſt legatarium onerari huiuſmodi cautione, cautione ſuperuacua, *l.* 14. *vt legat. nom. caueat.* cautione non neceſſaria §. *vlt.* huius leg. Itaque non niſi cauſa cognita iuſſu Prætoris hæc ſatiſdatio interponenda eſt. luſorias minas dicit hoc loco, quod ludi hominum liberorum irriſoriæ minæ eſſe ſoleant, vt Marc. Tull. *in Epiſt.* ait, *nullam eſſe auctoritatem minantis apud liberos,* vnde & Baſilica hoc loco: ἐάν τις καταγελάστως ἀπειλῇ, *ſi quis ridicule comminetur,* videlicet ſe de hereditate facturum controuerſiam, hoc nihil eſt, hoc deridiculum eſt, nihil minæ heredem aut Prætorem mouent, nec iuſta eſt cauſa petendæ ſatiſdationis eius. At ſi lis mouetur heredi

heredi de hereditate, si per iudicem ab eo petatur heredi-tas, sane iustissima causa hæc est: quam ob causam a legatariis, quibus soluit legata, heres huiusmodi satisdationem petat, illata, inquit, controuersia litis. controuersia litis, vt Marc. Tull. 2. *de Oratore*, controuersia causæ, pro lite illata de hereditate, quæ & alias sæpenumero in se controuersias habet. Lis est res quæ in iudicium principaliter deducitur, puta hereditas. Controuersiæ autem sunt, quæ circa eam litem versantur & concurrunt, veluti de testamento falso, de testamento iniusto, & aliquando quidem maiorem cumulum habent potioresque sunt controuersiæ, quam lis ipsa, vt in Quintiliani declamatione 272. qua de causa omnis lis etiam controuersia dicitur recte, *l. 2. C. de petit. hered.* & alibi passim: Verum e contrario non omnis controuersia est lis, lis non est antequam in iudicio contestata sit, sicut nec res de qua agitur litigiosa est ante litem contestatam, *l. 1. §. 1. de litigiosis.* Controuersia esse potest ante litem contestatam, & fieri ex congressu & contentione partium, nonnunquam constituto die quo ad iudicium veniant, & edito genere actionis: Controuersia est præparatio litis. Quintil. lib. 4. aliud discrimen ponit: controuersiam esse facti, litem iuris: *Sed,* inquit, *circa facti controuersiam argumentum præstat, circa iuris, lites materiam quæstionis.* At dicitur etiam controuersia in libris nostris de vtroque, controuersia de iure, & controuersia de facto, *l. vlt. de iureiur.* sicut & de lite dicitur, & de contentione, vt dixi ante, & est generale nomen. est item speciale: & cum specialiter accipitur, tum separatur a lite, vt *l. 5. & l. 25. §. si ante, de petit. hered.* M. Tull. 1. de Oratore: *Nullæ lites,* inquit, *neque controuersiæ sunt quæ cogant homines sicut in foro bonos oratores, & in theatro malos.* Verum vt illata lite de hereditate iuste desiderat heres legatarios, quibus soluit legatum, hanc cautionem sibi dare. Item dices, controuersia mota ante litem contestatam id heredem iuste desiderare ex *l. 3. §. si legatarius, hoc tit.* Qui, inquit, controuersiam, id est, litem hereditatis patitur, iam vel sperat, vt *l. vlt. C. de petit. hered.* Si petitionem, inquit, hereditatis susceperit, vel suscipere sperat, quod etiam significat *l. 9. in fi. C. de legat.* Et ita transigimus recte non tantum de lite iam cœpta, sed etiam de ea quam speramus & veremur, *l. 2. C. de transact.*

Ad §. Si duo ex testamento.

IN §. 1. *h. l.* 4. proponit speciem, qua de hereditate litigantibus inter se petitore & possessore, in arbitrio est creditoris hereditarij, vel legatarij, aut fideicommissarij cum quo agat de legato, vel de pecunia credita, quod etiam Iustinianus probat in *l. vlt. C. de petit. heredit.* & est certissimum: nisi lis sit de bonis inter fiscum & priuatos, quia fauore fisci ne causæ fiscali præiudicetur sustinendæ sunt interim actiones creditorum ex Senatusconsultis factis hac de re, *l. apud 35. de iur. fisc.* Species autem huius §. hæc est: Quidam testamento Titium heredem scripsit: duo sunt Titij amici testatoris, singuli contendunt de nomine & dicunt ad se hereditatem pertinere ex testamento, & de se sensisse testatorem, & assem vindicant, hereditatem, inquit, in solidum sibi vindicant, vnus scilicet petit hereditatem, id est, directo vindicat hereditatem, alter possidet hereditatem: nam & qui possidet, contra vindicat §. 1. *Institut. de action.* Et Paulus ait, tam in hunc, quam in illum creditoribus hereditariis, & legatariis competere actionem, provt elegerint. Ad eam speciem pertinet §. *vlt. huius leg.* vt ibi aperte ostenditur, maxime illo loco, *sed cum de nomine inter duos quæstio est.* qua de causa Iacobus, & Dinus coniuncta scriptura sic legebant initio §. *vlt. & hæc cautio vtique necessaria est,* quod etiam Basilica sequuntur, in quibus scriptum, ἡ ἀσφάλεια χρειώδης ἐστί. Quæritur autem, an si petitor, vel possessor hereditatis soluat æs alienum creditori hereditario, vel legatum legatario, ei sit hæc cautio necessaria, euicta hereditate, quod solutum erit boni viri arbitratu reddi. Et si quidem in specie proposita cum de nomine inter duos quæstio est, petitor hereditatis soluat æs alienum hereditarium, vel legatum, siue de suo, siue de hereditate soluerit, & vincat in iudicio, non est ei necessaria cautio, quia seipsum liberauit. At si petitor vincatur & soluerit de suo, necessaria est ei cautio, quia non habet vnde retineat quod soluit: nihil enim possidet ex hereditate. Sin vero soluerit de hereditate, non est necessaria, quia possessorem liberauit, secundum quem pronuntiatum est, iudicatum est, quia possessoris eiusdemque victoris negotium gessit, adeo vt non possit possessor factum eius incusare, vel improbare. Itaque siue petitor, siue possessor vincat, non est petitori qui soluit de hereditate, hæc cautio necessaria, quia vt Paulus ait, vnus omnimodo liberatur, vel petitor scilicet, vel possessor qui iudicatus erit heres esse ex testamento. & hæc de petitore qui soluit. Nunc dicamus de possessore: Si possessor soluat creditori hereditario vel legatario & vincat, necessaria ei cautio non est, siue de suo siue de hereditate soluat, quia se liberauit, sed si vincatur æque necessaria non est ei cautio, siue a se, siue ab hereditate soluerit, quia si ab hereditate petitorem liberauit, quem ex testamento heredem esse pronunciatum est: si a se, id est, si pecuniam remue suam ex retentione rerum hereditariarum, sibi satisfacere potest. Itaque superflua est hæc cautio. Et hæc ita procedunt in hac specie, cum duo eiusdem nominis de hereditate ex testamento delata certant: at si ponatur de hereditate controuersia esse inter heredem scriptum, & legitimum, vno vindicante hereditatem ex testamento, altero ab intestato, non vtroque ex testamento, vt in superiori specie, de qua quidem postrema specie est prior pars *§. vlt.* In hac, inquam, posteriori specie non idem omnino dicendum, quod in priore: quæstio hæc est satis perplexa, sed qua via procedo, quibusve distinctionibus vtor, facile explicabitur. Non idem igitur omnino in possessore, quod in petitore: nam legitimus, qui ad se ab intestato hereditatem redire dicit, si vicit, creditoribus quidem hereditariis obligatur, hoc est certum, sed non obligatur etiam legatariis, nisi etiam legata, aut fideicommissa ab intestato relicta sunt in testamento adiecta clausula codicillari. Ideoque ea non adiecta si possessor hereditatis cum esset heres scriptus ex testamento soluerit & vicerit, vndecumque soluerit, non est ei hæc cautio necessaria, quia se liberauit, quia rem suam gessit, & quod necesse habuit facere, fecit, vt ex euentu iudicij apparuit. Sed si vicerit possessor vt legitimus heres ab intestato, de legatis, quæ non debentur ab intestato, cautio ei necessaria est, vt ea possit a legatario repetere. Quod si (hæc est altera pars distinctionis) possessor victus fuerit, rursus ita distinguendum est: aut de hereditate soluit, aut de suo: si de hereditate, iterum distinguendum est hoc modo: Aut soluit bona fide, puta ante motam controuersiam hereditatis, & necessaria ei cautio non est, quia eo nomine, puta quod soluerit victori, non tenetur, cum non possideat, nec dolo desierit possidere: aut soluit mala fide post motam controuersiam, & tunc cautio necessaria est, quia victori tenetur doli vel culpæ nomine, *l. 41. sup. tit. prox. l. Iul. §. Marcell. ad exhib.* Victori, inquam, tenetur doli vel culpæ nomine, si legata soluerit quæ ab intestato non debentur. si & ab intestato debebantur propter clausulam codicillarem, vt dixi, non est necessaria cautio. & hoc si de hereditate soluerit: quod si possessor qui victus est de suo soluerit bona fide, etiam videtur hæc cautio esse superuacua, quia vel per condictionem indebiti, vel per retentionem rerum hereditariarum suæ indemnitati consulere potest, cessa petitori condictione indebiti periculo eius: quæ est sententia *l. si quid poss. 31. de petit. her.* quæ est elegantissima in hanc rem. si mala fide soluit, est necessaria, & hoc de possess. qui soluit in hac posteriori specie. Petitore autem soluente & vincente, de legatis quæ soluit necessaria ei cautio est, si fuerit heres legitimus, id est, non obnoxius legatis præstandis, si non fuerit testamentarius heres.

Victo autem eo si de suo soluerit cautio necessaria est, quia non habet vnde retineat quod soluit, si de hereditate soluerit non est necessaria, quia possessionem liberauit. Obseruanda est in hoc §. *vlt.* differentia inter soluere & tradere: nam quod iteratur in eo sæpe, pecunia soluitur, res traditur. quæ tamen proprietas verborum non semper in iure nostro obseruatur.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXXVI. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 5. rem pupil. vel adolescent. sal. fore.

Si filius qui in potestate furiosi erit: rem saluam fore stipuletur: acquirit patri obligationem.

IN lib. 76. agitur de stipulatione rem saluam fore, qua iis cauetur qui sub tutoribus vel curatus agunt, & de stipulatione ratam rem dominum habiturum, qua procurator vel defensor cauet dominum ratum habiturum quod cum stipulatore gesserit, egerit, contraxerit, & de stipulatione duplæ, qua euictionis nomine de venditore emptor stipulatur, quæ omnes prætoriæ stipulationes sunt. De stipulatione rem saluam fore est *l.* 5. *Rem pupilli, vel adolescentis saluam fore. Furiosus siue stipuletur siue promittat, nihil agit, l.* 1. §. *pen. de oblig.* quia, vt est in Regulis iuris, absentis loco est, & soli præsentes recte contrahunt stipulationem. At seruus furiosi a curatore eius legitimo vel datiuo recte stipulatur, rem eius saluam & incolumem fore, eique adquirit obligationem. Itemque filius qui in eius potestate est, vt ait in hac *l.* 5. furor patris non impedit quo minus in eius potestate filius nascatur vel remaneat, *l. patre furioso* 8. *de his qui sunt sui vel alien. iur.* & ait in hac *l.* 5. pluratiuo numero adquiri patri obligationes quia hæc stipulatio in se resoluitur, vt ait, *l.* 4. §. *pen. huius tit.* Sæpius committitur vti quæque res salua furioso esse desinit.

Ad l. 72. de verbor. significat.

Appellatione rei pars etiam continetur.

AD hanc quoque stipulationem respicit quod ait lex 72. *de verbor. signif.* quæ est ex hoc libro. Appellatione rei etiam partem contineri, quia etsi pars tantum rei cuiusdam perierit culpa curatoris, hæc stipulatio committitur. In hac igitur stipulatione rem saluam fore, & pars rei continetur.

Ad l. 13. Rem ratam haberi, & de ratihabit.

Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum: in tantum competit, in quantum mea interfuit: id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. Si sine iudice procuratori legatum soluatur: de rato cauere eum debere Pomponius ait.

DE stipulatione ratihabitionis, siue ratam rem dominum habiturum, ex hoc libro est *l.* 13. *rem rat. haberi & de ratihab.* Quæ docet initio commissa stipulatione de rato, id est, domino non habente ratum, domino non probante quod procurator gessit, in tantum competere actionem in quantum stipulatoris interest, vt *l.* 19. *hoc tit.* quod quidem Paulus in hac l. 13. æstimat ex damno dato vel lucro intercepto stipulatori, vt & Iustinianus in *l.* 7. *C. de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* In quantum mea interfuit, inquit Paulus, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. ergo in æstimationem eius quod interest, venit non tantum damnum datum, id est, diminutio patrimonij nostri, quodve patrimonio abest, sed etiam quod patrimonio nostro non accessit, id est, lucrum interceptum: nam & lucrum interceptum damni species quædam est, *l.* 2. §. *merito, ne quid in loco publico vel itin. fi. l.* 2. *in princ. ad exhibend.* Quamobrem id quod interest rectissime definies esse commodum quod haberet actor, si ei dolo vel culpa aduersarij damnum datum vel lucrum interceptum non fuisset: lucrum, inquam, quod facturus erat ex reipsa, vel ex negotio quo de agebatur, quod fusius exposui in *l. si fundus, loc.* Nam compendium quod extra rem facturus erat, non computatur, *l.* 2. *hoc tit. l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem, de actionib. emp. l. vlt. de peric. & comm. rei vend.* Sequitur in hac l. aliquando etiam extra iudicium ex conuentione hanc cautionem interponi, vt si sine iudice procuratori legatarij legatum soluatur, vel vt est in *l.* 10. si quid procurator vendat aut locet, vel paciscatur, vel quid aliud gerat nomine absentis, de cuius voluntate non liquet.

Ad l. vlt. de fideiussor. & mandator.

Cum procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem dominum habiturum, postea victo eo reuersus dominus iterum de eadem re agebat: & cum reus haberet possessionem, noluit eam restituere: & ideo magno condemnatus est. In amplius fideiussores non tenentur. Hoc enim non debet imputari fideiussoribus, quod ille propter suam pœnam præstitit.

EST etiam de hac stipulatione ex hoc libro *l. vlt. de fideiussor.* Procurator absentis nomine egit in rem, & datis fideiussoribus cauit de rato habendo. victo procuratore, dominus ratum non habet, imo de eadem re iterum experitur & agit & vincit. Hæc est species. Possessor autem qui victus est a domino, quod nollet rem restituere domino arbitrio iudicis, quam habebat in sua potestate, magno condemnatus est, puta quanti dominus iurauit in litem, quanti dominus iuratus litem æstimauit: nam etsi potuerit manu militari possessori res auferri, quam habuit in sua potestate, fructuum duntaxat & omnis causæ facta condemnatione, *l. qui restituere* 68. *de rei vindicat.* tamen potuit, si hoc malit actor, etiam damnari quanti actor in litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit, contumaciæ eius puniendæ causa, qui arbitrio iudicis non paruit, qui noluit iussu iudicis rem restituere, cuius possessionem habebat: neque vero hoc casu possessori, qui ex contumacia sua pœnam præstitit, datur regressus aduersus procuratorem, vel fideiussores eius ex stipulatione de rato, quia hæc stipulatio continet tantum id quod interest, id est, quod stipulatori abest facto vel culpa promissoris, in qua non continetur pœna, quam stipulator ex suo delicto præstitit: quæ est sententia *l. vlt.* sane elegantissima. ponit autem procuratorem egisse in rem, non quod non possit dare etiam cautionem de rato in iudicio in personam, nam & in iudicio in personam necessaria hæc satisdatio est, sed quod in iudiciis in personam non soleat in litem iurari, *l.* 6. *de in lit. iur.* Item species huius l. est de stipulatione de rato, sed idem recte sentit Accursius in *l.* 1. *de in lit. iurando,* sine distinctione: nam & distinctio Bartoli hoc loco reiicienda est. Idem, inquam, indistincte esse dicendum in stipulatione iudicatum solui, quia hæc concipitur, concluditurque in id quod interest, *l.* 2. §. 1. *in fi. de prætor. stipulat.* Nec igitur extendi potest ad id quod pœnæ causa accreuit propter contumaciam stipulatoris, & quod ait *l.* 9. *iudicat. sol.* Iudicatum solui stipulationem in tantum committi, quantum iudex pronuntiauerit, sic debet intelligi, quantum de lite pronuntiauerit, nam & hæc stipulatio dicitur de lite, siue pro lite interponi *l.* 11. *eod. tit.* non etiam quantum liti accesserit per contumaciam rei.

Ad l. 9. de euiction. & duplæ stipulat.

Si vendideris mihi seruum Titij, deinde Titius heredem me reliquerit: Sabinus ait admissam actionem pro euictione: quoniam seruus non potest euinci sed ad ex empto actionem decurrendum est.

De stipulatione duplæ est *l. 9. de euiction.* Vendidisti mihi Stichum cuius dominus erat Titius, & Titius me heredem reliquit ex asse. si caueris mihi duplam ob euictionem, si promiseris duplam, extincta cautio, extincta stipulatio est adquisitione dominij, quia Stichum ego adquisiui adita hereditate domini: extincta, inquam, est stipulatio, quia Stichus qui iam meus factus est iure hereditario, mihi ab alio euinci non potest, nisi per iniuriam iudicis: Quo casu hæc stipulatio duplæ non committitur, *l. 5. & l. 51. eod tit.* Nec ipse etiam mihi iudicio eum hominem euincere possum, ipse mecum litigare, & eum hominem mihi euincere non possum, *l. 41. §. 1. eod. tit.* atque quodammodo eum mihi euicisse videor adita hereditate Titij, vt *l. 3. §. si legatarius, si cui plus, quam per leg. Falcid.* qui in hanc rem est singularis, quia quem possidebam pro emptore, nunc cœpi possidere pro herede, eo nomine mihi in venditorem competit actio ex empto in id quod interest: puta vt pretium quod numeraui recipiam & vsuras, & si quid præterea emptionis causa erogaui, & quod alienum hominem mihi vendiderit, vt *l. huiusmodi 84. §. qui seruum, de legat. 1.* Hoc igitur casu competit quidem actio ex empto quasi euictionis nomine, sed non actio ex stipulatione duplæ: stipulatio duplæ non committitur nisi re euicta iure iudicioque, nisi re euicta per iudicem, *l. 16. l. 21. §. 1. l. 24. l. 57. hoc tit.* vel re euicta ipso iure, vt tentari potest ex *l. 3. de doli except.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum LXXVII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 53. de euict. & duplæ stipulation.

Si fundo vendito pars euincatur: si singula venierint certo pretio: tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint quæ euicta fuerunt, præstandum, etiamsi ea quæ meliora fuerunt euicta sint. 1. §. Si cum posset emptor auctori denunciare, non denunciasset: idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset: hoc ipso videtur dolo fecisse: & ex stipulatu agere non potest.

Scripsit etiam Paulus de hac stipulatione duplæ hoc lib. 77. vt patet ex *l. 53. de euict.* quæ initio docet, fundo vendito & tradito præstita cautione duplæ, si pars euincatur certa, aliquando pro bonitate siue qualitate loci euicti & regionis æstimationem non fieri. vt, quæ est species illius *l. 53.* si singula fundi iugera vendita sint certo pretio & vnum iugerum euincatur, non pro bonitate eius quamuis longe antistet iugeribus cæteris, sed pro modo pretij quo væniit, æstimatio fit & præstatur ex stipulatione duplæ: alias vero si fundus totus vænierit auersione, id est, si confuse vænierit vno pretio, pro bonitate partis euictæ, quæ fuit venditionis tempore, æstimatio fit, *l. 1. & 13. l. 64. §. pen. hoc tit. l. pen. de ædil. edic. l. 4. in fi. de act. emp.* Et hoc si agatur ex stipulatione duplæ: nam si agatur ex empto, æstimatio fit pro bonitate quæ fuit euictionis tempore, non venditionis, *l. 64. inf. hoc tit.* Et ita recte Accursius sentit, qui & priore casu qui proponitur in hac l. recte ait, veram esse Paul. sententiam Pauli, si agatur ex stipulatione duplæ, nempe vt quanti iugerum, quod euictum est, vænierit, præstetur in duplum: actione autem ex empto id solum quod vere emptoris interest. Et hæc quidem omnia locum habent euicta fundi parte certa, vt proposuit initio, id est, parte pro diuiso. Nam euicta fundi parte incerta, id est, pro indiuiso quæ fusa est vbique per fundum totum, æstimatio fit, non pro bonitate eius partis quæ nulla extat, *l. 4. §. vlt. de act. emp.* Cum & eius partis nullum subsit corpus, si nullum corpus & bonitas siue qualitas nulla, non potest esse qualitas sine subiecto: pars pro indiuiso non est, sed intelligitur: ergo neque qualitas eius vlla est: eorum quæ intellectu percipiuntur nullæ sunt qualitates, sed eorum tantum quæ sub sensus cadunt. At euicta parte pro indiuiso, æstimatio fit pro quantitate, non pro qualitate euictæ partis, vt ait *l. 1. hoc tit.* vt si fundi venditi euicta sit quinta pars pretij pro indiuiso, quinta pars pretij duplicabitur & veniet in stipulationem. Sequitur in hac ipsa l. non committi stipulationem duplæ re euicta emptori, si cum emptori moueretur quæstio dominij, ipse non laudauerit auctorem, quem laudare & denunciare poterat, præsentem puta. Non fit hæc denuntiatio recte nisi præsenti, vel procuratori præsentis *l. 55. in fi. l. 56. §. si præsente, hoc tit.* qua de causa hæc actio siue denunciatio a Marco Tullio dicitur actio in auctorem præsentem. Si igitur præsenti auctori suo emptor non denunciauerit vt de ea re agenda adesset & causam instrueret, non committi stipulationem euictionis nomine: imo illaudatus auctor, neque ex stipulatu, neque ex empto de euictione tenetur, *l. 8. C. eod. tit. l. 1. C. de peric. & comm. rei vend.* quia vt hoc loco Paulus ait, dolo malo fecisse videtur emptor, qui auctorem non laudauit, quique ideo victus videtur, quod parum instructus esset, quodve instrui ab auctore suo noluisset, cuius auxilium sibi non adiunxit, cum posset adiungere.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum LXXVIII. Pauli ad Edictum.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 25. de damno infecto.

Trebatius ait, eum etiam accipere damnum, cuius ædium luminibus officiatur.

Ex libro 78. & vltimo Pauli ad Edictum, habemus tantum leges 25. 27. & 31. *de damn. infec.* quæ sunt de stipulatione damni infecti, quæ etiam prætoria stipulatio est. per hanc vicinus vicino stipulanti promittit, quod ædium suarum vel loci, vel operis vitio aut labe damnum datum sit, siue quid ruat, siue quid scindatur, fodiatur, ædificetur eius rei nomine, quanti ea res erit tantam pecuniam dare, & committitur hæc stipulatio damno dato, quod quidem datur variis modis, & vt ex Trebatio proponitur in l. 25. dari etiam videtur, si tam alte promissor extollat ædes suas, vt luminibus stipulatoris officiat, videlicet cum id suo iure facere non potest: vt puta, cum vicino cessit seruitutem, ius sibi non esse ædes suas altius tollere & officere luminibus vicini: nam vt in *l. seq.* ostenditur, si id iure suo facere potest, vt puta, si eam seruitutem vicino non cessit, vel si cum eam vicino cessisset, postea vicinus eam ille seruitutem remiserit, permiseritque altius ædificare & obstruere luminibus, officere luminibus suis, hoc inquam, casu qui altius ædes suas tollit & officit luminibus vicini damnum dare & ex hac stipulatione teneri non videtur. si Trebatio obiicias quod Accursius, inutilem & superuacuam esse sti-

pulationem damni infecti, quo caſu damnum alia actione ſarciri poteſt, quod eſt certiſſimum, *l.* 13. §. *de illo*, *l.* 18. §. *ei cuius*, *l.* 32. *&* 33. *hoc tit.* Et in caſu propoſito, damnum ſarciri poſſe actione confeſſoria, id eſt, vindicatione ſeruitutis, contra quam is qui ædificauit fecit: quo in iudicio venit etiam vtilitas, quam ex vſu ſeruitutis tuliſſet actor, ſi ſeruitute vti prohibitus non fuiſſet, *l. loci* 4. §. *in confeſſoria, ſi ſeru. vindic.* Ergo & damnum venire luminis amiſſi vel imminuti reſpondebo, & dicam ex *l.* 13. §. *ſi quis opus, hoc tit.* Ei qui egit confeſſoria, quamuis præteritum damnum ſarciatur hoc iudicio, tamen non eſſe ei cautum in futurum de vitio ædium, vel damno operis futuro. Et ideo præter actionem confeſſoriam quæ ad damna futura non ſpectat, recte eum deſiderare caueri ſibi damni infecti, quod obtinet etiam in eo qui egit interdicto quod vi aut clam, quod oſtenditur in *d.* §. *ſi quis opus*, & in *l. Antæus.* §. *vlt. tit. ſeq.* & nihil eſt præterea quod pertineat ad *l.* 25.

Ad leg. 27. eod. tit.

Plures earumdem ædium nomine domini ſinguli ſtipulari debent ſine adiectione partis: quia de ſuo quiſque damno ſtipulatur, quinimo pars adiecta partis partem faciet. Contra ſi plures domini ſunt vitioſarum ædium: pro ſua quiſque parte promittere debet, ne ſinguli in ſolidum obligentur.

Huius l. ſententia hæc eſt: Si plures ſint earundem ædium domini, quibus ædes vicini vitioſæ immineant, ſinguli de vicino ſtipulari debent damni infecti ſine adiectione partis, vt ſuadet Paulus, ex qua ædium domini ſunt, quia & non adiecta parte dominica, ſatis de ſuo quiſque damno ſtipulari intelligitur, non de damno vniuerſo quod imminet omnibus. Et ideo etiam ſi partis non fecerit mentionem, in partem tantum quiſque ſuam, ex ſtipulatu actionem habet, *l. ex damni* 40. §. *quotiens, hoc tit.* quia nec pluris eius intereſt & actiones non dantur vltra quam actoris interſit. Ac præterea inuentæ ſunt ſtipulationes ad hoc ſolum vt quiſque conſequatur, quod ſua intereſt, *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri, de verb. oblig.* & præterea ſi pars adiiceretur in ſtipulatione damni infecti, quia ſinguli ſtipulantur ædium communium nomine veluti, ſi adiiceretur pars tertia, partis partem faceret, hoc eſt, ſtipulator partem ſuam ſcinderet in partes, & de tertia parte ſuæ partis ſtipulari videretur, non de tertia parte totarum ædium. Et ita hunc locum Baſilica accipiunt recte, his verbis: *εἰ μηδὲ μέρους μνημονεύσωσι, δοκοῦσιν ἐκ τοῦ ἁρμόζοντος μέρους αὐτοῖς ἐκφέρειν.* id eſt, *Si partis mentionem non fecerint ſinguli in ſtipulando, videbuntur ex parte ſibi competente partem deducere in ſtipulationem.* Itaque vt omnis tollatur ambiguitas, melius eſt non facere mentionem partis. At ex diuerſo ſi plures ſint domini ædium vitioſarum, neceſſe eſt vt ſinguli promittant nominatim pro ſua parte, ne in ſolidum obligentur, ſi partis mentionem non faciant, quod fit eadem ratione qua etiam id quod dixi paulo prius, vt ſcilicet omnis remoueatur ambiguitas: nam & qui ſimpliciter promittit ſine adiectione partis, alias poſſit videri pro parte ſua duntaxat promiſiſſe, vt *d. l. ex damni* §. *quotiens.* Alias in ſolidum pro omnibus quod & ſciens prudenſque iure facere poteſt, maxime, ſi ſeparatim ſinguli promiſerint: nam ſi, coniunctim ſimpliciter promiſerint, ſinguli pro portione ſua promiſiſſe intelliguntur, *l. reos* 2. §. *cum tabulis, de duob. reis conſtit.* niſi aliud actum ſit, *l. ſi fundus* 16. §. *ſi duo, de pign.* & ita hæc l. perſpicue explicanda eſt omiſſis & reiectis Gloſſis. Paulus Caſtrenſis recte, & hoc quidem ſolum, in ea Paulum noſtrum conſilium dare, quo vtantur ij qui ſtipulationem contrahunt, quoque vtentes effugiant ſermonem ambiguum, qui ſæpe lites & diſcordias parit.

Ad leg. 31. eod. tit.

Qui vias publicas muniunt: ſine damno vicinorum id facere debent. §. 1. *Si controuerſia ſit, dominus ſit nec ne is a quo cautio exigitur, ſub exceptione ſatiſdare iubetur.*

Vltima eſt *l.* 31. Viæ publicæ aut publicæ muniuntur per Curatores viarum electos a Republica, vel vt Varro loquitur, *per Viocurios*: vel muniuntur per redemptores, qui a Republica muniendas vias conduxerunt certo pretio, vel extra ordinem per tempora poſſeſſores prædiorum proximorum eas munire, aut certam ſummam ad eas muniendas conferre debent, *l. cui muneris* 12. *de muner. & honorib.* Certe qui viam publicam exarauit, aratro proſcidit, omnimodo ad munitionem & refectionem compellitur ſolus, *l. vlt. de via publ. & itin. publ.* & poſſeſſores quidem qui viam publicam muniunt opere manufacto, vt ait initio huius l. ſine damno vicinorum id facere debent, ex quo ſequitur neceſſario, & de operis vitio vicinis ſatiſdandum eſſe damni infecti, *l. ſi finita* 15. §. *ſi quid in via*, *l. fluminum* 24. *hoc tit.* & ita recte Aggenus Vrbicus lib. 6. *de limitib. agrorum.* Iis qui prope ripam prædia poſsident, ripæ muniendæ neceſſitatem incumbere, ita tamen vt ſine alterius damno faciat quiſquis ripam ſuam munit: quod & Boetius ſcribit, *lib.* 2. *de Geometria*: Idemque Vrbicus eod. lib. alio loco ex Caſſio Longino Iuriſconſulto, poſſeſſorem, ripam ſuam ſine alterius damno tueri debere: Idem ergo iuris eſt in ripa & in via.

Ad §. Si controuerſia.

Sequitur in hac l. *Si controuerſia ſit, dominus ſit necne is a quo cautio exigitur.* Ex hoc edicto extraneus qui in alieno ædificat aliquid vnde damnum timetur, ſatiſdare debet damni infecti, dominum autem ædificantem in ſuo repromittere ſatis eſt. repromittere ſecundum noſtrum idioma, eſt nudam cautionem præſtare ſine fideiuſſoribus, eſt promittere pure nullo dato adpromiſſore. ſatiſdare autem, eſt dare adpromiſſores ſiue fideiuſſores. At ſi dubitetur dominus ſit necne is qui ædificat a quo exigitur cautio damni infecti, ſatiſdare iubetur, edicto Prætoris ſcilicet, *l.* 7. §. 1. *hoc tit.* non pure, ſed ſub hac exceptione ſi dominus non ſit, vt *l.* 22. §. *vlt. hoc tit.* & hic quidem eſt finis huius operis de auctorum noſtrorum operibus longe vtiliſſimi, quem Deus dedit, cui ſit honor & gloria.

Librorum autem meorum nondum vllum proſpicio finem, naſcuntur ſubinde noui, & more fluentis aquæ, vt vnda vndam, ita laborem labor ſuperuenit, & vel nunc maxime mouentibus & vrgentibus vobis, quibus fidem dedi hoc opere perfecto, me explicaturum titulum de actionibus empti: Et inſtantibus quoque iis, qui Synodo in hac vrbe habitæ nuper interfuerunt: quibus pollicitus ſum, me breui iuri pontificio operam daturum, quod in hac ſchola ſilere conquerebantur: & interpretaturum lib. IV. Decretalium. vtriſque vt paream, & fidem meam liberem: mihi mens eſt, ita partiri tempus quadrageſimæ, vt dies Lunæ, Martis, & Mercurij impendam iuri Ciuili. dies Veneris, & Saturni, iuri Pontificio. Interim dies fere quinque qui adhuc reſtant, & publicis prælectionibus debentur ante quagrageſimam, ſumpto mihi biduo ad requieſcendum, conſumam in iure Pontificio, & incipiam die Veneris *lib.* 4. *Decr. tit.* 1. *de ſponſalibus & matrimoniis.*

Abſolutum eſt opus xj. Kal. Mart. Anno Domini 1585. 19. Feb.

Finis Libr. Pauli ad Edictum.

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI,
AD IVLII PAVLI IVRISCONSVLTI
Libros Quæstionum XXV.

RECITATIONES POSTVMÆ.

OMNIVM LEGVM EX IVL. PAVLI IVRISCONS. XXV. QVÆSTION. LIBRIS in Pandectas a Triboniano relatarum, & a Cuiacio explicatarum

INDEX.

IACOBI CVIACII IC.
OPERVM POSTVMORVM,
AD IVLII PAVLI IVRISCONSVLTI
Libros Quæſtionum XXV.

Anno 1588.

Ad Librum Primum Quæſtionum Pauli,

RECITATIONES SOLEMNES.

IN NOMINE IESV.

Ad l. 88. de adquir. vel omitt. hered.

Gerit pro herede, qui animo agnoſcit ſucceſſionem, licet nihil attingat hereditarium. Vnde & ſi domum pignori datam, ſicut hereditariam, retinuit: cuius poſſeſſio qualis qualis fuit in hereditate: pro herede gerere videtur. Idemque eſt, & ſi alienam rem vt hereditariam poſſediſſet.

NON incipiam a puſilla quadam lege, & parui momenti, quæ prima ſeſe offert in Digeſtis ex lib. 1. Quæſt. Iulij Pauli, ſed a lege 88. *de adq. vel omitt. her.* quæ eſt celeberrima. Hæc lex eſt de eo genere adquirendæ hereditatis, quod *pro herede geſtio*, ſiue *pro herede geritio* vocatur. Quo genere extranei, id eſt, qui non ſunt in poteſtate & familia morientis, cuius de bonis agitur, ſibi delatam hereditatem adquirunt: extranei, inquam: Nam neceſſarij, vel ſui & neceſſarij heredes non adquirunt ipſi per ſe hereditatem, ſed per legem eis adquiritur, & obuenit etiam inuitis & ignorantibus, tam ex teſtamento, quam ab inteſtato; & ex teſtamento etiam clauſis tabulis teſtamenti, & non ſuo facto, non voluntate ſua, ſed legis poteſtate heredes exiſtunt, vel vt Græci *ἀναφαίνονται*, illico apparent, *l. vlt. §. ſin vero C. de cur. fur. dan.* & ſtatim atque e vita exceſſit parens, vel dominus, in cuius poteſtate ſunt, ipſo iure heredes deprehenduntur, *l. pen. §. pen. inf. de bon. libert.* Extranei autem non exiſtunt, ſed fiunt heredes vel adeundo, vel cernendo hereditatem, qui actus ſunt ſolemnes & legitimi, id eſt, ex 12. tab *l. actus, de regul. iur.* vel pro herede gerendo, vel nuda voluntate amplectendæ hereditatis. Qui duo poſteriores actus non ſunt legitimi, vt duo priores, qui per eminentiam legitimi dicuntur, a quibus hi duo poſteriores longe diſtant: ſed legitimi tamen ſunt, quia & iure ciuili proditi ſunt: vt prætorium ius, & conſtitutum ius, ius eſt legitimum, quod tamen longe diſtat ab eo, quod per eminentiam ius legitimum dicitur, *l. ſi in adoptionem, in fi. inf. de bon. poſſ. cont. tab.* At hoc loco Paulus tractat de eo, qui ſe pro herede gerendo, pro herede agendo, adquirit hereditatem. *Et gerit*, inquit, *pro herede, qui animo agnoſcit ſucceſſionem, licet nihil hereditarium attingat.* An hoc vult Paulus, animo ſolo agnoſci hereditatem, an animo ſolo quem videri ſe pro herede gerere, etſi ex hereditate nihil vſurpet vel attingat? At hoc ſi vult Paulus, duo quæ fecit genera adquirendæ hereditatis, *§. vlt. de hered. qualit. & diff.* nempe pro herede geritionem, & nudam voluntatem ſuſcipiendæ hereditatis: Hoc, inquam, ſi vult Paulus hoc loco, ea duo genera non ſunt duo, & tamen duo eſſe diuerſa ſatis conſtat. Nam nuda voluntate hereditas adquiritur ſine facto vllo, ſolo animo, qui ſcilicet quibuſcunque verbis declaretur citra formulam ac ſolemnitatem vllam. Pro herede autem geritio factum aliquod exigit, vt in *l. 20. ſup. hoc tit.* quum dicitur pro herede genere, quod ibi Græcis eſt *ἐγχειρεῖν τὴν κληρονομίαν*, non eſſe tam facti, quam animi, quoniam aduerbium *magis*, quod in ea oratione deficit, exaudiendum & accipiendum eſt comparate, non ſimpliciter ſiue *ἁπλῶς*, vt ſatis demonſtratur in *l. 20.* in geritione pro herede, duo concurrere debere, factum & animum. Quid eſt igitur, quod Paulus ait hoc loco, *gerere pro herede eum, qui animo agnoſcit ſucceſſionem, licet nihil attingat hereditarium?* Sciendum eſt, hanc Pauli definitionem non eſſe generalem, & adminiculandam eſſe ſubintellecto articulo interdum, ex *l. 21. §. 1. hoc tit.* Quæ lex poſito eodem exemplo, quo hic Paulus vtitur, vt puta, ſi re non hereditaria quaſi heres vtatur, ait, *interdum ſolum animum obſtringere hereditati*, id eſt, ſe pro herede geſſiſſe videri eum, qui animum habuit ſe gerendi pro herede, licet nullam rem here-

ditariam attigerit. Et mihi videtur, hoc loco non inepte posse comparari possessioni geritionem pro herede. Possessio est facti & animi. hæc sunt verba *l. 1. §. Scæuola, si quis testam. liber esse iuss. fuer.* Et ideo possessio non adquiritur nisi corpore & animo, *l. quemadm. de adquir. possess.* Interdum tamen & solo animo adquiri videtur, nec tamen omnino adquiritur solo animo, vt in specie legis *quarundam, de adquir. possess.* si emerim struem siue aceruum lignorum, quæ me venditor tollere iubeat, ego non tollam, sed ei custodem apponam, ne quis ligna surripiat aut summutet, videor animo solo adquisisse possessionem, quoniam mihi ligna tradita non sunt. Et tamen (vt eadem l. ait in fine, sic enim est legendum) corporis quodam genere possessio mihi adquisita videtur, id est, non animo, vel adfectu solo, sed & corporis quodam genere, apposito custode nimirum. Potest enim possessio adquiri non tantum nostro, sed & alieno corpore: & custodi, quem apposui, a venditore traditus aceruus videtur. Ad eundem modum pro herede gestio est facti & animi, *d. l. 20. sup.* Et interdum licet videatur solo animo occupari, vt si quis re non hereditaria quasi heres vtatur, tamen factum eius aliquod interuenit, quia re vtitur, quam hereditariam esse putat reipsa, solo animo gerit se pro herede, quia rem hereditariam nullam attingit opinione sua, non solo animo, sed & attractu rei, quam putat esse hereditariam. Et obserua quibus gradibus processerit ratio adquirendæ hereditatis. Primum non potuit adquiri hereditas, nisi actu solemni, puta per cretionem aut aditionem hereditatis, verbis solemnibus & legitimis, & superstitibus multis præsentibus, adhibito etiam symbolo, puta percussione digitorum, & apprehenso corpore aliquo hereditario. Postea cœpit adquiri hereditas herede aliquid faciente heredis animo, citra solemnitatem vllam, hoc est, herede se gerente pro herede, quod quidem facit, si quid faciat quasi heres. Quod & in *l. 22. sup. hoc tit.* est pro domino administrare, pro domino facere aliquid: & in *l. 78.* dominationem suam interponere. Aditione vel pro herede gestione dominium adquiritur omnium rerum hereditariarum, & sine possessione, *l. si ager, de rei vindic.* Et inde Paulus 4. Sentent. *pro herede gerere, est destinatione futuri dominij aliquid ex rebus hereditariis vsurpare.* Veteres heredem pro domino appellarunt, & ita iamdiu notaui in *l. hereditate §. pater, de castr. pec.* heredem accipi pro domino, non pro successore vniuersi iuris, illo loco, *non tamen, si vt heres, vino filio vindictam seruo imposuit.* Et quod nondum notaui, etiam in *l. sed etsi quid §. si operas, de vsufr.* illo loco, *profectaque ad heredem, redibit ad fructuarium.* Species est aperta. seruus fructuarius locauit suas operas, & certum aliquid stipulatus est. stipulatio adquiritur fructuario, non proprietario siue domino, & si forte finiatur vsusfructus capitis minutione, qui tamen repetitus fuerit, si, (inquam) finiatur capitis minutione, & mox restituatur, redintegretur, stipulatio illa ambulabit, & profecta ad heredem, id est, dominum, siue proprietarium statim, vt finitus est vsusfructus capitis deminutione, mox redibit ad fructuarium. Ad extremum vero obtinuit etiam hereditatem adquiri posse nuda destinatione animi. Denique & adire & pro herede gerere quem posse nuda voluntate patefacta quocunque verbo, *d. §. vlt. de hered. qualit. & diff. l. si auia, C. de iure delib.* At olim non videbatur pro herede gerere vel adire, nisi qui aliquid faceret quasi heres. Neque hoc satis erat: nam & hoc exigebatur, vt id faceret, quod & quasi heres facere posset. Quod declaro ex *l. 20. si quid tamen, hoc tit.* Species est aperta. Si filius quasi heres operas petat a liberto paterno, non videtur se pro herede gerere. Cur? quia non quasi heres eas operas petere potuit, sed quasi filius. Nam operæ, quæ patrono debentur non transeunt ad heredem, nisi sint præteritæ, id est, nisi iam patrono deberi cœperint, vel nisi eas iam patronus petierit, priusquam vita decederet, quo casu translatio iudicij datur etiam heredi extraneo, vt est legendum in *l. si operarum, de oper. libert.* At futuræ operæ, quas defunctus nondum indixerat, non transeunt in heredes: transeunt quidem in liberos patroni, sed vt liberos, non vt heredes *l. cum patronus, & l. si operarum, de oper. libert.* Liberis etiam non heredibus competit operarum petitio, modo non sint exheredati, sed se abstinuerint ab hereditate: nam non ideo minus poterunt consequi operas a liberto paterno, sed iure liberorum, quia & hereditatem omiserunt, vel si hereditatem non omiserunt, & eam petierunt, quasi heredes, non ideo videntur se heredes gessisse, quoniam heredes eas petere non possunt. Itaque vt videatur heres se pro herede gessisse, necesse est, vt id fecerit quasi heres, quod & heres facere potuerit. Et ita est explicandus *d. §. si quid tamen.* Porro exempli propositi in *d. l. 21. §. 1.* vt si re non hereditaria vtatur quasi heres, videatur animo solo se gessisse pro herede, huius inquam exempli in hac lege duæ proponuntur species. Prior hæc est, si heres attingat & retineat domum defuncto pignori datam, existimans esse hereditariam per errorem, non attingit rem hereditariam, quia pignus non est in bonis creditoris, sed ex bonis creditoris, id est, ex substantia eius, *l. 2. §. in hac actione, de vi bonor. rapt.* Et tamen se pro herede gerere videtur, quia non tam spectandum est, quid faciat, quidve attingat, quam quo animo faciat: si rem non hereditariam attingat quasi heres, pro herede gessisse, & consequenter se oneribus hereditariis obligasse videtur. Nam pro herede geritio siue aditio est quasi contractus, ex quo nascitur obligatio, *l. 3. quibus ex caus. in possess.* nimirum quia ea conditione adire intelligitur, vel pro herede gerere, vt subeat onera hereditaria, vel suscipiat actiones creditorum hereditariorum, *l. 38. hoc tit.* Igitur pro herede gerere ait Paulus hoc loco, eum, qui domum pignori datam, sicut hereditariam retinuit, cuius qualis qualis possessio fuit in hereditate. Quæso quid his verbis significatur, *Qualis qualis possessio fuit in hereditate, pignoris possessio qualis qualis. quid hoc est?* An hoc dicit, pignus vel pignoris possessionem penes creditorem non fuisse quandiu vixit? Minime. Certum est enim pignoris possessionem penes creditorem esse, *l. per seruum, de adqu. rer. dom.* quia debitor ei possessionem suam cessit, & dominium nudum retinuit, non possessionem, *l. cum & sortis, §. pen. de pigner. act.* Pignoris igitur possessio non est penes debitorem, *l. si pignus, eod. tit.* Vacat igitur possessio ciuilis eius rei, id est, nemo est penes quem sit possessio ciuilis: nam quæ penes creditorem est possessio, naturalis est, seu corporalis, non ciuilis, *l. 3. §. vlt. ad exhib. l. debitor §. vlt. de pignerat. act.* Non est ciuilis possessio, quia non iure dominij pignus possidet, sed iure constituti pignoris, iusta est possessio, sed naturalis, non ciuilis est. Ciuilis est, quæ possidetur iure, aut veluti iure dominij, animo, opinione, cogitatione domini, *l. si seruus §. 1. de nox. act. l. pen. C. de furt.* Naturalis autem est, quæ alio iure possidetur. Non est igitur verum, quod Accursius scripsit hoc loco, pignus a creditore possideri ciuiliter & naturaliter, quia naturaliter possidetur tantum. Quod tamen attinet ad ea verba, *Cuius possessio qualis qualis in hereditate fuerit,* Accursius ea verba percepisse videtur, quia in ea verba adducit *l. 1. §. Scæuola, si quis testam. lib. esse iuss. fuer.* ex qua intelligitur, hæc verba Pauli esse accipienda de hereditate iacente, id est, non adita, vel adquisita ei, cui delata est, quæ nullius in bonis est, *l. 1. §. 1. de rer. diuis. l. denique, §. quæsitum, quod vi aut clam.* Hereditas quæ iacet, possessionem non habet, possessio eius qualis qualis est, non possessio, *d. §. Scæuola.* Possessio enim est facti & animi, & facti vel animi capax, non est res incorporea, qualis est hereditas. Eo enim nomine significatur ius, non corpus. His igitur verbis significat Paulus possessionem in hereditate non fuisse, quia etsi interim habeatur pro domina, *d. §. quæsitum*, non possidet tamen. Et ita in *l. 6. §. Aristo, quod vi aut clam,* qui precario in fundo moratur,

qui

qui certe non possidet, *l. 6.* §. *is cui, de precar.* dicitur qualiter possidere, id est, non possidere. Et eodem sensu hoc loco, qualis qualis possessio esse in hereditate, quia certe hereditas non possidet, nec per naturam possidere potest, quæ abstrahitur intellectu, nec sensu percipitur, quia corpus non habet. Ergo nec facere quicquam potest, nec animo quicquam apprehendere, quo caret. Et hac ratione receptum, hereditati furtum non fieri, *l. hereditariæ, de furt.* Quid enim est furtum? *Possessionis interuersio.* Nulla autem est possessio in hereditate, quæ interuerti possit: ergo hereditati furtum fieri non potest. Eademque ratione ius illud singulare esse dicitur, quo comparatum est, vt cœpta vsucapio a defuncto etiam iacente hereditate compleatur, *l. nunquam,* §. *pen. l. cœptam, l. iusto,* §. *nondum, de vsurp. & vsucap.* Quo genere fit, vt incipiat quidem vsucapio a possessione, & ea quidem ciuili, compleatur autem etiam sine possessione, quia morte possessoris interrumpitur, sicut euenit in re pignori data, quam debitor cœperat possidere & vsucapere: nam & si eam desinat possidere, vt certe desinit re data pignori, tamen vsucapio eius rei completur, *l. 1.* §. *per seruum corporaliter, de adquir. poss. l. serui nomine, de vsur. & vsucap.* Et quod dicimus, hereditatem iacentem non possideri, huic sententiæ nihil obstat *l. qui a seruo, de oblig. & act.* cum qua consentit *d.* §. *nondum.* Nam, (vt breue faciam) ex causa peculiari tantum hoc iure singulari receptum est, vt per seruum hereditarium possessio hereditati adquiri fingatur, licet reapse non adquiratur: sicut & ex eadem causa peculiari iure singulari receptum est, vt ignoranti domino possessio adquiratur. Alioquin nonnisi sciens acquirit possessionem, *l. si emptam, de vsurp. & vsucap. l. peregre* §. *quæsitum, de acquir. poss.* Posterior species ea est. *Si rem alienam quam defunctus bona fide possidebat vt dominus, cuius etiam possessio qualis qualis fuit in hereditate, heres cum existimaret rem hereditariam, attingat vt hereditariam.* Nam & hoc casu solo animo gerit se pro herede, cum nihil attingat hereditarium. Denique in hac lege duæ proponuntur species, in quibus euenit, vt heres, qui re non hereditaria vtitur, se obliget hereditati & æri alieno, quasi se pro herede gesserit. Prior species est de re a defuncto possessa naturaliter, id est, de pignore: posterior species est de re a defuncto possessa ciuiliter. Nam bonæ fidei possessor, qui rem nactus est a non domino ex iusta causa, ciuiliter possidet, nempe animo domini, & verus dominus si rem subripuerit, ei tenetur furti actione, quia interuertit possessionem eius ciuilem, *l. cum as,* §. *vlt. & l. qui iniuria,* §. *vlt. de furt.*

Ad l. 37. de legibus & S.C.

Si de interpretatione legis quæratur: in primis inspiciendum est, quo iure ciuitas retro in eiusmodi casibus vsa fuisset. Optima enim legum interpres consuetudo.

IN hac lege Paulus ait, *si de interpretatione legis quæratur, in primis inspiciendum esse, quo iure ciuitas retro in eiusmodi casibus vsa fuisset.* De lege municipali loqui videtur. Si vis scire quis sit sensus cuiusque legis municipalis, obserua, quemadmodum ea lege municipium siue ciuitas retro vsa fuerit in eiusmodi casibus. Basil. ἐπὶ τῶν ὁμοίων προσώπων, τε καὶ πραγμάτων, id est, *in similibus personis & rebus,* in similibus controuersiis. Vsus enim est interpres legum. *Optima,* inquit, *legum interpres est consuetudo.* Cui sententiæ par illa est Appij Claudij apud Dionysium Halicarnassæum libro 7. πάντων ἀμφισβητουμένων δικαίων κριτήριον εἶναι δοκεῖ κάλλιστον ὁ χρόνος. & κριτήριον κάλλιστον vocat quod Paulus, *optimum interpretem,* & χρόνον, quod Paulus, *consuetudinem.* Nihil enim aliud est consuetudo, quam vsus longi temporis: vel vt ait *l. 35. hoc tit.* obseruatio plurimorum annorum. Idem etiam Callistratus scripsit *lib.* 1. suarum quæstionum, vt subiicitur in *l. prox. quæ in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur* duos constituit interpretes, consuetudinem, & res iudicatas, siue auctoritatem rerum iudicatarum. Et consuetudinem intellige perpetuam, id est, non interruptam, non interuallatam, vt in *l. 6.* §. *1. quod cuiusque vniuersit.* consuetudinem semper obseruatam, vt ait *l. fine herede* §. *Lucius, de administ. tutor.* & ita res iudicatas perpetuo, vt ait *l. prox.* perpetuo, & similiter dirimere ambiguitates legum, non res aliquando iudicatas. Nam vt Cic. ait 1. de Inuent. *Nunquam afferre oportet solitarium aliquid, aut rarum iudicatum.* & *l. nemo iudex, C. de sent. & interlocut. In pronuntiando iudices non debere sequi exempla rerum non rite aliquando iudicatarum, nec si a Principibus iudicatæ sint, vel a præfectis prætorio, qui dicuntur obtinere apicem dignitatum omnium, quod sit legibus, non exemplis iudicandum.* Itaque eas tantum res iudicatas vim legum obtinere ait *l. prox.* & optimas esse legum interpretes, quæ perpetuo & constanter eodem modo iudicatæ sunt: ex vsu perpetuo, & tritura fori eadem sumi interpretationem legum, vel dirimi ambigua legum. *Perpetuo,* inquit, non raro: &, *similiter,* non varie: nam quod varie iudicatum est, vim legis non obtinet, vt in hac quæstione, an fideicommissum hereditatis relictum coheredibus inter eos diuidatur pro virilibus portionibus, an pro hereditariis. quod ait lex *nonnunquam, ad Trebell.* varie iudicatum fuisse, nullum momentum adfert, vel ius nullum constituit. Consuetudo in primis spectanda est, vt ait Paulus, deinde vero auctoritas rerum perpetuo & similiter iudicatarum.

Ad leg. 15. de in ius voc.

Libertus aduersus patronum dedit libellum, non dissimulato se libertum eius esse: an si ad desiderium eius rescribatur, eiam remissa edicti pœna esse videatur? Respondi: non puto ad hunc casum edictum prætoris pertinere: Neque enim qui libellum principi, vel præsidi dat, in ius patronum vocare videtur.

CErtum est, vt parentem a liberis, ita patronum, cui æque debetur reuerentia a libertis, non posse in ius vocari sine venia & permissu prætoris, quia sancta eorum persona his videri debet. Vocanti aduersarium in ius, non erat olim necessaria venia prætoris, sed cui erat negotium cum aliquo, is solus per se iubebat se aduersarium sequi in ius, aut non sequentem trahebat inuitum & rapiebat in ius, obtorto collo ni satisdaret iudicio sisti. Quo genere, debita reuerentia patrono non patitur, vt a liberto patronus in ius vocetur sine speciali permissu Prętoris, alioqui in libertum, qui aliter patronum in ius vocauerit, patrono est actio pœnalis in factum in 50. aureos, *l. 12. l. pen. hoc tit.* vel (vt in edicto arbitror fuisse perscriptum) in 50. millia sestertium his fere verbis: *Qui aduersus ea fecerit, & quem in ius vocassit 50. millia sestertium dare damnas esto.* Nam constat Iustinianum vbique in edictis, & legibus, rationem sestertiariam mutasse in aurariam. Hæc autem actio, quæ ex edicto patrono datur, quem sine venia prætoris libertus traxit in ius, annua est. Patrono enim non datur post annum: non datur etiam heredi patroni, nec in heredem liberti, *d. l. pen. hoc tit.* quia eæ tantum actiones pœnales dantur heredi, quæ ex delicto proficiscuntur, quo factum est, vt aliquid abesset ex patrimonio defuncti, vt furto & rapina: aut damno iniuria dato actio furti, aut vi bonorum raptorum, actio leg. Aquiliæ, quæ omnes pœnales sunt, in heredem actoris transferuntur. Denique hæ actiones pœnales, siue fuerint priuatæ, siue populares, dantur heredi eius, cuius interest, ad quem eo minor hereditas redit, *l. 1.* §. *vlt. de iis qui deiec. vel effud. l. 1. tit. prox. l. vlt. de popul. act.* Actiones autem priuatæ, quæ pœnæ nomine dantur, non ex causa imminuti patrimonij, sed ex causa imminuti honoris, imminutę dignitatis vel libertatis, heredi non competunt, velut actio iniuriarum, quæ vindictam persequitur, non pecuniam ablatam, quæ (vt ait Cicero) dolorem imminutæ libertatis iudicio pœnaque mitigat: Et similiter Valentinianus in *Nou. de libertis & successoribus eorum,* quæ agit causam doloris, actio iniuriarum heredi eius, cui facta est iniuria, non competit, quia nihil hereditati abest. Eiusdem generis

est actio de moribus in coniugem, quæ etiam vindictam persequitur, non pecuniam: & ideo heredi non competit, *l. rei iudicatæ §. vlt. D. sol. matr.* Et actio ingrati, quæ donatori aduersus donatarium ingratum competit, & ideo non transmittitur in heredem donatoris, *l. 7. C. de reuoc. don.* Eiusdem generis est actio, qua de agitur in hoc tit. quæ patrono datur ex causa imminuti honoris sibi a liberto debiti, quod inuitus tractus sit in iudicium sine venia prætoris: Nam hæc actio etiam vindictam persequitur, non pecuniam, & ideo heredi non competit. Quam rationem etiam reddit Theophilus nominatim in §. *non autem, Instit. de perp. & temp. action.* Non est omittendum, libertum, qui patronum in ius vocauit sine venia, si conueniatur hac actione, & soluendo non sit, si non habeat, vnde inferat 50. aureos, remitti ad præfectum vrbi, qui in vrbe omnia crimina sibi vindicat, id est, cognitionem omnium criminum, vt scilicet quasi inofficiosus litigator fustibus coerceatur, *l. vlt. hoc tit.* secundum id quod generaliter de pœnis proditum est, ei esse indicendam extraordinariam coercitionem, cuius egestas pœnam pecuniariam eludit, *l. 1. §. vlt. de pœn. l. pen. C. de ædif. priuat.* vt quemadmodum ait Cassiodorus 9. variarum, *reddat debitum pœnis, quod non potest compensare pecuniis.* Et lib. 10. *vt corporali supplicio pœnam luat, quæ non potest pecuniariæ satisfactioni sufficere.* Et Ambrosius serm. 78. *vt qui redhibitioni substantia satisfacere non potest, satisfaciat punitione corporis.* Et vt ait *d. l. vlt. eo casu libertus fustibus castigatur, quasi inofficiosus litigator, eo scilicet superdicto a præcone, dum fustibus caditur: Noli inofficiose litigare*, quod est, noli impie & irreuerenter litigare, vt in *l. 7. de iure patronat.* & in vltima declam. Quintilian. *a piratis dimissum*, inquit, *a fortuna, o te, liberte inofficiosum reduxisti? non ad imagines, sed vt propius amissam dignitatem aspiceret.* His cognitis videamus, quid quæratur in hac lege. Hoc quæritur, an pœna huius edicti teneatur libertus, qui patronum quidem non vocauit in ius, sed aduersus patronum libellum supplicem principi obtulit. Libellum hoc loco accipere oportet pro libello supplici, pro libello precum, quod postea desiderium vocat: nam desideria in iure sunt preces, *l. 2. C. de err. aduocator. l. epistola, §. vlt. D. de pact.* Quæritur ergo, an libertus, qui aduersus patronum principi porrexit libellum precum, eo non dissimulato, se eius libertum esse, si ad desiderium eius rescripserit princeps, an ei remissa videatur pœna edicti? Quæritur primum, an inciderit in pœnam edicti dato libello, & an principe rescribente ad libellum, remissa ei videatur pœna, in quam incidit? Et Paulus ait, hoc postremum quod dixi, frustra quæri, *an remissa videatur edicti pœna*, quia siue rescribat princeps ad libellum eius, siue non, certum est, eum qui libellum principi vel præsidi dat, in ius vocare patronum non videri. Non remittitur pœna, in quam non incidit, sicut non liberatur obligatione qui in eam non incidit, *l. decem. de verb. oblig.* Et similiter non remittitur pœna, quæ commissa non est. Et breuiter hoc docet Paulus, libelli dationem non haberi pro vocatione in ius, vt in *l. quæsitum, ad Senatusc. Turp.* libelli dationem non haberi pro accusatione: si quis libello principi dato comminatus sit, se aliquem falsi accusaturum, nec postea accusarit, in pœnam Senatusconsulti Turpilliani non incidisse, quia nec accusationem instituisse intelligitur. Denique libelli datio neque pro vocatione in ius, neque pro accusatione, imo nec pro litis contestatione cedit. Et ratio differentiæ inter vocationem in ius & libelli dationem, cur impune libertus libellum det principi, vel præsidi aduersus patronum sine venia prætoris, & non impune tamen vocet eum in ius sine venia, euidentissima est, quia qui libellum porrigit aduersus patronum, non trahit patronum, non rapit inuitum. At qui in ius vocat patronum, si volentem quidem, hoc impune fecerit, nihil est certius, *l. 11. hoc tit.* At inuitum trahere & rapere in ius obtorta ceruice, non potest sine contumelia verecundiæ patronalis. Verum huic responso Pauli obstat *l. 1. C. quan. lib. princ. dat. pro lite contest. hab.* quæ ostendit aperte, libellum datum principi pro litis contestatione haberi. Verum nihil est quod tam facile expediri possit. Non est generalis definitio eius legis, non hoc generaliter statuit, libelli dationem pro litis contestatione esse, sed generaliter ea sententia falsa est, specialiter vera, videlicet in causis præscriptionum interrumpendarum tantum, videlicet in hoc, vt datione libelli, & rescriptione principis, (nam vtrumque requiritur) perinde atque litis contestatione actiones perpetuentur, ne aduersus eas præscriptio temporalis currat: & non omnes tamen actiones, vt definit *l. 2. eius tit.* sed prætoriæ tantum quæ sunt annales, non etiam ciuiles aut prætoriæ, quæ viuunt longiori tempore, *d. l. 2. & l. 3. C. de præscr. 30. ann.* & non libello dato præsidi, sed libello tantum dato principi, ad quem etiam rescripserit princeps. Postremo obstat etiam huic responso quodammodo *l. si quis maior, C. de transact.* ex qua contra transactionem iniuratam, facere intelligitur, qui libellum dat principi, desiderans sibi permitti ab ea transactione discedere: qua ex causa statim incidit in pœnam, de qua conuenerit, & rem amittit, & infamia notatur. Hæc est vis iuratæ conuentionis. Alioquin pœna, tantum de qua conuentum est, committeretur, non etiam res amitteretur, non fama læderetur. Hæc est vis iurisiurandi, quod id etiam efficit, & est valde singulare ex Leonis Nou. 72. vt pactio nuda, quæ regulariter non parit actionem, sed exceptionem tantum, vt inquam, pactio nuda quæ est confirmata iureiurando, pariat actionem.

Ad leg. Nesennius 34. de negot. gest.

L. 34. Nesennius Apollinaris Iulio Paulo salutem: Auia nepotis sui negotia gessit. defunctis vtrisque auiæ heredes conueniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione. Reputabant heredes auiæ, alimenta præstita nepoti. Respondebatur, auiam iure pietatis de suo præstitisse: nec enim aut desiderasse vt decernerentur alimenta, aut decreta essent. Præterea constitutum esse dicebatur, vt si mater aluisset, non posset alimenta, quæ pietate cogente de suo præstitisset, repetere. ex contrario dicebatur, tunc hoc recte dici, vt de suo aluisse mater probaretur: at in proposito auiam, quæ negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse. tractatum est, nunquid de vtroque patrimonio erogata videantur. quæro, quid tibi iustius videatur? Respondi: Hæc disceptatio in factum constitit. Nam & illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo obseruandum. Quid enim, si etiam protestata est, se filium ideo alere, vt aut ipsum, aut tutores eius conueniret? pone peregre patrem eius obiisse: & matrem, dum in patriam reuertitur, tam filium, quam familiam eius exhibuisse. in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem D. Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo auiam, vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta: maxime si etiam in rationem impensarum ea retulisse auiam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, vt de vtroque patrimonio erogata videantur.

Species & quæstio huius legis Paulo proposita fuit a iudice Nesennio Apollinari quodam, apud quem de ea varie disceptabatur, cuius iudicis sunt & aliquot aliæ consultationes ad Paulum immixtæ in hisce quæstionum libris. Et est species huiusmodi: Auia nepotis negotia gessit, & in negotiis nepotis gerendis, ei alimenta exhibuit. Vtrisque defunctis auia & nepote heredes nepotis agunt cum heredibus auiæ directa actione negotiorum gestorum, vt actus quem auia administrauit, rationem reddant, reliqua restituant, & si quid dolo aut culpa auia gesserit, id quoque restituant, *l. 2. hoc tit.* In hoc intenditur actio negotiorum gestorum. Illi non recusant actionem pati, sed desiderant reputari prius alimenta aut impendia, quæ auia fecit in alimenta nepotis, vt his impendiis deductis eo minus restituant, *ils veulent rabatre cela.* Denique desiderant ante omnia deducere impendia alimentorum, quo facto, dicunt se esse paratos restituere

restituere id, quod superererit ex actu gesto ab auia. Quæritur, an ea alimenta heredes auiæ possint reputare heredibus nepotis? Hac de re varie disceptabatur, vt dixi, in auditorio Nesennij Apollinaris. Heredes nepotis iidemque actores dicebant, ea alimenta, quæ auia nepoti præstitisset, neque reputari, neque repeti posse, quia ea præstitisset de suo, pietatis iure, pietatis gratia, siue respectu, ducta auita affectione & charitate sanguinis, animo donandi, munere pietatis fungens, non hoc animo, quasi ea receptura. Cuius pietatis argumentum est, quod non desiderasset nepoti a prætore alimenta decerni, vt in his causis fieri solet, *l. 2. & 3. vbi pup. educ. deb.* Nec vero vlla decreto prætoris alimenta nepoti decreta essent: nam si auia voluisset ea alimenta præstari de re nepotis, quam administrabat, non de re sua, vt in rationibus reddendis iustam haberet causam ea repetendi, curasset ea a prætore decerni; quod cum non fecerit, pietatis munere functa videtur, id est, ea erogasse de suo, & nepoti donasse videtur. Ergo neque reputari possunt nepoti, vel heredibus nepotis, nec repeti ab eis. Cui non datur reputatio, multo minus datur repetitio: cui non datur exceptio, multo minus actio. Proferebant etiam heredes nepotis constitutionem Diui Marci & constitutionem D. Seueri, quibus constitutum est, non posse matrem repetere, quod vrgente pietate de suo impendisset in alimenta filiorum, vel in disciplinas, vel in petendis tutoribus vel in suspectis tutoribus remouendis, *l. 1. C. eod. tit. l. 5. §. si mater, inf. de lib. agnosc.* Denique matrem non posse ea impendia a filiis repetere. Imo & si mater dotem pro filia dederit, vltro pietate ducta, & affectione materna, eam a filia repetere non potest. Imo nec a genero, etiamsi eam dederit ex falsa causa, puta cum putaret, se eo nomine obligatam esse, eam repetere non potest a genero condictione indebiti, quia pietatis causa, etiamsi ei adiuncta sit opinio falsa obligationis, inhibet condictionem indebiti. Quod pietatis causa datur, quod donatur, non potest repeti condictione indebiti, *l. cum is qui §. vlt. inf. de condict. indeb.* In qua pro *mulier*, videtur legendum, *mater.* Ea igitur mater expensa adfectioni suæ ferre debet, non filiorum bonis alimenta, quæ eis præbuit, vt constitutum est in matre. Idem vero non inuenitur constitutum in patre, vt alimenta filiis erogata repetere vel reputare non possit. Cur idem non inuenitur constitutum in patre? quia nimirum in patre hoc erat certissimum, qui ea debet filiis omnimodo præstare iure naturali, etsi filij non sint in eius potestate, *l. 5. in princ. de liber. agnosc.* Pietas naturalis patrem obligat præstandis alimentis. Imo & præstandæ doti, *l. qui liberos, de iure dot.* Qua de causa in ponenda ratione l. Falcidiæ dos deducitur æris alieni loco, *l. 9. de leg. 2. l. mul. §. cum proponeretur, ad Treb. Nou. 39.* At mater alimentis præstandis aut doti præstandæ obnoxia non est, si liberi patrem habeant, *d. l. 5. §. idem in liberis, & §. si mater, l. neque mater, C. de iur. dot.* Patris eæ sunt partes, non matris: liberi sunt onera matrimonij, quæ sustinet pater, non mater, *l. si filia §. si filiusfam. D. famil. ercisc.* At si mater vltro, pietatis respectu alimenta filiis præstiterit, vel dotem filiæ, non est repetitioni locus, aut reputationi. Quod de matre diximus, idem obtinet in auunculo, qui pietatis causa sororis filiæ alimenta præbuit. In patruo, qui fratris filiæ pietatis causa alimenta præbuit, *l. ex duobus §. vlt. hoc tit.* Imo vero idem obtinet in quolibet extraneo, si alimenta præbuit διὰ θείαν χαριστικὴν, οὐκ ἀπαιτητικῷ λογισμῷ, vt Græci aiunt ad *l. 1. C. eod. tit.* qui & finem huius legis de extraneo accipiunt. & confirmatur valde eorum sententia *l. is qui amicitia, inf. hoc tit.* quam breuiter explicemus. Si quis extraneus amicitia paterna ductus, quam scilicet exercuit cum patre pupillorum, aliquid impenderit in petendis tutoribus, vel in tutoribus datis vt suspectis postulandis: nam & hæc lis non agitur sine sumptibus, & ad hanc litem admittuntur quilibet extranei, qui ducuntur pietatis adfectione, *l. 6. C. de suspect. tut.* & amicitia parentum defunctorum, vt ait *l. 2. inf. qui pet. tut. poss.* An igitur si quis extraneus amicus parentum, vt pupillis de tutela prospiceretur, aliquid impenderit, id ab eis repetet quasi negotio eorum gesto? minime: quia id gessit non repetendi animo, sed amicitiæ & pietatis gratia. Et ita *d. l. is qui* ait, declarari constitutione D. Seueri, id est, *d. l. 1. eod. tit.* Ex quo apparet in *d. l. 1.* affectionem domesticam accipi etiam pro ea, quam extranei habent erga familiam, vel domum aliquam. Et his quidem rationibus freti heredes nepotis dicebant, sibi reputari non debere impensas, quas auia fecisset in alimenta nepotis, & exemplum matris debere trahi ad auiam, quæ & matris locum obtinet. Ex aduersa parte dicebant heredes auiæ, id in matre fuisse constitutum, cum probaretur aut liqueret matrem de suo filium aluisse. In specie verò proposita verisimilius esse, auiam de re ipsius nepotis eum aluisse & exhibuisse, non de re sua. Mulieres enim cæteras extra matrem parcas esse donandi, rara esse beneficia mulierum, vt Menander ait, οὐκ ἐν γυναικὶ φύεται πλείστη χάρις. matris affectum superare omnem alium affectum. Superadiiciebant heredes auiæ, quod de matre est constitutum, non esse perpetuum: non si mater testibus præsentibus, vel scripto protestata sit, se filium alere, vt aut ipsum, aut tutores eius postea conueniat, & ab eis recuperet impendia alimentorum: quæ protestatio tollit donandi causam, declarat animum matris, tollit quæstionem omnem, vt in *l. 14. §. sed interdum in fine, de relig. l. 3. §. cum inquilinus, vti possid.* non etiam locum esse supradictis constitutionibus in hac specie: si absente patre mater filium & familiam omnem mariti aluisset suis sumptibus, interim dum maritus peregre rediret, & is forte non redierit, sed peregre diem suum obierit: Nam hoc casu matri sumptuum repetitio compe-tit, quia clarum est, eam habuisse animum, eos sumptus a marito repetendi, cum saluus sospesque peregre domum rediisset. His igitur duobus casibus matri in filium est actio negotiorum gestorum ad repetendos sumptus factos in alimenta filij. His rationibus ex vtraque parte propositis in consilio iudicis, adsessores alij dicebant, auiam alimenta præbuisse de suo pietatis causa, nec posse ea reputari nepoti, vel heredibus eius, ea auiam debere expensa ferre suæ pietati. Alij autem dicebant, auiam alimenta præbuisse de re nepotis, & hoc esse verisimilius: ac proinde ea nepotem vel heredes eius patrimonio nepotis expensa ferre debere. Erat & tertia sententia, quam reiicit Paulus, dicentium, ea alimenta erogata videri de patrimonio vtriusque, auiæ scilicet, & nepotis: atque ideo partem esse imputandam auiæ pietati, partem bonis nepotis, quæ fuit valde noua sententia. In hac varietate consultus Paulus a iudice respondit, hanc disceptationem in facto consistere, id est, quæstionem, rem facti, non iuris: in causa, in facto ius esse positum, vt ait *l. si ex plagis §. in cliuo, inf. ad leg. Aquil.* implicitam facto quæstionem esse, vt *l. cum duobus, pro soc.* Nihil ergo pertinere ad Iurisconsultum, sed esse in æstimatione iudicis, *l. mora, de vsur. l. 2. C. plus val. quod agit.* Quæstionem iuris dirimunt Iurisconsulti, quæstionem facti iudices, vel etiam ea remittitur ad Rhetores, qui de ea probabiliter disserunt apud iudicem, vt solebat Gallus Aquilius collega & familiaris Ciceronis, quum de facto consulebatur, eam quæstionem remittere ad Ciceronem. At non tamen ideo minus quandoque Iurisconsulti respondent de quæstione facti, sed veluti in re facti, id est, satis dubie. Iurisconsulti, inquam, respondent de facto, veluti in re facti, id est, in dubio. Et ita de quæstione proposita ait Paulus, in re facti se putare & præsumere, quod Basilica addunt, κατὰ πρόληψιν, auiam de re nepotis ea impendia fecisse recipiendi animo, & spe, maxime (nam & hoc proponebatur) quod auia ea impendia retulerat in rationem impensarum pro nepote factarum. Non retulisset in rationem, si ea donare voluisset, non repetere, aut reputare. Et ideò possunt reputari ab heredibus eius, heredibus nepotis agentibus negotiorum gestorum. Et postremo improbat Paulus sententiam illorum, qui tentabant alimenta erogata fuisse ex patrimonio vtriusque, nepotis & auiæ, eorumque onus esse partiendum inter heredes nepotis, & here-

des auiæ, quia dubio procul hæc non fuit mens auiæ, vt partim de suo, partim de re nepotis impendia faceret. vnde duxerunt hanc coniecturam? Sed mens auiæ fuit, vt vel omnia de suo impenderet, vel omnia de re nepotis, non etiam vt scinderet impensas. Huius sententiæ nullum argumentum extat. Et ita, quum quis legauit Titio, & duo sunt Titij amici testatoris, quæ homonymia ambiguitatem facit, quid dicemus? quid fiet? Cui dabitur legatum? neutri. quia deficit probatio, quia non apparet, cui testator voluerit dari, *d. l. 3. §. si duobus, de adim. leg. l. duo sunt Titij, de testam. tut.* Et melius est ita constitui, neutri deberi legatum, quam partem dari vni Titio, partem alteri: quia testator scindi legatum noluit, sed vni præstari in solidum, quia cum non appareat cui sit legatum, ad irritum recidit. Et quod dicitur in *l. sed etsi legem §. adeo, de petit. heredit.* eum, qui cum putaret, se ex asse heredem esse, partem dimidiam hereditatis consumpsit, sine dolo malo lautius viuens, residuum integrum non restituere, quod dici posse videtur, sed partem eius dimidiam: id fit, quia bonæ fidei possessor tenetur, in quantum factus est locupletior. Nam locupletior factus non censetur, qui re sua se abuti putans, eam perdidit aut donauit, nisi antidora soluta sint. Non tenebitur ergo ad totum restituendum, quasi id, quod erogauit, ex suo fuerit, & sua pars. Nam & si is, qui heres non erat, totum quidquid apud se fuit, consumpsisset, sine dubio non tenetur, quasi locupletior non factus. Consuluit enim Senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Et similiter is, qui directo substitutus est in secundum casum filio impuberi post decimum quartum annum, quod fit inutiliter post pubertatem, neque filio mortuo post pubertatem vt substitutus admittitur in assem, neque filio viuo admittitur in partem vt coheres, ne quid fiat contra voluntatem testatoris, qui interim filium totum habere voluit, non adiuncto coherede, quod ei dedit testamento, *l. verbis ciuilibus, de vulg. subst.* Eadem ratione substitutus datus vulgari modo heredi instituto, & datus sub conditione hac, si heres institutus non cerneret hereditatem, herede non cernente, sed se pro herede gerente, cum plerisque videretur diuidendam esse hereditatem ex æquo inter substitutum & institutum, Diuus Marcus constituit, substitutum penitus excludi, vt scribit Vlpianus *lib. reg.* & conditionem igitur cernendi impleri, etsi quo alio modo heres institutus hereditatem adquisierit, veluti pro herede gerendo, sicut conditionem, si ille filius illius emancipatus erit, constat impleri, si non emancipatione, sed alio quovis modo sui iuris effectus fuerit, *l. 5. C. de inst. & subst.* Ita reperio, si via per plures fundos extendatur, qui debeant mihi seruitutem, & per vnum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto seruitus amittitur, aut totam amitti seruitutem, aut totam retineri. Ideoque si nullo vsus sum, tota amittitur: si vel vno, tota seruatur: quia per plures fundos itur ad vnum, seruitus vna est, & diuidi non potest, & in parte tota retinetur. Et postremo, quum emptor in fundo sibi vendito & tradito, atque ita translato dominio fundi in emptorem, in eo fundo inuenit thesaurum, totus thesaurus emptori acquiritur, quia inuenit eum in loco suo, in solidum: si inuenisset in alieno, diuideretur inter inuentorem & dominum loci, *§. thesauros, Instit. de rer. diuis.* Quia inuenit in suo post traditionem fundi, non diuiditur inter venditorem & emptorem, sed pertinet ad emptorem in solidum, *l. a tutore, de rei vind.* Et ita apud Philostratum in Apollonio lib. 2. cum eadem quæstio de thesauro inuento ab emptore proposita fuisset Indorum regi respondit, ἀνόητος δ' ἂν ἐγὼ φαινοίμην, εἰ κελεύσαιμι ἄμφω νείμασθαι τὸ χρυσίον, ὅπερ γὰρ ἂν καὶ γραῦς διαιτῴη· *Insipiens*, inquit, *sim, si iusserim thesaurum eos inter se diuidere: hoc enim vel anus iudicabit.* Vt non immerito etiam Accursius dicat hoc loco, esse iudicium rusticorum, vel vt ille, anile iudicium, si lis inter duos ita componatur, vt rem, de qua litigatur, inter se ex æquo partiantur. Et quod obiici posset exemplum legis, *si a sponso, C. de donat. ante nupt.* vbi si a sponso rebus sponsæ donatis, interueniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rei donatæ ad superstitem pertinere, pertinere dimidiam ad defuncti, defunctæve heredes, vt donatio stare pro parte dimidia & resolui pro parte dimidia videatur. Respondeo, in illo casu singulari ita diuidi propter interuentum osculi, quod erat apud Romanos quasi arra concubitus, vt patet vel ex Ouidio, & castitatem sponsæ attingere videtur. Ideoque addidit in eadem lege, quod quando sponsus donauit sponsæ sine osculo & vnus obiit, repetitur omne datum. Quod si sponsa, interueniente vel non interueniente osculo donationis titulo (*quod raro accidit*) fuerit aliquid sponso largita, & ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam siue eius successores donatarum rerum dominium transfertur. Displicet enim veterum sententia, quæ donationes in sponsam, nuptiis quoque non secutis, decreuit valere, *l. cum veterum, C. eod. t.*

Ad l. 17. quod metus causa.

L. 17. Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid peruenerit, consumpserit id, quod peruenit, desinat teneri: an vero sufficit semel peruenisse: & si consumpto eo decesserit, vtrum aduersus heredem eius omnimodo competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil peruenit? Et melius est, omnimodo competere in heredem heredis actionem: sufficit enim semel peruenisse ad proximum heredem: & perpetua actio esse cœpit, alioquin dicendum erit nec ipsum qui consumpsit, quod ad eum peruenit, teneri.

Illud in primis repetendum atque constituendum est ex l. superiore, actionem quod metus causa dari heredi, & in heredem: dari heredi, quia rei, non vindictæ persecutionem continet: nec dicas, quia mixta est actio, tametsi verum sit eam mixtam esse actionem, id est, tam rem, quam pœnam tripli intra annum persequi; sed non ideo, quod sit mixta, heredi competit, quia & pœnales actiones, quæ non sunt mixtæ, id est, quæ solam pœnam persequuntur, heredi competunt, *§. non autem, Instit. de perp. & temp. act.* Idque docui nudiustertius ad legem 15. *de in ius voc.* Sed cur hæc actio heredi datur, vera ratio hæc est, quia rem persequitur, non vt actio iniuriarum, vel actio ex edicto de in ius vocando, vindictam: quia (inquam) rem persequitur, non vindictam, quia rei, non vindictæ persecutionem habet: Nam si vindictæ, non pecuniæ persecutionem haberet, heredi non daretur. Itaque in *l. 14. §. in causa, hoc tit.* cum ait, *heredibus dari actionem quod metus causa, quia & rei persecutionem habet,* ille articulus *Et,* abundat, & tam in *l. 16. §. hæc actio, h. t.* in quo idem ostenditur, quam in *d. §. in causa,* Basilica sine coniunctione vlla, sine vllo adminiculo scribunt, *actionem quod metus causa dari heredibus,* ὡς, ἔχουσαν πραγματικὸν παντοῖον ἐκβιβασμόν, *quod omnino rem persequatur,* non vindictam scilic. In heredem autem eius, qui vim, aut metum intulit, datur duntaxat in id, quod ad eum peruenit, id est, quatenus ex ea re locupletior hereditas ad eum peruenit: quodve dolo malo eius factum est, quo minus perueniret, vt *l. 2. de vi & vi arm. l. 27. tit. seq.* Datur, inquam, in heredem in id duntaxat, quod ad eum peruenit, etsi ea de re actum cum defuncto, vel ob eam rem defunctus condemnatus non fuerit: Nam etsi pœna, vel pœnalis actio reo defuncto ante litem contestatam non transeat in heredem, tamen quod turpiter, vel scelere defuncti quæsitum est, ad compendium heredis pertinere non debet: non debet heres ex alieno scelere, ex defuncti scelere pœnam subire, si ea de re lis cum defuncto contestata non fuerit: non debet etiam heres ex scelere defuncti lucrum facere. Idcirco, quod ad eum ex scelere defuncti peruenerit, ei extorquetur. Et ita lex superior in fine, rescriptum esse ait, puta a Diuo Pio in *l. 1. C. Hermog ex delict. defunct. quemadm. success. conuen.* Ne, inquit Diuus Pius, alieno scelere ditetur

ditetur. Qua ratione etiam vtitur lex *vn. C. ex delict. def. in quant. hered. conuen.* quæ lex proprie pertinet ad actionem quod metus causa, vt indicant illa verba, *Eo defuncto, qui vim, aut concussionem intulit.* Concussio enim est terror & metus. Vis est, quæ metuitur, cuius metus inijcitur. M. Tullius pro Cæcinna: *Quid fugiebant? propter metum: quid metuebant? vim.* Inde vero quæritur, an etiam teneatur heres in id, quod ad eum peruenit, si id consumpserit? Finge, antequam conueniretur ante litem contestatam. Et verius est, vt hoc loco definit Paulus, satis esse, si semel ad eum peruenerit, si vel momento res apud eum fuerit, post aditam hereditatem, *l. cum prætor, de regul. iur.* Nimirum, ad exemplum defuncti, qui vim fecit, & tenetur, etiamsi rem, quam extorsit, statim consumpserit in malam rem, *l. 1. C. eod. tit.* Rursus quæritur, an heredis heres, id est, an heres heredis, qui id, quod ad eum peruenerat ex scelere defuncti, consumpserit, etiam eo iudicio teneatur, cum ad primum heredem res peruenerit, & ab eodem consumpta est, ad secundum autem nihil peruenit vnquam. Et sane verius est, etiam heredem heredis teneri, quia hereditaria obligatio est, qua scilicet primus heres, cui hic secundus heres extitit, obstrictus fuit. Igitur, vt cæteræ obligationes hereditariæ, ita & hæc transfertur in heredem heredis, licet ad eum nihil vnquam peruenerit, quia satis est semel peruenisse ad heredem primum, ad cuius vicem secundus propius accedit. Et addit Paulus hanc actionem, quæ in heredem datur, vel in heredem heredis, in id, quod peruenit ad primum heredem, esse perpetuam, & perpetuam esse cœpisse a persona primi heredis. quæ semel cœpit esse perpetua, non ideo amittitur, quod res apud eum, a quo cœpit, esse desierit: quia non vtique semper exigitur vt res quæ peruenit semel, apud eum permaneat, ne sit in eius potestate, eam consumendo se liberare obligatione contracta semel. Et perpetuam actionem esse ait etiam *l. 19. inf.* Cur sit perpetua, ratio est euidens, quia rem solam persequitur, non pœnam, vt in *l. 3. §. 1. de vi & vi arm. l. itaque, tit. seq.* Actio quod metus causa, quæ rem & pœnam persequitur, intra annum annua actio est, post annum non datur vlla actio mixta: nam post annum rem solam persequitur, ergo est perpetua, *l. 14. §. post annum, hoc tit. & d. l. itaque.* Et hoc est quod voluit Paulus in hac *l. 17.* Cui tamen in eo, quod ait, heredem, ad quem res peruenit, non liberari, si rem consumpserit, refragari videtur lex, *quæ sequitur 18.* quæ ait, *si ipsa res, quæ ad alium peruenit, interijt, non esse locupletiorem factum:* Non loquitur de eo, qui vim aut metum fecit. Nam hic tenetur omnimodo, etiamsi res interierit, *l. 1. C. eod. tit.* non loquitur etiam, (si Accursio credimus) de herede eius, qui metum fecit. Quod si verum est, Paulo hæc lex non refragatur, quia Paulus de herede loquitur: hæc lex, vt vult Accursius, de herede non loquitur, sed de alio possessore bonæ fidei, ad quam res peruenit, quam alius domino metu extorserat. Heredem teneri putat Accursius, etiamsi res interierit, quæ semel ad eum peruenerat: bonæ fidei possessorem non teneri, si res interierit postea, quia non videtur locupletior factus, id est, non videtur ad eum peruenisse res, quæ interiit, quæ non permansit in possessione eius. sicut nec videtur versum in rem patris vel domini, quod non durat versum, *l. 10. §. versum, de in rem verso.* At Accursio longe diuortit iudicium hac in re, ac mihi, quia ad heredem quoque eius, qui metum fecit, arbitror pertinere hæc verba legis 18. *Si ipsa res, quæ ad alium peruenit interijt, &c.* vt scilicet in ea ad alium non sit, ad alium, quam heredem, sed ad alium, quam auctorem delicti, qui metum fecit, qui non liberatur, si res intereat. Ad alium igitur, hoc solo excepto, siue heredem, siue bonæ fidei possessorem: proinde heres eius, vel alius possessor liberatur interitu rei, si modo intereat ante litem contestatam sine dolo malo eius. Et hæc lex 18. vt accipiatur etiam de herede, suadent proximæ, quæ sunt supra & infra leges de herede nominatim scriptæ. Ac sane melius & verius est huius controuersiæ, quæ ad speciem scilicet est contro-

uersia, non ad veritatem, dirimendæ causa, faciendam esse differentiam inter consumere & interire hoc modo: *si heres abutatur, & consumat rem, quæ ad eum peruenit ex scelere defuncti, non liberatur, quia per eum factum est, vt rem non habeat*, & ita Paul. loquitur, id est, si consumpserit, nec dicit, *si interierit res:* Nam si ipsa res interierit, vt Iulianus ait in *l. seq.* Emphasis est in eo quod ait, *ipsa*, id est, si per se naturaliter interierit ante litem contestatam, heres, vel possessor eius liberatur, quoniam, vt in *l. 20. inf.* quantum ad heredem peruenit litis contestatæ tempore spectatur, & eo tempore rem non habuit, quia interierat, neque fecit, quo minus eam haberet, aut quo magis ea res interiret. At subiicit Iulianus in *l.* sequenti, si ea res quæ ad eum peruenit ex scelere defuncti ab herede venditionis genere in pecuniam conuersa sit, vel permutationis genere ante vel post litem contestatam, nihil refert, hoc casu eum non liberari, quia omnimodo videtur ex ea re locupletior factus, quoniam ex ea sibi parauit aliam, vel pecuniam sibi parauit: Qui pretium habet, vel aliam rem, & rem principalem habere videtur, *l. qui pretio, de vsufr.* Qua ratione subiicit Iulianus ex constitutione Diui Antonini, petitione hereditatis teneri non tantum eum, qui rem hereditariam possidet, sed & eum, qui rem hereditariam distraxit, & pretio eius vtitur fruitur, quia pretium existimatur successisse in locum rei hereditariæ: & quodammodo ipsum hereditarium factum esse *l. si ad rem 25. inf. de petit. hered.* Denique non videtur quis rem amisisse si eius pretium, vel si ex permutatione eius, aliam rem in suum patrimonium conuerterit, *l. idem seruandum, de leg. 2. l. pater, de adim. leg.* Et notandum est, quod vbi semel res versa est in pecuniam, vel aliam rem, iam non esse amplius spectandum, quid illa pecunia, vel alia re fiat, aut ea quorsum euadat. Nam etsi postea heres eam deperdat & consumat, tenetur. Et hoc est, quod ait Iulianus, nihil amplius quærendum esse, quis rei exitus sit, quæ scilicet semel res effectum habuit, & exitum aliquem: exitus alium exitum non expectat, nec finis cuiusque rei, vel negotij, alium finem. Neque vllo modo hac in re probanda est distinctio Accursij inter causam lucratiuam, veluti donationem, & non lucratiuam, veluti emptionem, vt scil. si ex re a defuncto metu extorta, aliam heres nanciscatur ex causa lucratiua, teneatur, licet postea eam deperdat: si ex causa non lucratiua, non item. Nam hanc distinctionem damnant prorsus hæc verba Iuliani, *si in pecuniam aliamve rem conuersa sit,* quæ demonstrant rem pro re, aut rem pro pecunia datam. Ergo obuenisse pecuniam, vel aliam rem ex causa non lucratiua, & tamen teneri dicitur heres, licet postea eam rem deperdat, & consumat: Nihil est apertius. Verum tamen est hac in re, quod attigit Accursius, aliquam esse differentiam inter hanc actionem, quod metus causa, & petitionem hereditatis, tametsi hanc actionem hoc loco Iulianus conferat cum petitione hereditatis. Hæc enim inter eas actiones differentia existit, quia in petitione hereditatis, quantum ad bonæ fidei possessorem peruenerit, tempore rei iudicatæ spectatur, quantum scil. eo tempore habuerit *l. si a domino §. pen. de pet. her.* Itaque si res naturaliter interierit post litem contestatam possessor liberatur, quia rei iudicatę tempore rem non habuit, nec fecit, vt rem non haberet. In actione autem quod metus causa, quantum ad heredem peruenerit, aut bone fidei possessorem, tempore litis contestatæ spectatur, non rei iudicatæ, *l. 20. hoc tit.* Et ideo, si res naturaliter interierit post litem contestatam, possessor tenetur, quia eam rem habuit tempore litis contestatæ. Cur tam varie? quæ est ratio differentiæ inter petitionem hereditatis, & actionem quod metus causa? Ratio certissima hæc est, quia petitio hereditatis est bonæ fidei, quod non primus introduxit Iustinianus in *l. vlt. C. de petit hered.* quoniam ante eum, & plerique iuris auctores existimarunt hanc petitionem hereditatis connumerandam esse bonæ fidei iudiciis, cuius rei indicium præbet *l. plane, inf. de petit. hered.* Sed quia de eo erat controuersia inter auctores, *dicta l. vlt.* Iustinianus sustulit

omnem controuersiam, definiens in omnibus petitionem hereditatis esse bonæ fidei, non strictam. Petitio igitur hereditatis est bonæ fidei: actio quod metus causa stricta. Et certa est hæc differentia, ex qua illa, quam proposui, dependet, inter actiones strictas & bonæ fidei, quod in actionibus strictis semper spectetur quacumque de re agatur, tempus litis contestatæ, in actionibus bonæ fidei tempus rei iudicatæ, *l. 3. §. in hac, commod.* quia iudicium, quod est bonæ fidei, omne confertur in arbitrium iudicis in tempus rei iudicatæ, in tempus, quo iudex arbitrabitur, quid sui iudicij sit: in actione stricta, res omnis confertur in formulam, quæ intenditur statim initio litis in id, quod petitur lite contestata. Hæc est ratio differentiæ. Sed apparet hæc ratio non tantum, quum res interiit suo casu, quem iam exposui, sed etiam quum res consumpta est, & deperdita ab ipso bonæ fidei possessore. Nam si pretium ex venditione rei metu extortæ redactum heres consumat, ante vel post litem contestatam, nihil refert, tenetur. At si possessor hereditatis pretium ex venditione redactum consumat ante litem contestatam, non tenetur, si post litem contestatam tenetur, quia dolo aut culpa consumpsit. Denique hac in re multum interest, vtrum res consumatur ab herede vel possessore bonæ fidei, & deperdatur, quod idem est, an ipsa intereat, multum, inquam, interest, depereat, an deperdatur.

Ad leg. Minor 32. De minoribus.

L. 32. Minor viginti quinque annis, adito præside, ex aspectu corporis falso probauit perfectam ætatem. Curatores cum intellexissent esse minorem, perseuerarunt in administratione: medio tempore, post probatam ætatem, ante impletum vicesimum quintum annum, soluta sunt adolescenti pecuniæ debitæ, easque male consumpsit. Quæro, cuius sit periculum: & quid si curatores quoque in eodem errore perseuerassent, vt putarent maiorem esse, & abstinuissent se ab administratione, curationem etiam restituissent: an periculum temporis, quod post probatam ætatem cessit, ad eos pertineat? Respondi: Hi, qui debita ex soluerunt, liberati iure ipso, non debent iterum conueniri. Plane curatores, qui scientes eum minorem esse perseuerauerunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas: & debebunt hoc nomine conueniri. Quod si & ipsi decreto præsidis crediderunt, & administrare cessauerunt, vel etiam rationem reddiderunt: similes sunt cæteris debitoribus, ideoque non conueniuntur.

IN hac l. 32. hæc proponitur species. Minor 25. annis, vt pecuniam sibi debitam a debitoribus propriis, vel a debitoribus paternis reciperet, non adhibita auctoritate curatoris, eaque abuteretur, vt vellet, insciis curatoribus, ex aspectu corporis vt lex ait, id est, ratione capta ex oculis, διὰ τῆς σώματος, κατὰ τὸ σῶμα, falso præsidi prouinciæ probauit & persuasit, se eam ætatem excessisse. Præses causa cognita, adhibitis nimirum iis, qui contradicebant, & interposito decreto pronuntiauit, eum maiorem videri quam 25. annorum natu. Causæ cognitione opus est, nec de plano, aut per libellum ea res expediri potest, quia per eam probationem præiudicium fit aliis causis restitutionis in integrum. Disceptatio igitur huiusce rei est magni momenti. Ergo non de plano est expedienda, sed de tribunali causa cognita. per probationem ætatis maioris præiudicatur aliis causis restitutionis in integrum, *l. de ætate, inf. hoc tit. l. cum de ætate, inf. de probat.* Neque enim maiores solent in integrum restitui in his, quæ omiserunt vel amiserunt, ergo nec qui maiores pronuntiati sunt, quia res iudicata pro veritate habetur. At quid fiet, si is minor imposuerit præsidi, si sciens falso probauit perfectam & legitimam ætatem, qui tamen erat minor quam 25. annorum natus, & ideo curatores eius hoc non ignorantes perseuerarunt in eodem officio, in eadem administratione, quia certo sciebant, eum non esse maiorem. Debitores autem ei iam maiori pronuntiato pecuniam debitam soluerunt, quam is mox perdidit aut consumpsit male. Quæritur, ad quem eius pecuniæ periculum pertineat, id est, vtrum ea pecunia perierit debitoribus, qui eam soluerunt: vt denuo quasi non liberati soluere cogantur, minori aduersus solutionem sibi factam data restitutione in integrum? An vero ea pecunia pereat minori, an curatoribus eius? Hæc est quæstio legis. Ac primum quidem non est æquum, vt eius pecuniæ periculum pertineat ad debitores, quia recte soluerunt maiori pronuntiato, & ipso iure liberati sunt. Nec possunt iterum conueniri, nec potest aduersus eos minori dari restitutio in integrum, qui sciens falso probauit perfectam ætatem. In huiusmodi casibus recte comparantur fœminæ cuiuscumque ætatis, masculis ætate minoribus: Nam & fœminis & minoribus in iis, quę omiserunt vel ignorarunt, succurritur, *l. vlt. C. de iur. & fact. ignor. l. pen. C. de in integr. restit.* quæ lex habet locum tantum in minoribus: sed in Cod. Theodosiano hoc plus est, & mulieribus, inquit, & minoribus in iis, quæ ignorarunt vel omiserunt succurritur data restitutione in integrum. Sed vt mulieribus data restitutione succurritur deceptis, non decipientibus, *l. 2. C. & ff. ad Senatusc. Vellei.* Ita dicitur minoribus succurri deceptis, non decipientibus, *l. 1. C. Gregoriano, si mai. fuer. pro l. 1. & 2. C. si min. se mai. dix.* Ergo fœminarum & minorum lubricum siue infirmitatem, non calliditatem auxilium mereri. Et recte *l. 3. C. eod. tit.* non restitui in integrum minorem, qui alterius circumscribendi gratia probauit ex aspectu, se esse maiorem, quia malitia, inquit, supplet ætatem quamcumque. Nam & impuberes qui quid dolo malo fecerint, coercentur 12. tab. & aliis legibus iudiciorum publicorum & priuatorum, adeo vt nonnunquam impuberes in insulam deportentur, *§. item finitur, Instit. quibus mod. tut. finia.* malitia dolus est, Plauto, malitia mala, vt dolus malus. Quod verbum est ex 12. tabul. auctore Donato. Proprie tamen malitia, est habitus: dolus actus, sed aliud pro alio nomen vsurpatur sæpe. Verum, vt malitia dicitur supplere ætatem, sic & prudentia, vt quum postulatur venia ætatis eo prætextu, quod prudentia suppleat ætatem, *l. 2. C. de iis qui ven. æt. impetr.* vel quum matrimonium contrahitur cum minore 12. annis, quod quandoque iure fit, si puellæ prudentia suppleat ætatem, *cap. vlt. ext. de despon. impub.* Alias vero, si in probanda ætate dolus non interuenerit minoris, qui maior pronuntiatus est: si in ea re non ipse deceperit alium, sed ipse deceptus sit, male consumpta pecunia, quæ ei soluta est, non denegabitur ei restitutio in integrum aduersus debitores, qui soluerunt. Hoc est certissimum, & constat ex *l. 1. §. vlt. C. si min. se mai. dix.* Et ita est accipienda lex *de tutela, C. de in integr. restit.* vt si puella decepta, vt ait etiam *d. l. 1.* falso probauerit maiorem ætatem, tutore sciente, eam non esse maiorem: ac deinde rationibus redditis tutorem, eundemque auunculum puella acceptilatione liberarit ab obligatione tutelæ, liberarit (inquam) eum, quem non fuisse ignarum ętatis puellæ, tam officium tutelæ, quam sanguinis proximitas arguebat, vt ait *d. l. de tutela.* duplex præsumptio concurrebat, quia tutor præsumitur scire ætatem pupilli sui & quia auunculus præsumitur scire ætatem filiæ sororis: sanguine coniunctus præsumitur scire ætatem eius, qui eum cognatione contingit, sicut statum capitis eius scire præsumitur, *l. si filium, C. de lib. cau.* & aduersam valetudinem, *l. pen. in fi. vnde cogn.* Et ex hac causa *d. l. de tut.* ait, quia fuit decepta puella ab eo, qui non ignorabat eam esse minorē, puellam restituendam esse in integrum aduersus auunculum, vel heredes eius, vt tutelæ obligatio redintegretur, quia inconsulto, cum adhuc esset minor, liberauit auunculum. Et ita est explicanda *d. l. de tut.* In specie autem huius legis dolus minoris interuenit, qui hoc agebat, vt pecuniam a debitoribus exprimeret, & ideo non restituitur in integrum aduersus debitores. Sed si curatores, qui non ignorabant, eum esse minorem, qui sciebant eum falso probauisse, maiorem ætatem, in eadem administratione perseuerantes patiantur eum pecuniam solutam accipere, hoc nomine culpantur,

pantur, & tenentur minori vtili actione negotiorum gestorum, quod, vt officij sui ratio exigebat, non absterruerint minorem a probatione falsa ætatis, ab accipiendis pecuniis debitorum, quod non denuntiauerunt debitoribus, ne soluerent mox perdituro, quod non huiusce rei commonefecerint præsidem, ne temere pronuntiaret de adolescentis ætate, quem ipsi sciebant adhuc esse minorem. Hoc igitur casu culpę nomine pecuniæ amissæ periculum respicit curatores. Quod si curatores eodem errore, quo præses, capti fuerint, & crediderint eum esse maiorem, atque adeo ab administratione cessarint, quasi finito officio forte & curationis rationem reddiderint, nihil iis imputari potest. Et ideo neminem habet minor, de quo quæri possit in hoc casu, nisi seipsum: ac proinde totius pecuniæ periculum ad eum redit. Modo igitur (& hæc est summa huius quæstionis) periculum ad debitores pertinet, minore restituto in integrum aduersus solutionem sibi factam sine curatoribus, si non ipsius dolo factum sit, vt maior pronuntiaretur: modo pertinet ad curatores, si sciëtes eum esse minorem, perseuerauerint in administratione, nec prohibuerint pecuniam accipere, vel ei solui; & modo ad minorem ipsum, si dolo fecerit vt major probaretur, & curatores credentes eum esse maiorem, abstinuerint ab administratione.

Ad leg. 21. De compensat.

Lex 21. Posteaquam placuit inter omnes, id quod inuicem debetur, ipso iure compensari: si procurator absentis conueniatur: non debebit de rato cauere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Sciendum est hodie atque etiam olim semper, ita ius fuisse & esse, vt in bonę fidei iudiciis compensatio vice mutua debitę pecunię fiat ipso iure, etiam non opposita exceptione doli mali, *l. si ambo, hoc tit.* non est necesse eam opponi, quia inest vi & potestate bonę fidei iudiciis, *l. huiusmodi §. qui seruum, de leg. 1. l. sed etsi ideo, in fine, sol. matrim.* Itaque si initio mihi debueris centum ex contractu bonę fidei, puta ex causa societatis, vel mandati, ego autem tibi 60. debere cœpero, ipso iure non debes mihi nisi 40. & plus peto si abs te peto 100. Paulus 2. Sentent. *si pecuniam*, inquit, *tibi debeam, & tu mihi, & totum petas, plus petendo causa cadis.* Idem Paul. 4. *h. t.* interueniente ratione compensationis, eum, qui totum petit, (quia compensatio minuit debitum ipso iure) male petere, nimirum quia incidit in periculum plus petitionis, sicut qui ante diem petit, male petit, quia tempore plus petit. Ille summa plus petit, hic tempore, *l. 1. § vlt. quan. dies vsusfr. leg. ced.* male petit, perperam petit, *l. 2. §. qui ita, de eo quod certo loco*, non recte, *l. existimo, de verb. obligat.* Et ideo eius pecunię, cuius petitionem tacita ratio compensationis excludit, vsurę non currunt, *l. 7. C. de solut.* Et si per errorem ea pecunia soluatur, indebiti condictio competit, *d. l. si ambo, hoc tit.* Et hæc de bonę fidei iudiciis. In strictis iudiciis compensatio nec fiebat ipso iure, nec per exceptionem doli mali, sicut hodie vsu receptum est, vt nullis in iudiciis compensatio indicatur sine speciali rescripto principis. Sed tractemus de iure ciuili populi Romani. In strictis igitur iudiciis olim compensatio non fiebat, nec ipso iure, nec per exceptionem doli mali. Postea cœpit etiam in strictis compensatio fieri opposita exceptione doli mali ex constitutione diui Marci §. *in bonæ fidei, Inst. de action. l. 78. de hered. inst. l. 22. ad leg. Falcid.* Et ad extremum placuit inter omnes Iurisconsult. vt ait Paulus hoc loco. ad extremum eo decursum est communi consensu Iurisconsultorum, non tantum in bonæ fidei iudiciis, sed etiam in strictis, in omnibus denique iudiciis compensationem fieri ipso iure, ipsa æquitate, vt Papinianus ait, merum ius compensationis inducente, *l. inter omnes, de adm. tutor.* Merum ius & ipsum ius idem est. Et quod idem Papinianus ait in *l. vnum ex familia § sed si vno, de leg. 2.* compensationem fieri ratione doli exceptionis, non hoc est, ratione oppositæ doli exceptionis, quia allegatio eius non est necessaria, sed ratione doli exceptionis, quæ inest hodie potestate iudicij cuiusque. Et hæc sententia Iurisconsultorum comprobata est etiam ab Imperatore Alex. Seuero in *l. cum alter, hoc tit. l. 4. & 5. C. eod.* & euidentius Iustinia. in *l. vlt. C. eod.* Rata igitur sit hæc sententia: in omnibus iudiciis hodie compensationem fieri. Ex ea sententia Paulus colligit hoc loco, procuratorem actione creditæ pecunię, finge, conuentum nomine absentis, si velit compensare quod vicissim actor domino suo debet, non debere cauere ratam compensationem dominum habiturum, non debere cauere de rato, ὅτι τῷ συμψήφισμα, vt Basilica addunt, quia ipse procurator nihil compensat, sed merum ius: & mero iure ab initio minus ab eo petitur, quia quod plus petitur, male petitur, & ipso iure indebitum est.

Ad l. 56. De ædil. edic.

Latinus Largus: Quæro, an fideiussori emptionis redhiberi mancipium possit? Respondi: Si in vniuersam causam fideiussor sit acceptus: putat Marcellus, posse ei fideiussori redhiberi.

IN hac lege quæritur, an fideiussori emptionis redhiberi mancipium possit? Fideiussor emptionis est is, quem a venditore emptor accepit, de quo est etiam lex 3. *sup. de rescind. vend. & l. Stichum §. vlti. de solut. & l. non idcirco. C. de contr. empt.* in eo fideiussore non est dubium hoc iure, quod obtinuit semper ante Nouellam Iustiniani *de fideiussor.* quin possit emptor cum eo experiri omisso reo principali, id est, venditore. Electionis enim potestas permittitur ei, qui agere volet, *l. 3. & 5. C. de fideiuss.* vt scilicet emptor, vel venditore electo, vel fideiussore emptionis, ad suum commodum perueniat. At quæritur, *an emptor, qui accepit fideiussorem emptionis, eum possit eligere, etiam si velit agere actione redhibitoria, ob serui videlicet, quem emit, morbum vitiumve latens, quod ignorabat emptionis tempore, vt resoluatur emptio venditio, in integrum restitutis omnibus, perinde atque si nec emptio, nec venditio intercessisset?* Hoc enim agitur actione redhibitoria, *l. facta, hoc tit.* Quæstio igitur est, an emptor si locus sit redhibitioni & velit redhibere seruum, quem emit, possit eligere fideiussorem emptionis, eumque conuenire actione redhibitoria, & ei mancipium redhibere? Hac de re consultus fuit Paulus a Latino Largo iudice quodam. Quæstiones Pauli sunt responsa ad quæstiones iudicum. Responsa autem Pauli sunt responsa ad quæstiones priuatorum vel iuris studiosorum. Et ita in specie *l. Latinus, de leg. 2.* consulitur Paulus ab eodem iudice Latino Largo, & in specie *l. vlt. qui sine manum. ad libert. peru.* Vbi post hæc, Latinus Largus, punctum addere, nec legere ductim oportet. Quæstioni autem propositæ ita respondit Paulus, si fideiussor emptionis cauerit tantum de re tradenda, quæ veniit, vel si cauerit tantum de euictione, sane non potest conueniri actione redhibitoria; sed si interuenerit in omnem causam emptionis, veluti seruum tradi, & seruo euicto duplam recte præstari, & sanum esse seruum, & furtis noxisque solutum, fugitiuum non esse, erronem non esse: vel generaliter, si emptor a fideiussore emptionis, quem venditor dedit, ita stipulatus sit, *indemnem me omni damno præstabis?* ex Marcelli sententia Paulus scribit hoc casu, fideiussorem posse conueniri actione redhibitoria, & seruum ei redhiberi posse; si sit acceptus, inquit, fideiussor in vniuersam causam emptionis: in vniuersam emptionem, sicut in vniuersam condictionem, *l. 2. § vlt. de admin. rer. ad ciuit. pert.*

Ad leg. 18. Ad municipalem.

Diuus Seuerus rescripsit, interualla temporum incontinuandis oneribus inuitis, non etiam volentibus concessa, dum ne quis continuet honorem.

Sciendum est, finito & deposito honore aliquo, vel munere publico, constitutionibus finita esse certa interualla temporum, quibus vacatio & velut respiratio

quædam datur ab honoribus & oneribus publicis (*neque enim honores sunt continuandi, ne in tyrannidem tandem exeat aucta firmataque diuturnitate temporis potestas, & libertas publica minuatur.*) Ea sunt tempora quinquennij ab honoribus ad honores eosdem: vel ab oneribus ad onera eadem: triennij vero ab honoribus vel honores alios, vel a muneribus ad munera alia; & specialiter biennij, a munere legationis expleto ad aliud munus. Quod ostenditur in *l.* 2. *C. de muner. & honor.non continuand. lib.* 10. *& l.* 3. *C.de legation. eod. lib. & l.* 7. *&* 8. *&* 13. *inf. de legation.* Excipitur tantum ab hac præscriptione temporum siue interuallorum honor decurionatus, a quo nunc primum adepto vacatio nulla datur ad alios honores, *l.* 5. *inf. de vac. mun.* Imo proprium decurionum, qui sunt minores senatores curiæ cuiusque ciuitatis, quæ habeat curiam & ordinem: proprium, inquam, decurionum hoc est, vt ipsi soli non plebeij homines obeant honores & munera reipublicæ. Verum quem præter decurionatum hoc anno, verbi gratia, honorem gerunt, postquam eum deposuerunt, non repetunt ante quinquennium, vel nouum honorem non suscipiunt ante triennium. Hæc est præscriptio temporum, quæ hoc loco concessa esse dicitur in continuandis oneribus, vt Florentini scriptum habent, vt vulgares, vt Basilica, in continuandis honoribus. Et in vtrisque verum est, supradictam præscriptionem temporum esse concessam, *l. prox.* §. *præscriptio, sup.* Coniungatur ergo vtraque lectio, & dicamus: in continuandis honoribus vel oneribus. Notat autem Paulus ex rescripto Seueri, eam præscriptionem siue intercapedinem temporum esse concessam inuitis, ne scilicet intra ea tempora honores eosdem, vel alios, vel munera publica eadem vel alia obire cogantur inuiti: volentes sua sponte posse non vti ea præscriptione temporum, ea immunitate certi temporis, vnumquemque posse de suo commodo detrahere, & non vti eo, quod lex ei, vel constitutio sua causa dedit, præsertim cum inde reipublicæ nihil possit esse incommodi: Volentes, inquam, non vti ea præscriptione temporis, non vti ea requie & ea vacatione, dummodo, inquit, non continuent honorem eundem, nullo scilicet interuallo intermisso, nisi in ciuitate sit penuria hominum *l. honor* §. *pen. & vlt. inf. de muner. & honor.* Atque adeo is magistratus quinquennio durat, neque absque venia principis deponi potest *l.* 4. *& l. vlt. de decr. ciuitat.* quod nec in eadem familia permittitur inter patrem & filium: nam quem honorem hoc anno gessit pater, filius non potest gerere sequenti anno, quoniam ab eodem continuari videretur, propterea quod pater & filius pro vno habentur, & hoc ostenditur de patre & filio, in *l.* 1. *C. de muner. & honor. non continuand. lib.* 10. Igitur post gestum honorem aliquem, vel anni spatium intermittere debent, qui volunt eundem honorem iterare. Inuiti autem eundem honorem non repetunt, vel iterant ante quinquennium: nec suscipiunt nouum ante triennium: vel postquam legatione perfuncti sunt, ante biennium.

Ad leg. vlt. de decur.

De decurione damnato non debere quæstionem haberi, Diuus Pius rescripsit. Vnde etiamsi desierit decurio esse, deinde damnetur: non esse torquendum, in memoriam prioris dignitatis placet.

NEmo est, qui nesciat decurionibus, qui sunt senatores municipales, hoc datum esse priuilegium: primum, ne subiiciantur pœnis plebeiorum, ne fustibus cædantur, si quid deliquerint, ne damnentur in metallum, sed mitius coerceantur: data decurionibus esse priuilegia in pœnis, immo & in quæstionibus siue tormentis. Nam qui rei postulati sunt, tormentis subiici non possunt, nec ante damnationem, nec post: excepto casu legis 21. *C. ad leg. Corn. de falsf.* si is decurio dicatur ante decurionatum falsum instrumentum scripsisse, cum esset tabellio, & res exigat per eum ipsum probari fidem instrumenti: hoc casu excepto, decurio, qui criminis reus postulatur, torqueri non potest, nec ante damnationem, nec post damnationem. Dubitari poterat, an saltem post damnationem, forte vt interrogetur de sociis, vt prodat sceleris participes, & facti conscios per tormenta prodat, vt fit plerunq; *l.* 1. *C. de falsf. monet.* Ac certum est, nec post damnationem decurionem torqueri posse, imo nec si decurio esse desierit, si ordine motus fuerit, si eo honore regradatus fuerit, deinde damnetur. Non est, inquit, torquendus in memoriam prioris dignitatis, qua exutus est. Hoc datur memoriæ prioris dignitatis, *l. vlt. D. de decurion.* Sicut in memoriam prioris domini, placet seruum venditum & traditum non torqueri in caput venditoris, in memoriam prioris domini, *l. vnius* §. *seruus, inf. de quæst.* nec post redhibitionem in caput emptoris, *l.* 11. *etiamsi, eod. tit.* Nec obstat huic rei quicquam *l.* 1. §. *item.* Mummio (inuenies idem nomen apud Plutarch. in Pompeio, deprauatum tamen in Memmium, cum in Græco sit, Μυμμίου) *eod. tit.* quæ damnatos, seruos ait posse in eum torqueri, subdita hac ratione, quia desierunt esse ipsius: nam vt me alias memini dicere, ea ratio non est accipienda generaliter, sed suo constringenda casu, hoc modo, quia ij desierunt esse ipsius propter scelus, & turpitudinem ipsius, deportato eo, vel damnato in metallum, bonis omnibus publicatis, vt plane egerit se indignum, cuius memoria coleretur, arg. leg. *vlt. C. qui & adu. quos in integ. rest. non poss.* In memoriam quoque prioris matrimonij non agitur furti aduersus eam, quæ vxor fuit nec condictione furtiua, si quid marito surripuerit diuortij causa, vel si furi opem tulerit, sed agitur tantum honestiori iudicio, id est, rerum amotarum, non rerum subreptarum: Nam in eo verbo est *turpitudo vel atrocitas*: lenitate verbi tristitiam rei mitigante. Quod ita procedit, si post diuortium non pergat mulier eandem rem contrectare: Nam ex contrectatione noua, ex furto admisso post diuortium, & furti tenetur, & condictione furtiua, *l.* 2. *&* 3. *rer. amotar. l. vlt. C. de furt.* non ex furto facto ante diuortium in memoriam prioris matrimonij, prioris vitæ & societatis, *l. si rerum, de re iudic.* Ex furto igitur facto manente matrimonio, ex furto quod vetustius est diuortio, & sic etiam ex causa, quæ fit venditione vetustior, seruus venditus non in caput venditoris torquetur: & ex causa, quæ fit vetustior redhibitione, seruus redhibetur, non torquetur in caput emptoris. Ac similiter ex causa, quæ fit vetustior amissione decurionatus, is, qui decurio esse desiit, non torquetur ex causa recenti, ex causa secuta post amissam dignitatem proculdubio torqueri potest. Et ita accipienda, *l.* 2. *C. de tabul. lib.* 10. Ita quoque est accipienda hæc lex vltima.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum II. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 46. De iudiciis.

Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere cœperit: quia recte ab initio iudex addictus est. Sed iudicandi necessitatem morbus sonticus remittit. Ergo mutari debet.

HVius legis verba hæc sunt: *Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere cœperit, &c.* Igitur iudex datus qui furere cœperit, non desinit esse iudex. furor superueniens prætori, vel præsidi prouinciæ, ei non abrogat magistratum, quoniam mens ei redire potest, *l. nec mandante* §. 1. *de tut. & cur. datis.* Furor quoque superueniens iudici dato, vel delega-

to, non abrogat iudicis officium, siue, vt Apuleij verbo vtar, *iuridicinam*: quia, vt ait Paulus, recte ab initio iudex addictus est, *Addictus* & *datus* idem est. Itemque addicere vel dare iudicium vel arbitrium idem est. Trebatius Iurisconsultus apud Macrob. *Nundinis magistratum posse seruos manumittere, & iudicia addicere*, sic veteres. dare iudicia, dare iudicem, dare actiones, & in duodecim tabulis, *præsente ambobus litem addicere*, id est, præsente vtraque parte. Quod etiam exigit *l. de vnoquoque, inf. de re iudic. præsente vtraque parte litem dare secundum eum, cuius causa melior & superior esse videtur.* Sic autem exaudienda est hæc Pauli ratio, quia recte ab initio iudex addictus est, etiam si ab initio, id est, eo tempore, quo addicebatur, furore correptus fuerit. Non igitur vt furiosus matrimonium retinere, non contrahere potest (*nam furor superueniens non potest facere, quo minus filij ex legitimo matrimonio nati ante vel post dicantur esse in potestate patris.*) Ita & furiosus iudex creari non potest. Nam reuera is, qui dilucida habet interualla, iudex dari potest, quia interposito tempore, vbi ad se redierit, iudicare & sententiam dicere potest *l. cum furiosus, sup. hoc tit.* Ergo Paulus loquitur, vt & *d. l. cum furiosus*, de furore interuallato & alternato requie interiecti temporis, quem plerunque hominibus euenire solere ait, *l. diuus, de offic. præs.* Non loquitur Paulus de furore perpetuo aut continuo. At si is, qui furore correptus est eo tempore, quo iudex addicitur, siue datur, nihilominus recte datur, recte addicitur, consequens est, quod post addictionem, si quis in idem furoris genus inciderit, non ideo minus eum in eodem officio perseuerare, volentem scilicet non etiam inuitum; quam in rem hæc lex singularis est. Regulariter inuiti iudices dantur: iudicandi necessitas personale & publicum munus est, quod inuitis defertur, *l. vlt. §. iudicandi, de muner. & hon. l. pen. §. qui autem, de vacat. muner.* Sed si in furorem inciderit, vel si eo quandoque afficiatur, se excusare potest, vt nec interuallis, quibus sensu saniore est, dilucidis interuallis, vt loquitur *lex furiosum, C. qui testam. fac. possess.* iudicare cogatur, quia, inquit, iudicandi necessitatem morbus sonticus remittit ex l. 12. tab. *Iudicandi necessitatem*; quia regulariter inuitus iudicare iubetur: sed ei morbus sonticus hanc necessitatem remittit. Et *morbus sonticus est*, etiam si non sit iugis, sed interuallatus, vt furor interuallatus, morbus sonticus est, tertiana vel quartana recens morbus est sonticus, *l. quæsitum, de re iud.* Et similiter comitialis, & maior morbus quem veluti per eminentiam Plin. vocat morbum sonticum, dium ait Gagatem lapidem deprehendere sonticum morbum, ex Dioscoride, qui eum lapidem ait esse elenchum eorum, qui epilepsia laborant. Et similiter glossæ Philoxeni eum morbum *sonticum* interpretantur, ἱερὰν νόσον, (sic enim Græci *morbum comitialem* appellant κατ' εὐφημισμόν, vt Callimachus ait, κνυζούμενοι δ' ἱερὴν εὐφημίζομεν, apud interpretem Apollonij. Ergo iusta excusatio est iudicis dati, si ob hęc genera morborum iudicandi necessitate solui velit, quia neque iis diebus, quibus morbo vacat, sanus esse intelligitur, *l. qui tertiana, de ædil. edic.* Ergo mutari potest, si hoc ipse desideret, vt in *l. si longius, hoc tit.* Neque hæc repugnant, recte iudicem dari, iudicemque manere, & volentem tantum se eo munere abstinere, atque mutari: Aliud enim est solui necessitate iudicandi, aliud iudicium solui, siue iudicem esse desinere. Plinius 10. epist. de Archippo Philosopho: *Fuerunt*, inquit, *qui dicerent non modo liberandum iudicandi necessitate, sed omnino tollendum de iudicum numero.* Iudex datus de quo agitur, qui furere cœpit, si velit, dum eo morbo vacat, iudicare potest, & retro si velit, liberari potest iudicandi necessitate sumpto alio iudice, necessario sumendus est alius iudex, quia ex 12. tabul. morbus sonticus iudicis iudicium diffindit, diem iudicij diffindit & differt, non etiam abrogat iudicandi facultatem, *l. 2. §. si quis iudicio, sup. si quis caution.* Ex ea l. duodecim tab. restat pars quædam, quæ fuit subiecta enumerationi causarum, propter quas iudicium differtur, non soluitur: veluti propter funus familiare, feriasque denicales, vel propter officium, quod sine piaculo prætetire non licet, vel propter sacrificium anniuersarium, vel propter morbum sonticum litigatoris, aut iudicis. Et concepta ea pars est his verbis: *Si quid horum fuat vitium iudici arbitrove, reove, id est, litigatori, dies diffisus esto.* Vitium lex accipit pro *obstrigilatione*, siue *obstaculo*, vt alio loco, *si morbus æuitasve, vitium escit.* Nec male glossis τὸ αἴτιος, id est, impedimentum, quo nomine & verecundior pars in Aristophane, quę & a Theodoro Prisciano medico antiquissimo appellatur *impedimentum.* Ex illis autem verbis, *iudici, arbitrove*, vt hoc obiter dicam, patet, diuisionem illam actionum in strictas & bonæ fidei esse ex 12. tab. nam iudex est, qui addicitur iudicio stricto: arbiter qui addicitur bonæ fidei iudicio. Et hæc de sententia huius l. satis essent, nisi insuper discutienda esset interpretatio Basilicωn, quæ aliter se habet, quam mea. Nam morbum sonticum accipiunt pro morbo perpetuo, nimirum expressa huius leg. sententia hoc modo: μανία ἐπιγινομένη οὐ παύει τὸν δικαστήν. διὰ δὲ τὴν διηνεκῆ νόσον ἐναλλάσσεται: *furor superueniens*, inquiunt, *non facit, vt desinat esse iudex: at propter morbum perpetuum mutatur.* Et ad hanc interpretationem multum facit *l. vlt. §. 1. de ædil. edic.* in qua ex Cassio refertur, morbum sonticum esse, qui perpetuus sit. Quod sane ita est: Nam si temporarius est sonticus, & perpetuus multo magis. Sed non in eo consistit, imo pergit vlterius, & negat, eum esse morbum sonticum, qui tempore finiatur, qui temporarius sit. Verum eo nihil moueor. Et iterum dico, morbum sonticum esse hoc loco furorem interuallatum, ac similiter tertianam, ac quartanam, & podagram, & comitialem morbum esse sonticum, licet perpetuo non noceat. Quod autem ex Cassio proponitur in *d. l. vlt. §. 1.* videamus vti accipiendum sit. Respicit procul dubio, vt titulus indicat, ex Cassij sententia ad edictum ædilitium, ex quo mancipij venditi redhibitio est ob morbum vel vitium, quod latebat venditionis tempore. At in eo edicto morbi fit mentio simpliciter, non sontici morbi. Vnde quæritur, cur ædiles maluerint morbum dicere simpliciter, quam sonticum morbum, quod quæri etiam potest de illa l. 12. tabul. *si morbus æuitasve vitium escit.* an vero maluerint ædiles aut decemviri simplici morbi appellatione vti sine alio adiuncto, quia latior est morbi appellatio, quam morbi sontici. Hanc rationem probasse Cassius videtur. Morbus sonticus, vt Cassius sentit, dicitur is tantum, qui incidit in hominem, postquam is natus est, *d. l. vlt. §. 1.* in ædilitio edicto morbus per se dicitur etiam, qui homini innatus est, vt si quis cæcus natus sit, vel surdus, *l. 1. §. sed sciendum, eod. tit.* Item morbus sonticus ex Cassij sententia, cuius partem retulit Iabolenus, in *l. morbus, de verb. signif.* quæ est ex Iaboleni 14. ex Cassij, inquam, sententia, morbus sonticus is est, qui perpetuus, non temporalis. At in ædilitio edicto morbus simpliciter dicitur etiam is, qui temporarius est, quoniam & ob temporarium morbum redhibitioni locus est, in *l. 6. eod. tit.* Verum hæc postrema sententia Cassij nullum præter Cassium auctorem habet. Aliis etiam eiusdem scholæ Iurisconsultis vt Iuliano in *l. quæsitum, de re indic.* placet, morbum quoque sonticum esse, qui tempore finitur, vt febrem duram & acrem, quæ a veteribus *querquera* dicitur, vel quercera, quæ est frigida cum tremore, φρικώδης. Lucilius: *Iactans me vt febris querquera.* Idem:

Querquera consequitur febris capitisque dolores.

Omnem denique morbum vehementiorem vim grauiter nocendi habentem, vt Sextus Cæcilius I. C. definit apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* Ac præterea in edicto ædiles per se morbum dicere, quam morbum sonticum, non ideo solum maluerunt, quod latior & generalior sit morbi appellatio, quia nec generaliter ea appellatione comprehendi voluerunt omnem morbum, non leuem morbum, puta febriculam, aut modicum vlcus, aut dentis vel auriculæ dolorem, aut leuem lippitudinem. Hi morbi causam redhibitioni non præstant, *l. 1. §. proinde, & l. 4. vlt. §. eod. tit.* Sed ideo in ædilitio edicto de morbo generaliter scriptum est, non de morbo sontico, quia vt eleganter Pomponius

ait in *l*. 4. §. *pen*. quod maxime notandum est, in eo edicto nihil vlla de re agitur, cur is ipse morbus obstet. Et morbus sonticus ex his est, quæ ad aliquid referuntur, puta qui nocet alicui rei gerendæ, v. c. liti agendæ, negotio peragendo, iudicio faciundo: qui diem iudicij diffindit, qui comitia dirimit. In Basilicis νόσος ὀλεθρία, morbus noxius siue nociuus, id est, qui nocet alicui. Nouius Gallinaria: *Senium sonticum*, quod agendis negotiis obstet. Et Cælius Aurelianus medicus lib. 1. sonticam, vel sontiuam etiam sani iracundi habent, id est, nocentem cum pernicie sua. In ædilitio igitur edicto agitur tantum de sanitate corporis, quod væniit, aut morbo vitiove eius, non habita ratione ad aliud. Itaque nihil attinebat in ædilitio edicto morbum sonticum nominare. quæ ratio est euidentissima.

Ad leg. 17. De inoffic. test.

L. 17. *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam mouere volunt. Vnde si de inofficioso testamento patris, alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, & ideo vniuersam hereditatem non recte vindicasset: hic si obtinuerit, vteretur rei iudicatæ auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.*

1. §. *Cum contra testamentum vt inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente, secundum præsentem iudicatum sit. Hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: & ideo libertates competunt, & legata petuntur.*

HÆc lex duas habet quæstiones. Quantum ad priorem attinet, sciendum est, querelam inofficiosi testamenti, siue petitionem hereditatis ex causa inofficiosi testamenti, quæ & *actio*, & *accusatio* dicitur, quia impietatis accusat patremfamil. qui testamentum fecit: hanc (inquam) actionem dari liberis exheredatis testamento patris vel matris, dicentibus & probantibus se immerito & contra officium pietatis exheredatos: & hac actione agitur apud centumviros, *l. vlt. C. de lib. præt.* vt & hæc verba huius legis demonstrant, *quasi centumviri, &c.* Quo fit, vt apud Quintilian. 7. *cap.* 5. illo loco, *quæ in scholis abdicatorum: hæc in foro exheredatorum a parentibus, & bona apud Consules repetentium ratio est*: vt putem esse legendum *apud centumviros*, non *apud Consules*: vel eo maxime, quod subiiciat postea de filio exheredato sub hoc elogio, *quod meretricem amauerit*, quæstionem esse, an huic delicto pater debuerit ignoscere, *& centumviri*, inquit, *tribuere debeant veniam?* Et inde etiam hæc actio, id est, petitio hereditatis ex causa inofficiosi testamenti centumvirale iudicium appellatur in *l. Titia, h. tit.* Et initio 5. epist. Plinij secquum ait, *Curianum exheredatum a matre, cum heredibus scriptis a matre subscripsisse centumvirale iudicium*, id est, egisse querela inofficiosi testamenti: sicut & aliam quamcunque petitionem hereditatis, quacunque ex causa descendat, constat esse centumvirale iudicium, *l. petitor, de lib. leg. l. vlt. C. de petit. hered.* Vis autem & potestas huius actionis hæc est, vt rescindat testamentum patris, vt parentem intestatum faciat, & hereditatem, quam adierant, euincat heredibus scriptis, si liberi exheredati recte probarint, se immerito exheredatos fuisse, *l.* 6. *si quis, & l. nam etsi vlt. sup. hoc tit. l. vt liberis, C. de collat.* quod etiam in hac lege hæc verba notant, *cum facerent intestatum*, id est, cum centumviri patrem facerent intestatum, re iudicata contra heredem scriptum, & contra testamentum, vt impium, & inofficiosum. Et ita hic locus explicandus est. Porro his cognitis finge: patri duo sunt filij, primus & secundus, quos testamento exheredauit, & extraneum heredem scripsit, quo adeunte hereditatem, primus repudiantis animo omisit querelam inofficiosi testamenti, repudiauit querelam, & hereditatem patris: Secundus autem hac actione egit, & vicit re iudicata contra testamentum, & heredem scriptum. Quæritur, *an frater, qui repudiauit, secundo partem faciat*, vel vt Virgil. ait, *vocetur in partem?* sic enim ille.

——Ipsumque vocamus
In prædam partemque Iouem.

In partem vocare iuris verbum est, pro participem facere, & partiarium admittere. Cicero pro Cæcinna, *mulieres in partem vocatæ sunt.* Qui egit querela, & vicit, an ei partem hereditatis paternæ auferat, an persona primi numeretur in faciendis partibus hereditatis paternæ? quod eo pertinet, vt intelligamus, vtrum secundus, qui querela obtinuit, vindicet totam hereditatem, an partem dimidiam tantum: nam si frater, qui repudiauit, ei partem non facit, totam hereditatem vindicat: si ei partem facit, vindicat tantum mediam partem. Et summo quidem iure, primus, qui repudiauit, videtur partem facere secundo, qui egit & obtinuit rem, quia victoria secundi proficit primo, *l. Papi. §. quoniam, hoc tit. & l.* 6. §. *si quis.* Quid enim vicit secundus? Vt rescinderetur testamentum patris, vt intestatus fieret pater. hic est exitus querelæ inofficiosi testamenti. Intestato igitur patre facto consequens est, vtrumque vocari ad legitimam hereditatem patris ab intestato. Et ideo non recte vindicari totam hereditatem ab eo, qui querela egit, & obtinuit, sed duos semisses fieri oportere, ita vt inter Primum & Secundum fratres consortes æquis portionibus hereditas patris diuidatur. Et ita quidem prorsus res se haberet, si Primus repudiantis animo non cessasset, si cunctatus esset, non repudiasset. At, vt, inquit Paulus, quum repudiauit, pro nullo habetur; & tueri se potest Secundus in vindicando asse auctoritate rei iudicatæ a centumviris, hoc colore, quasi centumviri, cum patrem intestatum facerent, hunc solum filium fuisse in rebus humanis crediderint, atque adeo hunc solum voluerint ex asse heredem esse. Itaque Secundus auctoritate fretus Centumvirorum assem vindicare potest, quasi primo non concurrente, nec faciente partem. Et ita rectissime, respondit Paulus. nota centumviros, iudicando contra testamentum vt inofficiosum, vt iudicium hominis minus sani patrem facere intestatum. Nam ita fere pronuntiant: videri patrem minus sanæ mentis fuisse, cum testamentum faceret, neque id ratum esse oportere, *l. mater hoc tit.* vt in suprad. epist. Pli. *videri patrem non iustas habuisse causas irascendi filio.* & hæc si vnus ex fratribus repudiauerit querelam inoffic. testam. Idem tamen iuris est, si egerit vnus ex fratribus querela inofficiosi testamenti, & non obtinuerit. idem si egerit & præscriptione quinquennij exclusus fuerit. Nam querela inofficiosi testamenti finitur quinquennio, *l.* 2. *C. in quibus cauf. rest. in integ. necess.* Siue igitur vnus ex fratribus repudiauerit, siue non obtinuerit, siue tempore exclusus fuerit, in legitima hereditate non concurrit fratri, qui egit querela inofficiosi testamenti, & obtinuit, *l. si ponas §. vlt. inf. h. tit.* Et hoc est, quod ait *l. prox. in pr. sup.* filia, quæ non egit, id est, quæ repudiauit, vel tempore exclusa est, vel quæ non obtinuit, in legitima hereditate fratris non concurrit.

Ad §. vltimum.

INitio Paulus proponit hanc regulam, quæ certissima est: *cum contra testamentum, vt inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur.* id est, defunctus creditur non potuisse facere testamentum. Ex quo sequitur, corruere omnia, quæ in testam. scripta sunt, quasi facto ab eo, qui creditur non habuisse testamenti factionem: hoc enim colore rescinditur testamentum, quasi non sanæ mentis fuerit testator, vt testamentum ordinaret, qui in eo temere, & immerito liberos suos exheredauit, *l.* 2. *l. Titia, l. mater, hoc tit. l. nec fideicommissa, de leg.* 3. Est enim species quædam insaniæ, suo generi succensere sine causa, suo sanguini. Ideoque in eo testamento, quod inofficiosum iudicatur, relicta legata, aut fideicommissa, aut libertates non valent. Hoc iure scilicet

ſcilicet quod obtinuit ſemper ante Nouell. Iuſtin. 115. Ex qua propter exheredationem liberorum reſcinditur per querelam inoffic. teſtam. ſola inſtitutio heredis, vel ſubſtitutio vulgaris, cętera omnia valent, puta legata, fideicommiſſa, libertates, tutelæ, tabulę pupillares. At hoc iure nihil omnino in eo teſtamento ſcriptum valet, quod vt inofficioſum iudicatum eſt. Vnum tantum hoc loco caſum exponit Paulus, quo & hoc iure, quod ante Iuſtinianum obtinuit, querela inofficioſi teſtamenti, vincente filio exheredato, legata aut fideicommiſſa, aut tutelæ, aut libertates non intercidunt: & caſus hic eſt, ſi heres ſcriptus ex contumacia condemnatus ſit, ἐρημοδικίᾳ, vt dicunt, puta quod iudicio de fuit, quod vocati in ius neq; reſpondit ipſe, neque alius eius nomine: hoc caſu aufertur quidem hereditas heredi ſcripto, ſed exheredatus, qui eam aufert, debet præſtare legata, & fideicommiſſa, & libertates iis, quibus relicta ſunt. Quod eſt ex conſtitutione Diuorum fratrum Antonini & Veri, vt ſubiicitur in *l. ſeq.* Cur vero hoc caſu non omnia corruunt, quæ in teſtamen. ſcripta ſunt? Quia hoc caſu non creditur ius ex ſententia iudicis fieri: ſententia ius per omnia non facit, ſententia non habet auctoritatem rei iudicatæ, niſi aduerſus heredem ſcriptum, qui iudicio adeſſe neglexit, non aduerſus legatarios, & fideicommiſſarios, vel manumiſſos, *l. ſi perluſorio §. vlt. de appell.* quæ id aperte declarat, de quo mirum in modum hoc loco dubitat Accurſ. legata peti, & fideicommiſſa, libertates ab eo, qui querela inofficioſi teſtamenti obtinuit, herede ſcripto damnato ex contumacia, ex eremodicio, *par defaut*, deſerto iudicio. Denique hoc caſu iudex non creditur pronuntiaſſe, aut centumviri non creduntur pronuntiaſſe de iure teſtamenti, qui heredem magis damnauerunt propter eius contumaciam, quam quod reuera inofficioſum teſtamentum eſſet. Eſt & alius caſus, quo idem contingit ex conſtitutione Diui Pij, vt querela inofficioſi teſtamenti reſcindat inſtitutionem ſolam heredis, non cætera, quæ teſtamento ſcripta ſunt, ſi heres ſcriptus colluſerit cum filio exheredato, qui ſecum ſubſcripſerat centumvirale iudicium, & ab eo ſe vinci paſſus ſit, ſi cauſam egerit luſorie, non plene, non ſtrenue & bona fide, quod iudicium perluſorium dicitur. Et hoc quoque caſu ſententia, qua iudicatur contra teſtamentum vt inofficioſum, per omnia ius non facit, quia neque legatariis nocet, neque fideicommiſſariis, neque manumiſſis, quia non fuit iuſtus contradictor, iuſtus defenſor teſtamenti, id eſt, aduerſus iuſtum contradictorem filius exheredatus non tenuit cauſam. Et hoc oſtenditur in *l. ſi perluſorio, in princ. & l. a ſententia D. eod. tit. l. ſi ſeruus plurium §. 1. & pen. de leg. 1. l. ſi ſuſpecta, inf. hoc tit.*

Ad leg. 19. Mater decedens, eod. tit.

Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem inſtituit, filiam vnam ex quadrante: alteram præteriit. Hæc de inofficioſo egit, & obtinuit. Quæro, ſcriptæ filiæ quomodo ſuccurrendum ſit? Reſpondi: Filia præterita id vindicare debet, quod inteſtata matre habitura eſſet. Itaque dici poteſt, eam quæ omiſſa eſt, etiamſi totam hereditatem ab inteſtato petat, & obtineat, ſolam habituram vniuerſam ſucceſſionem: quemadmodum ſi altera omiſiſſet legitimam hereditatem. Sed non eſt admittendum, vt aduerſus ſororem audiatur, agendo de inofficioſo. Præterea dicendum eſt, non eſſe ſimilem omittenti eam, quæ ex teſtamento adiit: & ideo ab extraneo ſemiſſem vindicandum: & defendendum, totum ſemiſſem eſſe auferendum, quaſi ſemis totus ad hanc pertineat. Secundum quod, non in totum teſtamentum infirmatur, ſed pro parte inteſtata efficitur: licet quaſi furioſæ iudicium vltimum eius damnetur. Cæterum ſi quis putauerit, filia obtinente, totum teſtamentum infirmari: dicendum eſt, etiam inſtitutam ab inteſtato poſſe adire hereditatem: nec enim quæ ex teſtamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem neſcit ſibi deferri: cum & hi, qui ſciant, ius ſuum eligentes, id quod putant ſibi competere, non amittant: quod euenit in patrono, qui iudicium defuncti, falſa opinione motus, amplexus eſt: is enim non videtur bonorum poſſeſſionem contra tabulas repudiaſſe. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem præteritam vindicare: cum reſciſſo teſtamento, etiam inſtitutæ ſaluum ius ſit adeundæ hereditatis.

Species legis hæc eſt de matre, quæ vnam ex filiabus, cum duas haberet, præteriit, omiſit, exheredauit. Hæc tria verba idem poſſunt in teſtamento matris. In teſtamento patris, longe aliud eſt præterire filium, aliud exheredare. Præterire eſt ſilentio omittere. Silentium patris non eſt exheredatio. Silentium patris ipſo iure vitiat teſtamentum, non exheredatio: ſilentium matris non vitiat teſtamentum ipſo iure, quia exheredatio eſt: teſtamentum, in quo liberi ſunt a parentibus exheredati, aut in quo cenſentur exheredati, ipſo iure valet, ſed reſcindi poteſt ex cauſa per querelam inofficioſi teſtamenti. Silentium patris, maior eſt iniuria, vel impietas, quam exheredatio: exheredationi enim ſemper ineſt cauſa aliqua, & additur ſemper elogium, id eſt, eius cauſæ teſtificatio. ſilentij nulla cauſa apparet: & tamen quia maior & conſtantior eſt pietas patris, quam matris, non creditur pater temere iratus fuiſſe aduerſus filium, niſi eum nominatim exheredauerit, id eſt, niſi iram ſuam manifeſtarit. facilius mater creditur irata fuiſſe erga filium, quem præteriit, ſiue prætermiſit, id eſt, quem neque heredem inſtituit, neque nominatim exheredauit. Quo fit, vt ſilentium matris ſiue præteritionem habeamus pro exheredatione, non etiam præteritionem patris, quæ ſunt certiſſima principia iuris in *§. mater, Inſtitut. de exher. lib.* Quibus & hoc addamus, per querelam inofficioſi teſtamenti liberos exheredatos, vel parentes petere hereditatem ex cauſa inofficioſi teſtamenti. Querela inofficioſi teſtamenti nihil aliud eſt, quam petitio hereditatis ex cauſa inofficioſi teſtamenti, vt in *l. ſeq. & l. ſi quis filium, C. eod. tit. l. pen. §. ſed quemadmodum, de bonor. poſſ. cont. tab.* Et ideo in hac lege, illo loco: *etiamſi totam hereditatem ab inteſtato petat*, id eſt, etiamſi veluti ab inteſtato agat querela inofficioſi teſtamenti in aſſem, in totum, in ſolidum, & eum, qui egit huiuſmodi querela, actione, accuſatione, ſiue petitione hereditatis ex cauſa inofficioſi teſtamenti, ſi obtinuerit, patrem familias qui teſtamentum fecit, facere inteſtatum, vt nominatim ſcribit *l. 6. §. ſi quis, hoc tit.* quomodo facit patremfamil. inteſtatum? aut quo ſenſu dicimus, patremfamilias fieri inteſtatum ab eo, qui egit querela, & vicit? nempe eo ſenſu, quo dicimus eum, qui in cauſa aliqua obtinet & ſuperat aduerſarium, condemnare aduerſarium, cum tamen ipſe eum non condemnet, ſed iudex. Verum & aduerſarius condemnare eum dicitur, quem iudex condemnat, quia per eum factum eſt, vt condemnaretur. Et ita, qui obtinet querela inofficioſi teſtamenti inteſtatum patremfamil. facit: quia per eum factum eſt, vt centumviri patremfamil. inteſtatum facerent. nam non ipſe proprie, ſed centumviri inteſtatum faciunt, *l. 17. hoc tit.* His cognitis, ponamus ſpeciem in hac l. Mater, quæ duas habebat filias, extraneum heredem ſcripſit ex dodrante, & filiam vnam ex quadrante, alteram præteriit, ſiue exheredauit, quæ poſt mortem matris egit querela inofficioſi teſtamenti aduerſus heredes ſcriptos teſtamento matris, qui adierant hereditatem: neque enim datur querela, antequam heredes ſcripti adierint, *l. Papinianus §. ſi conditioni, hoc tit.* Egit igitur filia exheredata, filia pręterita aduerſus ſororem & extraneum, & obtinuit. Fecit igitur matrem inteſtatam. hic eſt exitus querelæ. Quæritur, an ſoror, quæ heres ſcripta eſt ex quadrante, & adiuit hereditatem, ſorori exheredatæ, quæ obtinuit querela, in legitima hereditate concurrat, & partem faciat, id eſt, ſimul cum ea veniat ad ſucceſſionem matris inteſtatæ, non mortuæ quidem inteſtatæ, ſed factæ inteſtatæ, reſciſſo in totum teſtamento per querelam inofficioſi teſtamenti? Similis hæc quæſtio eſt illi, quam habuimus in *l. 17. hoc tit.* Sed illa quęſtio legis 17. eſt de vno ex duobus filiis exheredatis, qui repudiauit hereditatem patris, ad quam

remedio querelæ venire poterat ab intestato vna cum fratre, qui querela egit & obtinuit. Quæstio autem huius leg. 19. est de vno vel vna ex filiis, aut filiabus quæ hereditatem parentis adiuit ex testamento, quo facto videtur hereditatem parentis legitimam, id est, ab intestato omisisse, vel repudiasse, cui locus existit, altera filia, quæ exheredata est, agente querela inofficiosi testamenti & obtinente. Et sane si illa, quæ fuit heres instituta, adeundo hereditatem ex testamento, intelligitur repudiasse legitimam hereditatem parentis eiusdem, (quia qui repudiauit pro nullo habetur,) necessario ex eo consequitur, filiam exheredatam, quæ querela obtinuit, vniuersam hereditatem ab intestato recte vindicare posse, exclusa sorore, quæ ex testamento se gessit pro herede. Et tamen nemo est, qui non videat, iniquum esse, sororem penitus excludi, quod adierit ex testamento, quia scilicet nec debuit aduersus eam, quæ ex quadrante tantum fuit scripta, imo vero nec si scripta fuisset ex semisse, non debuit inquam aduersus eam dari querela in officiosi testamenti, sed aduersus extraneum duntaxat pro semisse, pro parte extranei, id est, pro dodrante matre facta intestata, qui ex dodrante vt posuimus, heres scriptus fuit, vel si ex semisse, tantum pro semisse. Denique filia exheredata non debuit agere querela aduersus sororem scriptam ex quadrante, sed aduersus extraneum tantum scriptum ex dodrante, vt pro dodrante matrem faceret intestatam, & diuideret eum dodrantem cum sorore, hoc modo, vt exheredata sibi haberet semissem, sex vncias: residuum autem quadrantem, id est, tres vncias relinqueret sorori, veluti ab intestato, vt Græci recte adnotarunt: nam institutio extranei tota rescinditur, sed quia cum eo solo agit filia exheredata, ne plus habeat, quam si mater ab initio intestata fuisset, ex portione extranei feret tantum semissem, quem solum habitura erat, si mater intestata decessisset: residuus autem quadrans pertinebit ad sororem heredem scriptam iure legitimo ab intestato. atque ita fiet, vt exheredata semissem habeat ab intestato: scripta quadrantem ab intestato, & quadrantem ex testamento. Vt enim querela hoc quandoque facit, vt vnus sit heres ex testamento, alter ab intestato: ita facit, vt vnus idemque sit heres partim ex testamento, partim ab intestato, vt si duę sint filię, & vna sit heres scripta ex asse, altera exheredata, hæc aduersus illam agit querela in semissem tantum, & pro semisse parentem intestatum vel intestatam facit, semissem vindicat ab intestato. Illa vero, quæ ex asse heres scripta fuit, alterum semissem retinet ex testamento. Vna igitur est heres ex semisse ab intestato, altera heres ex semisse ex testamento, vt in *l. nam etsi* §. *vlt.* & *l. filio, in princ. l. circa, l. si non mortis* §. *vlt. hoc tit.* Nemo nisi miles sit, potest mori partim testatus, partim intestatus, hoc est certum: sed post mortem nihil refert, quin fiat pro parte tantum intestatus, vt si frater exheredatus agat querela aduersus fratrem heredem scriptum, etiam in specie huius legis, quam antea exposui: si inquam querela intendatur aduersus extraneum solum, facit vt vnus idemque, puta filia heres instituta, partim sit heres ab intestato, partim ex testamento, non infirmato toto testamento, licet quasi furiosæ vltimum matris iudicium damnetur, sed infirmato testamento pro parte extranei tantum. Et hæc si filia exheredata egerit querela inofficiosi testamenti pro parte, si matrem intestatam fecerit pro parte. At, vt initio exposuimus, matrem intestatam fecit in totum, per obreptionem forte, & vt Græci dicunt κατὰ συναρπαγήν, quia obrepsit iudicibus. Denique, vt posuimus, matrem in totum intestatam fecit agendo aduersus omnes heredes scriptos, puta sororem, & extraneum, eosque vincendo. Vnde merito quæritur, an filia exheredata quæ eos vicit, vniuersam hereditatem ab intestato vindicare possit, & sororem repellere, quasi ab ea sit repudiata causa intestati, quæ ex testamento se pro herede gessit? Quod si quis putauerit hæc pugnare, negandum est, scilicet negandum est, eum vel eam, qui quæve adiuit ex testamento quod putat valere, id est, quod putat non in ea causa esse, vt rescindatur vnquam; omisisse eam, vel repudiasse videri eandem hereditatem ab intestato. Nemo enim repudiare videtur, quod nescit sibi deferri *l. 8. tit. seq. l. illud dubitari, in fi. de adquir. hered. l. 2. C. de success. edict.* Nesciebat autem filia heres instituta, quum ex testamento adiuit, sibi eandem hereditatem ab intestato delatam iri: sciebat quidem sororem fuisse exheredatam, eique competere querelam, sed nesciebat primum, an actura esset querela: deinde nesciebat, quis huius iudicij exitus futurus esset. Incertissima enim est alea iudiciorum, incertissima fata causarum. Et quid etiam si credidit sororem merito fuisse exheredatam? Et tantum abest, vt ait Paulus, vt nesciens ius suum, id amittat, quasi id repudiauerit aliud amplectendo, vt aliquando nec sciens ius suum, id amittat, licet aliud eligat, quod falso sibi competere putat. Et hoc est, quod ait, *cum & hi qui sciant ius suum, &c.* sic est legendum, *cum hi qui sciant*, non cum & *nesciant*, vt & glossa legit, & habent Florentini & Basilica, οἱ γινώσκοντες τὸ ἴδιον δίκαιον. in interpretatione Dorothei. οἱ γινώσκοντες τὸ οἰκεῖον δίκαιον. Idque probatur mox a Paulo, dato exemplo de patrono, qui cum sciret, ius sibi esse petendæ bonorum possessionis contra tabulas liberti, omisso legato, quod sibi testamento liberti relictum putabat. De patrono igitur, qui cum sciret electionem se habere vel agnoscendi legati, quod sibi relictum putabat testamento liberti, vel petendæ bonorum possessionis contra tabulas, qui elegerit legatum, quod postea cognouerit sibi relictum non esse: hoc casu non prohibetur bonorum possessionem contra tabulas petere, quia non intelligitur eam repudiasse agnito falso legato *l. Paulus, inf. de bon. libertor.* Cui non obloquitur *l. 3. si quid in fraudem patroni factum sit*, quoniam ibi patronus sequutus fuit verum iudicium liberti, non, vt in proposito exemplo, falsum. Et huic exemplo addi potest aliud ex *l. nihil* §. *pen. sup. hoc tit.* & *l. eum qui, in princ. inf. hoc tit.* Et ex his tandem concluditur, etiam si quis putauerit in specie proposita, totum testamentum rescindi, tamen filiam exheredatam non posse vindicare, nisi semissem, alterum semissem pertinere ad sororem ab intestato, quia adeundo hereditatem ex testamento, non videtur repudiasse ius adeundæ eiusdem hereditatis ab intestato, si forte totum testamentum rescinderetur. Nec est eis quod addam aliud nisi hoc tantum, in quo laborat Accursius, non idem omnino seruari in bonorum possessione contra tabulas, quæ datur filio præterito testamento patris: nam si filius sit institutus ex vncia, extraneus ex deunce, vel filius ex quadrante, extraneus ex dodrante, & alter filius præteritus, commisso edicto, aperto edicto de bonorum possessione contra tabulas, & ab vtroque filio agnita bonorum possessione contra tabulas, si filius heres institutus, iam ante adierit hereditatem ex testamento, vel petierit bonorum possessionem secundum tabulas, iure commissi edicti, iure bonorum possessionis contra tabulas, non habebit nisi vnciam, ex qua institutus est, vel quadrantem, ex quo institutus est, *l. si duobus* §. 1. *de bonor. possess. cont. tab. l. 1.* §. *ibidem, de collat. bon.* Et ratio hæc est: qui adiit hereditatem, adiuit vnciam vel quadrantem, sciens fratrem esse præteritum, id est, sciens testamentum ipso iure non valere, non debuit adire, & si non adiisset, tulisset semissem vel beneficio fratris præteriti, suæ stultitiæ imputet, quod adierit. Quod si idem filius fuerit institutus ex semisse vel ex maiore parte, & adierit antequam committeretur edictum, postea commisso edicto non habebit nisi semissem, etiamsi scriptus fuerit ex maiori parte, quoniam res omnis redigitur ad causam intestati, & ab intestato fratres æquas partes ferunt. Id quod ostendit *d. l. si duobus.* §. 1.

Ad

Ad l. 66. De rei vindic.

L. 66. Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit.

Eleganter ait, suum esse vindicare, quod facit quicunque in rem agit in *l. 27. §. cui legatum, de aur. & arg. leg.* & alibi sæpe, suum esse petere, *§. certe, Instit. de rerum diuis. §. ex maleficiis, Instit. de act. l. si mater §. si quis de excep. rei iud.* & dominium petere, *l. si mancipium §. vlt. de euict.* Non ideo autem minus, inquit, rem nostram esse vindicamus, quod abire a nobis dominium speratur, si extiterit conditio libertatis vel legati. de statu libero loquitur, & de re sub conditione legata. Statuliber, id est, is cui testamento data est directa libertas in diem, vel sub conditione, medio tempore seruus est heredis, *l. 9. & l. 15. de statulib.* Res quoque sub conditione legata, interim, dum pendet conditio, est in dominio heredis, *l. 12. §. 1. fam. ercisc. l. 1. §. serui appell. de SC. Syllan.* Verum ab herede dominium abire speratur, si extiterit conditio libertatis, vel legati, nec tamen quod ab eo dominium abire possit, interim prohibetur eam rem, eumve hominem suum esse petere actione in rem. Hac actione petitur etiam quod perfecte nostrum non est: neque videtur perfecte nostrum esse, quod ex casu, puta ex euentu conditionis nobis auocari, & auferri potest, *l. omnes actiones §. vlt. de reg. iur. l. cum quis §. qui hominem, de solut.* Perfecte, id est, in plenum, vt ait lex *Neratius, de cond. ind.* vel pure, vt ait *l. vlt. § sed quia, C. comm. de legat.* Statuliber, vel res sub conditione legata interim pure non est heredis, antequam conditio defecerit: defecta conditione tunc incipit pure, perfecte, in plenum esse heredis. Et obseruandum est, in solutione quidem id exigi omnimodo, vt res, quæ soluitur, perfecte fiat creditoris, ita vt auelli ei non possit, alioquin is, qui soluit, non liberatur. Proinde, qui hominem debet, & Stichum statuliberum, cui implicitus est casus libertatis, soluit, non liberatur, *d. § qui hominem, d. l. Neratius.* Idemque est, si soluit Stichum, quem alij pignori obligauit, quia & hic auocari potest creditori actione quasi Seruiana, *l. 20. de solut.* In vindicatione autem non exigitur, vt res sit pure, perfecte, & ad plenum eius, qui eam vindicat. Qua ratione & emptor, cui res in diem addicta est, puta vt sit ei res empta tot aureis, nisi quis intra illas calendas meliorem conditionem fecerit, id est, nisi pretio adiecerit, quo res abiret a domino, id est, a priori emptore, hic qui ea lege emit, quamvis non sit perfecte dominus eius rei, quia dominium ab eo abire potest, allata meliore conditione, facta scilicet licitatione, siue adiectione pretij, tamen interim recte eam rem suam esse vindicat, *l. si quis hac lege, sup. hoc tit.* Accursium nescio quid mouerit, vt huic legi nostræ obiiceret *l. si fur, vel l. 12. §. vlt. inf. de vsufr.* quæ cum hac lege omnino consentit. Ait enim, rem legatam sub conditione, interim esse heredis: existente conditione legati ab herede discedere, & ad legatarium transire. Porro ex contrario eius legis, siue ἐξ ἀντιδιαστολῆς, intelligitur eum, qui sperat certæ rei dominium, non habere eius rei vindicationem. Non spes dominij parit dominij actionem, hæc actio dominij actio est, *l. euictis, de vsur.* Sed hanc actionem parit dominium, sed non perfectum tantum, verum etiam imperfectum. Et notanda maxime est hæc distinctio inter perfectum, & imperfectum dominium: Nam vsui esse potest in quæstione de fructibus quærendis bonæf. possessori. Fructus quos percepit bonæf. possessor, statim pleno iure eius sunt, vt nec vsucapi possint ab eo, cum eius sint pleno iure, *l. in pecudum, de vsur.* sunt eius pleno iure statim, non perfecto tamen, quia ab eo auocari possunt, si exstent eo tempore, quo dominus ab eo rem suam esse vindicat, *l. certum, C. de rei vind. §. si quis a non domino, Instit. de rerum diuis.* Perfecte autem huius fiunt consumptione, quia de fructibus ab eo consumptis dominus agere non potest, *d. §. si quis, l. quæsitum in fine, de adquir. rer. dom. l. sequitur §. lana, de vsurp. & vsuca.*

Ad l. 38. de seruit. vrb. præd.

L. 38. Si ædes meæ a tuis ædibus tantum distent, vt prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, seruitus imponi non potest.

Sententia legis hæc est: si tecum habita conuentione, ædibus meis hanc seruitutem imponam, ne mihi ædes meas altius tollere liceat, ne luminibus tuarum ædium officere liceat, & ædes meæ a tuis tantum distent, vt conspici, vel prospici vt ait, non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: ea seruitus, quam imposui ædibus meis, non valet, quia tuarum ædium nihil interest, & seruitutis, cuius nulla est vtilitas, nulla etiam impositio est, *l. quotiens, sup. tit. prox.* Igitur vt subiicit in *l. seq.* nemo propriis ædibus seruitutem imponere potest, nisi & is, qui cedit seruitutem, & is, cui ceditur, in conspectu habeant eius ædes, ita vt officere aliæ aliis possint. Possunt quidem ædes meæ hanc seruitutem debere tuis ædibus, non tantum si tuæ vicinæ sint, sed & si vlteriores sint, licet intermediæ ædes tuis seruitutem hanc non debeant. Possunt igitur meæ ædes seruire tuis, quæ sunt procul, in medio interiectis forte vnis, aut pluribus ædibus, nil refert, *l. 4. §. vlt. & l. 5. si seruit. vindic. l. si quis duas, & l. in tradendis §. interpositis, comm. præd.* Sed non erit vtilis hæc seruitus, nisi tuæ ædes meis, & vicissim meæ tuis sint in conspectu, vt officere aliæ aliis possint. meæ seruire possunt tuis etiam remotioribus, si modo sint in conspectu. Quare vt Cicero scribit 1. de oratore, cum M. Buccul. in vendendis L. Fusio ædibus ita cauisset, *lumina ædium venditarum vti nunc sunt, vt ita sint:* Fusius simul atque ædificari cœptum est in quadam parte vrbis, quæ modo ex illis ædibus conspici posset, egit statim, inquit, cum Bucculeio, quod cuicunque particulæ cœli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat. *quæ modo*, inquit, *ex illis ædibus conspici posset*, alioqui nulla fuisset Fusio agendi causa. sed nec eo interueniente fuit iusta intentio Fusij: quia eadem fuit lex venditionis, quam dixit Bucculeius, cum ea quæ proponitur in *l. 22. hoc tit.* Bucculeius scilicet cum duas ædes haberet, & alteras retineret, alteras venderet, eis quas retinebat hanc seruitutem imposuit, *lumina vti nunc sunt, vt ita sint*, id est, vt lumina ædium venditarum Bucculeius exciperet, vt fenestras, quæ tum essent, liceret Fusio aperire & immittere in ædes, quas Bucculeius retinebat, & vt ne Bucculeius ędificando, vel quo alio modo cœli lumen Fusio auferret, vt in *l. 3. & l. eos, hoc tit.* Inter lumina & fenestras fere nihil interest. Cicer. 2. ad Attic. *Angustias fenestrarum opponit latis luminibus, hoc est, latis fenestris.* Et male in Defloratis Caij Institutionibus, *fenestræ separantur a luminibus.* Recte autem M. Tullius, *cuicunque particulæ cœli officeretur, mutata lumina videri, & quasi interuersa.* Nam vt eleganter ait *l. lumen hoc tit.* lumen est, vt cœlum videatur. Verum non agebat tamen Fusius recte, quia Bucculeio hæc fuit mens, vt de se caueret, non de aliis, de suis ædibus, non de alienis, non de omni parte vrbis, nihil se facturum, quo præsentia lumina ædium venditarum mutarentur, non etiam vt alios nihil facturos, quo mutarentur: vel quo officeretur vlli particulæ cœli, non vt nunc & in posterum semper eam omnem, quam videbat cœli particulam, videret. Errauerat tamen Bucculeius quodammodo in dicenda ea lege venditionis, quia non satis aperte, aut quia nimis generaliter eam conceperat, quæ res speciem agendi Fusio præbebat, sed id nunquam cogitasse venditor intelligitur, vt caueret emptori nulla parte cœli vel vrbis fore, vt lumina ædium venditarum mutarentur.

Ad l. 36. famil. ercisc.

L. 36. Cum putarem te coheredem meum esse: idque verum

non esset, egi tecum familiæ erciscundæ iudicio: & a iudice inuicem adiudicationes & condemnationes factæ sunt. Quæro, rei veritate cognita, vtrum condictio inuicem competat, an vindicatio: & an aliud in eo, qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiæ erciscundæ iudicium & condemnationibus factis soluerit pecuniam, quoniam ex causa indicati soluit, repetere non potest. Sed tu videris eo moueri, quod non est iudicium familiæ erciscundæ nisi inter coheredes acceptum. Sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit: sed quasi heredes essent, acceperit familiæ erciscundæ iudicium: de repetitione idem in vtrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diuiserint res: etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putauit, qui fuit heres, competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putauerit.

HVius legis species hæc est: Quidam cum esset heres ex asse & existimaret per errorem, se L. Titium coheredem habere, egit cum L. Titio familiæ erciscundæ, de hereditate diuidenda, accepto arbitro, per quem hereditas diuideretur, & vt in hoc arbitrio seu iudicio fieri solet, factæ sunt inuicem adiudicationes, & condemnationes: adiudicationes rerum hereditariarum in solidum vel pro parte, & cum in alterius persona adiudicatio præponderare, ac prægrauare videretur, condemnationem in certam pecuniam alteri pernumerandam, cuius minor pars esset, eius partis explendæ causa: pecunia est mensura rerum, quæ omnia ad æqualitatem redigit, de qua potissimum agitur in hoc iudicio, vt coheredes æquas partes ferant, si ex æquis sint instituti heredes, vel ab intestato omnino æquas. ex testamento vel æquales, vel inæquales pro rata portionum adscriptarum in testamento. Et hoc quidem genere iudicij quasi contrahitur emptio & venditio necessaria & inuoluntaria: adiudicatio quasi necessaria venditio est, *l. si pignori, hoc tit.* venditio & cessio siue traditio. Quo fit vt adiudicatione statim dominium adquiratur ei, cui res adiudicata est, vt Vlpianus scribit, *lib. reg. tit. de dominiis.* & est proditum euidenter in *§. vlt. Instit. de off. iud.* Alioquin ex sententia iudicis dominium non transfertur: ex adiudicatione, quæ fit per sententiam iudicis in iudicio familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, quæ iudicia sunt ex 12. tabulis, statim transfertur dominium, quod id lex 12. tabul. vnde profecta ea iudicia sunt, addixerit ei, cui iudex rem adiudicauerit. Cur igitur adiudicatione dominium statim adquiratur, id manat ex 12. tabulis magis, quam ex auctoritate iudicis, quia iudex non potest per se facere dominum eum, qui non est dominus: possessorem facere potest, dominum sola lex facit: nam nec prætor dominum facere potest. Porro cum ita per iudicium familiæ erciscundæ factæ essent adiudicationes & condemnationes mutuæ inter heredem ex asse, & L. Titium quasi coheredem, quæritur errore comperto, & rei veritate cognita, vtrum inuicem competat vindicatio rerum, quas alterutri iudex adiudicauerit, aut pecuniarum, quas alter alteri ex condemnatione soluerit, an vero competat condictio indebiti. Denique quæritur, vtra actio competat, vindicatio, an condictio indebiti, vel an neutra competat? Vtraque non potest competere, quia vbi est vindicatio, non est condictio indebiti: & retro, vbi est condictio indebiti, non est vindicatio, *l. dominus, l. si in area, inf. de condict. indeb. l. seruus inscio domino, de fideiuss.* Et hoc casu non esse vindicationem, certissimum est, quia adiudicatio, vt dixi, dominium mutauit. Idemque numeratio pecuniæ facta ex condemnatione, perfecit. An etiam non competat condictio indebiti dubitatur: & sane verius est, nec condictioni indebiti locum esse: quia sententia iudicis factæ sunt partes, factæ adiudicationes, & condemnationes. Ergo, quod ex ea causa, id est, ex causa iudicati cessit alterutri, indebitum non fuit: quia tametsi natura indebitum, fuit quia res iudicata naturalem obligationem neque parit, neque perimit, *l. Iulianus, inf. de condict. indeb. l.* 8. §. 1. *rem rat. hab.* parit tamen ciuilem obligationem res iudicata, & actionem iudicati. Ideoque ex causa iudicati solutum, quasi omnino indebitum, condici non potest. Et hæc est definitio certissima in iure. ex causa iudicati, etiam male & perperam iudicati, per errorem aut gratiam, solutum condici non posse, *l.* 1. *C. de cond. indeb. l.* 2. *C. de compensat. l. si fideiussor, §. in omnibus, mand. l. de qua re §. vlt. de iudic.* Idque (vt ait *d. §. in omnibus*) propter auctoritatem rei iudicatæ, cui stari, quamque ita fixam esse, vt conuelli non possit, publice interest, quia rebus iudicatis Reip. status continetur, *l. seruo, §. cum prætor, ad SC. Trebel.* Accedit alia ratio, quæ potior, & antiquior est, cur solutum. ex causa iudicati condici non potest, etiamsi perperam iudicatum sit, quia certissima hæc alia est regula iuris, cui etiam hodie locus est, solutum ex ea causa, quæ per inficiationem in lite crescit, per errorem, licet indebitum sit, condici non posse, *l.* 4. *C. de cond. indeb. §. vlt. Inst. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Ex causa iudicati olim inficiatione crescebat in duplum, auctore *Paulo* 2. *sentent. tit.* 19. M. Tullius pro Flacco: *frater*, inquit, *meus pro sua æquitate prudentiaque decreuit, vt si iudicatum negaret, in duplum iret.* Actioni iudicati Paulus etiam addit actionem legis Aquiliæ, quam etiam constat si reus ad inficias eat, & conuincatur, duplari, *l. Inde Neratius §. hæc actio, ad leg. Aquil.* & actionem legati per damnationem relicti, *d. §. vlt. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* ac præterea actionem depositi: nam apud Paulum pro *depensi*, quod nihil significat, puto legendum *depositi*, quia eundem Paulum apud Licinium Rufinum lego scribere, ex duodecim tabulis, *actionem depositi dari in duplum.* Sane non in confitentem, ergo in eum tantum, qui inficiatur depositum, quia hæc inficiatio prope furtum est. non quidem furtum est, sed prope furtum est, vt ait lex *inficiando, de furt.* Itemque actionem ex empto, si venditor in modo agri mentitus sit, quod etiam esse ex 12. tabulis M. Tullius scribit 3. de offic. *Ex duodecim*, inquit, *qui inficiatus est, quæ lingua nuncupauit, dupli pœnam subit.* Hodie etiam ex Nouel. 18. quæ constitutione regia comprobata est, condictio ex proprio chirographo, inficiatione crescit in duplum. Ex his vero causis non debitum solutum per errorem condici non potest, quia, nec alia est probabilior ratio, solui videtur vltro, non tam ab ignorante, quam a sciente pœnæ euitandæ causa. solui videtur, & proiici pecunia propter metum pœnæ, quam subeunt inficiatores. Et hac ratione etiam ex causa iudicati solutum condici non poterat. Quamobrem in *l. seruo manumisso, inf. de condict. indeb. & l.* 8. §. 1. *rem rat. hab.* solutio, quæ reuocatur per condictionem indebiti, proponitur facta sine iudice, quia facta auctoritate iudicis, reuocari non potest. In specie igitur huius legis, si *accepto iudicio familiæ erciscundæ* inter heredem ex asse, & L. Titium, quem putabat sibi adiectum heredem esse, inuicem factæ sint quasi permutationes, partium adiudicationes, condemnationes in certam pecuniam, constituendæ æqualitatis gratia, ex sententia iudicis familiæ erciscundæ cognoscentis, puta si heres ex asse alteri soluerit certam pecuniam, cum ei res quædam adiudicarentur in solidum, cessat condictio indebiti, cessat vindicatio, & petitio hereditatis. Huic responso obiici potest: Atqui soluit ex causa iudicati, quod nullum erat. ita est: nullum fuit iudicatum, quia iudicium familiæ erciscundæ non consistit, nisi inter coheredes, & hi non erant coheredes. iudicium igitur & iudicatum nullum fuit. Sane ita est. Verum non ideo, quod solutum est, quasi ex nulla causa solutum condici potest, quia spectanda est opinio, & existimatio soluentis, quæ sola sufficit ad impediendam condictionem. Is autem soluit opinione iudicati, ὡς ὑπονοίᾳ τῆς καταδίκης, soluit quasi iudicatus & condemnatus, non opinione nuda iudicatus, cum reuera iudicatus, & condemnatus fuerit, quamvis inutiliter condemnatus fuerit,

condemnatus

condemnatus tamen fuit qualiter qualiter. Alioqui, qui nullomodo iudicatus fuit, si soluerit quasi iudicatus, condicit: si soluerit nuda opinione iudicati, nullo interueniente iudicato, nec quali quali. Et ita accipienda est lex *si non sortem* §. *si quis quasi*, *de condict. indeb.* licet loquatur, non de sententia iudicis, sed de sententia arbitri compromissarij: neque enim admitto differentiam, quam hoc loco interpretes Græci faciunt inter sententiam iudicis, quasi ex ea solutum condici non possit, & sententiam arbitri compromissarij, quasi ex ea solutum condici possit. Quia §. *si quis quasi*, ideo, dat cōdictionem, quia falso opinabatur, se fuisse condemnatum ab arbitro, qui nullo modo erat condemnatus. At in specie proposita condemnatus fuit, iudicatus fuit, & quamvis nulla condēnatio sit, nulla iudicatio, non condicit, vt in *l. de qua re* §. *vlt. de iud.* si iam mortuo debitore pegre, amicus eius ignorans susceperit eius defensionem in iudicio, nullum iudicium est, quod acceptum est cum defensore mortui, & tamen si defensor condemnatus soluerit ex causa iudicati, repetere quod soluit non potest. Ergo ex nullo iudicato nullove iudicio solutum condici non potest. Proinde in specie proposita, licet nullum sit iudicium, soluenti ex causa iudicati condictio non competit, quia opinione eius causæ soluit, quæ inficiatione crescit in duplum. Et hæc de herede ex asse, qui errans accepit famil. ercisc. iudicium cum eo, qui coheres non erat. Subiicit Paulus, idem esse dicendum, si neuter eorum heres fuerit defuncti, de cuius bonis agitur, & per errorem, quasi heredes acceperint inter se iudicium familiæ erciscundæ, & vltro citroque factæ sint adiudicationes, & condemnationes: quia & hoc casu iisdem rationibus, neque vindicatio eis competit inuicem, neque condictio rerum, quæ iis cesserunt, aut pecuniarum, quæ eis solutæ sunt ex condemnatione. Vero heredi certum est in eos, si eas res possideant, competere petitionem hereditatis, vel etiamsi non possideant, in quantum ex is locupletiores facti fuerint, quia bonæ fidei possessores fuerunt. Superest hæc tantum quæstio, quid sit dicendum, si heres ex asse cum eo, quem suum coheredem esse putabat, consensu mutuo sine iudice arbitrove hereditatem diuiserit, vt fit plerumque inter fratres consortes, qui hereditatem paternam inter se partiuntur sine iudice, *l. vlt. hoc tit.* quia (vt Ambrosius ait libro 1. de fide) bona pietas refugit arbitros, etiam in diuisione patrimonij. Et hoc quidem casu Paulus ait, competere condictionem rerum, quæ cesserunt singulis, & competere in solidum, vt arbitror, quia etiam adiudicatio facta mutuo consensu, dominium mutauit. In solidum igitur competit condictio rerum, quæ cesserunt inuicem, quia nec ex causa iudicati eis cesserunt, nec ex causa transactionis. Quæ causa transactionis non minus impediret condictionem indebiti, quam causa iudicati, *l. in summa* §. 1. *de condict. indeb. l. cum solus, de vsurp. & vsucap.* At heres ex asse, transegisse non videtur cum eo, quem putabat suum coheredem esse, cum non esset, quia errantis nulla est voluntas. Ergo competit ei condictio indebiti, *l.* 4. *C. de iur. & facti ignor.* Et hoc est, quod proponitur in extremo huius legis. Cur non subiicit Paulus, vt in priore parte, quum diuisio facta est per iudicem, idem esse dicendum, si neuter eorum heres fuerit, qui inter se per errorem alienam hereditatem partiti sunt, quia sane non idem videtur esse dicendum, si neuter heres fuerit, & sine iudice hereditatem alienam inter se per errorem partiti sint, quia nulla eis condictio indebiti competit, quia nihil iuris in eis rebus habuerunt. Expectare igitur debent verum heredem, vt ei eas res restituant, quas inter se ignorantes diuiserint, cum ad eos nullo iure pertinerent.

Ad l. 29. communi diuid.

L. 29. *Si quis cum existimauerit, fundum communem sibi cum Mæuio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset: recte dicetur etiam communi diuidundo iudicium ei sufficere. Hoc enim est, si sciam rem communem esse: ignorem autem, cuius socij: neque enim negotia socij gero, sed propriam rem tueor. & magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socij, actio nascitur. Denique ea actione pupillum teneri dicimus, vt impendia restituat officio iudicis. Diuersa causa est eius, qui putat se in rem propriam impendere, cum sit communis: huic enim nec communi diuidundo iudicium competit, nec vtile dandum est: ille enim, qui scit rem esse communem, vel aliena negotia, eo animo gerit, vt aliquem sibi obliget, & in persona labitur.*

1. §. *Pomponius scripsit, posci iudicium posse a quolibet sociorum. sed etiam si vnus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi diuidundo agi.*

Paul.

Quæstio huius legis hæc est. Scio fundum Tusculanum mihi esse communem cum alio; nescio cum quo: existimo enim eum communem mihi esse cum Mæuio, qui mihi communis est cum Titio, non cum Mæuio. Cum in errore versarer, cum errarem in persona socij, impendia quædam in eum fundum feci, quæritur, *an hæc impendia veniant in iudicium communi diuidundo, quod postea rei veritate cognita intendo aduersus Titium?* Mouet dubitationem, quod ea impendia fecisse videar contemplatione Mæuij, quasi fundus mihi communis esset cum Mæuio, quod tamen verum non erat, non contemplatione Titij. Erraui in persona socij, in re non erraui: nam impendia feci communi nomine, sciens rem esse communem, sciens me habere socium, nesciens quem. Errare, & nescire idem est, error & ignorātia idem. At Paulo auctore hoc loco, etiamsi in eo errore fuerim cum impendia feci: mihi tamen rei veritate cognita aduersus Titium, qui verus est socius, sufficit, suppetitve actio communi diuidundo, vt officio iudicis partem impendiorum recipiam, quia communi nomine impendia feci, & eo animo igitur, vt alium mihi obligarem: recte, inquit, dicitur iudicium communi diuidundo etiam ei sufficere. & in *l.* 14. *sup. eod. tit.* Rectissime dicitur, inquit idem Paulus, ab Vlpiano scil. in l. 6. hoc tit. nam Vlpianum proculdubio intelligit, atque Iulianum, cuius in hanc rem Vlpianus auctoritate vsus est. Eadem vero ratione, si negotia Titij geram, quæ puto esse Mæuij, & aliquid impendero, impendiorum nomine mihi datur actio aduersus Titium, nempe vtilis actio negotiorum gestorum, *l.* 5. §. 1. *&* §. *si Titij seruum*, *&* §. *quid ergo*, *l. liberto* §. *inter*, *l. qua vtiliter* §. *vlt. sup. de negot. gest.* Et in *d. l. quæ vtiliter*, redditur ratio propter quam datur mihi impendiorum nomine vtilis actio negotiorum gestorum, ne in damno morer, inquit, vel quia æquuum est, me in damno non versari. Cum in veritate, id est, ipso gestu, & reipsa Titij negotium gesserim. æquum est, Titium mihi impensam refundere, cuius reipsa negotium curaui. Hæc ratio solet reddi, ne in damno versetur, quum datur vtilis actio deficiente directa, vt in *l. qui heres erat, sup. tit. prox.* Hæc est ratio vtilitatis, a qua vtiles actiones nomen acceperunt. Idem vero Paulus comprobat in *d. l.* 14. in qua tamen sunt menda quædam, plusquam manifesta. Ac primum eo loco, *rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine vtile iudicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione.* Illo loco, *etiam manente rei communione*, deest negatio: Nam si legas, etiam manente rei communione dari vtile iudicium communi diuidundo, id prorsus omni dubitatione caret. Quid enim certius est, quam dari iudicium communi diuidundo manente communione, vt dissoluatur communio? Et præterea impensæ factæ in rem communem, in eam actionem deducantur ab vno ex sociis, & non tantum impensæ, sed etiam omnes aliæ personales præstationes, si socius rem communem deteriorem fecerit, si corrumperit, si fructus perceperit, si ex re communi aliquid lucratus fuerit: quia mixta est actio tam in rem, quam in personam, *l.* 4. §. *sicut*, *l.* 8. §. *venit*, *hoc tit.* At non manente communione, sublata communione regulariter non datur actio communi diuidundo, *l.* 1. *hoc tit. l* 9. *C. commun. vtr. iud.* Excipiuntur tantum duo casus, quibus etiam non manente communione hæc actio competit. Vnus hic

eſt: ſi res communis interierit: quo genere plane ſublata eſt communio: Sed de perſonalibus præſtationibus, veluti de impenſis factis in rem communem hæc actio ſupereſt. *l. 9. & 11. hoc tit. l. 24. & 31. ſup. tit. prox.* Alter caſus eſt, ſi factis impenſis quibuſdam in rem communem, partem meam alienauero: quo genere, etſi a communione diſceſſero, mihi tamen impenſarum nomine in ſocium hæc actio competit, *l. 6. hoc tit.* vbi, vt hoc obiter admoneam, vox *Titius* abundat, cum quo ponit fundum fuiſſe communem: Nam certe non fuit communis cum Titio, ſed amoto illo nomine, intelligitur is, qui impenſas fecit in rem communem, ὁ δεῖνα, id eſt, quidam: Neque enim aliter eum deſignauit initio legis, quam his verbis, (*Si quis putans, &c.*) Et ad hunc caſum pertinere ſupradicta verba *l. 14.* eadem lex demonſtrat, dum ita concludit. *Igitur etſi ab alienauero prædium,* in quod impēdia feciſſem, *quia in ea cauſa fuit, vt mihi actio dari deberet impendiorum nomine, danda mihi erit actio,* ſcilicet communi diuidundo, vt Iulianus quoque ſcribit. Hoc vult, natam ſemel actionem communi diuidundo ex re, in quam impendia feci, non mihi perire abalienatione partis meæ. Ex quo manifeſtum eſt, in ſuperioribus eſſe legendum, *impendiorum nomine vtile iudicium dari debere mihi in ſocium, etiam non manente communione,* vt ſi abalienauero partem meam. Quod item additur in fine eius quæſtionis *d. l. 14. danda mihi erit, vt Iulianus quoque ſcribit, negotiorum geſtorū actio,* illa verba, *negotiorum geſtorum actio,* peſſimi interpretis ſunt, gloſſema eſt, quia abalienata parte, de impenſis iam ante factis in rem communem, non competit actio negotiorum geſtorum, ſed actio communi diuidundo. Nihil eſt ineptius, quam dicere, competere negotiorum geſtorum. Et obſeruandum in *d. l. 14.* Paulum hæc omnia referre ex Iuliano: nempe, ſicut negotiorum geſtorum actio datur aduerſus eum, cuius negotia curaui reuera, reapſe, id eſt, reipſa, cum putarem alterius ea eſſe, impenſarum nomine, quod etiam *ex Iuliano* Vlpianus refert in *l. 5. §. 1. de negot. geſt.* In cuius extremo quidam Codices rectius habent, *vt Iulianus lib. 3. Digeſtor. ſcribit,* nota ſenarij numeri mutata in vt: Nam & in Baſilicis, quæ ſequuntur, *ſi pupilli tui negotia, &c.* omnia recte vindicantur legi 5. Et quæ ſequitur lex, *quia tantundem,* eſt lex ſexta. Sicut ergo actio negotiorum geſtorum datur aduerſus eum, cuius negotia geſſi, cum putarem, me gerere alterius negotia: ita idem dicendum eſt, vt Paulus ait in *d. l. 14.* in propoſito caſu, quum impendi in rem, quam putabam mihi cum alio, quam eſſet, fuiſſe communem; competere ſcilicet mihi impenſarum nomine actionem communi diuidundo, non negotiorum geſtorum. faceſſat illud, *negot. geſt.* nec ſemel natam actionem communi diuidundo, vt ait, extingui abalienatione partis meæ, quamvis ita res mecum eſſe communis deſierit, quia ſufficit communio, quæ præceſſit, qua durante ego impenſas feci, *vt d. l. 6.* Ergo etſi errauerim in perſona ſocij, impenſarum nomine mihi competit actio communi diuidundo aduerſus verum ſocium. Falſum enim eſt me contemplatione eius, quem me ſocium habere putabam, impenſas feciſſe, vt eius negotium gererem: Nam impenſas feci potius, vt propriam rem tuerer, id eſt, propriam ex parte: Nec enim propria eſt in aſſem, quæ & alterius eſt, *l. illud, de rit. nup.* Denique impenſas feci in rem communem, propter partem meam magis, quam propter partem ſocij. ſpectaui vtilitatem meam potius, quam vtilitatem ſocij. Et (vt ſubiicit Paulus eleganter) hæc actio communi diuidundo, quæ datur impendiorum nomine, magis ex re naſcitur communi, in quam impendia facta ſunt, quam ex perſona ſocij. Omnis actio mixta naſcitur ex re, & ex perſona, & aliquando æſtimatur magis ex perſona: vt quum quæritur, quamdiu duret mixta actio: nam durat tricennio, vt quælibet actio perſonalis, id eſt, non finitur niſi ſpatio 30. annorum, *l. 3. & 4. C. in quibus cauſ. long. temp. præſc. loc. non hab. l. 1. §. ad hæc, C. de annal. exc.* aliquando mixta actio magis æſtimatur ex re, vt quum repetuntur impendia facta in rem communē, quia ea impendia non debentur ex contractu. Et ideo pupillus, qui ex contractu non obligatur ſine tutoris auctoritate, in hanc tamen actionem incidit etiam ſine tutoris auctoritate, puta ſi ſocius aliquid impendit in rem communem. Itemque furioſus in hanc actionem incidit, qui alias obligari non poteſt, *l. furioſus, de obligat. & action. l. vt in conduct. pro ſoc.* furioſus, inquit, & pupillus obligantur, etiam ſine curatore, vel ſine tutore auctore, vbi ex re actio venit, veluti ex communiter geſto, communiterve depenſo. Et ita pupillus obligari dicitur ſine tutoris auctoritate in *l. Marcellus*, & furioſus iure obligatus, *in l. ſi a reo §. ſi a furioſo, de fideiuſſor.* veluti ex communiter geſto, vel etiam pupillus doli potens ex delicto: Nam & actio ex delicto in Inſtit. ex re naſci dicitur, initio tituli *de obligat. quæ ex delic. naſc.* Ex eo vero, quod Paulus ait, actionem communi diuidundo magis ex re naſci, in quam impenditur, quam ex ſocij perſona, recte concluditur, errorem in perſona ſocij non efficere, quo minus actione communi diuidundo impenſæ repetantur pro parte. Aliud tamen dicendum eſt, ſi error fuerit in re. differentiam facit Paulus inter errorem in re, & errorem in perſona, ſumme notandam. Si error fuerit in re, vt ſi quis impenſam fecerit in rem communem, quam exiſtimabat eſſe propriam in ſolidum, hic error obſtat, quo minus impendiorum nomine agat in ſocium communi diuidundo. impēdiorum nomine hoc caſu quæ fecit, non habet in ſocium actionem communi diuidundo, ne vtilem quidem, quia neminem ſibi obligare voluit, cum ea impendia fecerit quaſi in re propria. Actio vtilis non datur in caſu diſſimili, vel improprio, *l. ſi menſor, ſi menſ. falſ. mod. dix. l. cum ſeruus, tit. ſeq. §. vlt. Inſt. de leg. Aquil.* Vtilis actio datur tantum in caſu ſimili, aut non omnino proprio, vt in *l. 7. de relig. & paſſim in tit. de præſc. verb.* Aliud eſt, caſus improprius, aliud non proprius, vt aliud indoctus, aliud non doctus, vt Grammatici notant. Ergo nulla ei datur actio impendiorum nomine, cum in re errauerit, ſed dabitur ei retentio tantum rei per exceptionem doli mali, quoad impendia ei reddita ſint. Denique retentio tantum ei datur, actio vero nulla, *d. l. 14. l. Paulus, de doli except. l. idque §. 1. de act. empt.* Idemque eſt, ſi quis in rem alienam impenderit, quam exiſtimabat eſſe propriam: Nam & hoc caſu impendiorum nomine retentionem habet, negotiorum geſtorum actionem non habet. Multum ergo intereſt, in perſona quis errore labatur, an in re: Nam qui in re errat, vt qui impendit in rem communem, vel alienam, quam putat eſſe propriam, impenſarum repetitionem non habet, quia neminem ſibi obligare voluit, qui in perſona errat, vt qui impendit in rem, quam ſcit eſſe communem, vel alienam, ſed exiſtimat eſſe communem cum alio, quam ſit, vel eſſe alterius quam ſit. is vtique aliquem ſibi obligare voluit, & eo animo impendit, vt aliquem ſibi obligaret. Et ideo ex re ipſa, ex geſtu ipſo naſcitur obligatio aduerſus verum ſocium, vel aduerſus verum dominum, *dict. l. 14.* Ex qua hoc loco ita legendum eſt, vt vulgo etiam legitur: male Florentinæ: *ille enim, qui ſcit rem eſſe communem vel alienam*, addatur ſubdiſtinctio, *negotia eo animo gerit, vt aliquem ſibi obliget, & in perſona labitur,* tantum, non in re, quia ſcit qualitatem rei, ſcit rem eſſe communem, vel alienam, neſcit cum quo ſit communis, vel cuius ea res ſit. Quæ ignoratio non officit in iis actionibus, quæ veniunt ex reipſa, non ex perſona. Vltimus caſus huius legis nihil pertinet ad quæſtionem ſuperiorem, ſed breuiter hoc proponit, poſſe iudicem ſiue arbitrum communi diuidundo poſci a quolibet ſociorum, etiam inuito altero. Vt plurimum iudex datur ex conuentione litigatorum, *l. ſi in iudicis nomine, ſup. de iud.* Non datur iudex is, quem altera pars nominatim poſcit, *l. obſeruandum eo. tit.* Hoc enim eſſet mali exempli, vt ait, ſi daretur iudex is, quem altera tantum pars poſcit, edit, & petit qui proprie dicitur *iudex edititius*. & recte datur quandoque, quum alter conſentit in edititium iudicem cum neminem fugit iudicem, cum ſe ſubiicit iudicio cuiuſlibet, quod & Seruius notat in illum locum Virgilij.

In

In me mora non erit vlla.

Nec quemquam fugio : id eſt, conſentio etiam in edititium iudicem. Et ſic appellat Marc. Tullius pro Plancio, & pro Muræna. At iudex ſiue arbiter communi diuidundo peti poteſt ab vnó ex ſociis, vel arbiter familiæ erciſcundæ, etiam inuito altero, vt finiatur communio, *l. 43. ſup. tit. prox.* quia nemo inuitus in communione detinetur, *l. vlt. C. comm. diuid.* quod apud Liſiam & Ariſt. dicitur τὸ εἰς διαιτητὴν καὶ αἱρετὸν δικαστήριον, quoniam illis dicuntur διαιτηταί, arbitri communi diuidundo, qui etiam inuitos vocant ad rerum communium diuiſionem, vel poſcẽte vno ex ſociis. Et ex eo efficitur, recte agi communi diuidundo cum muto, qui poſcere iudicem ipſe non poteſt : *ſed etiam vnus ex ſociis mutus erit,* (ſic eſt legendum, non inuitus, vt in Baſilicis, κἂν ὁ ἄλαλος, ἐνάγηται,) *recte cum eo communi diuidundo agi* : atque ita recte agi, poſcente vno ex ſociis iudicem. Et rurſus recte agi cum muto, etiam ſi eius perſona non intelligatur in iudicio eſſe idonea, qui fari non poteſt: quia ſatis apte, qui mutus eſt, præſens appellari non poteſt, *l. vlt. de verb. ſign.* Et iudicium non conſiſtit niſi præſente ambobus, vt eſt in 12. tab. Breuiter communi diuidundo, & familiæ erciſcundæ iudicium petitur a quolibet ſociorum, vel coheredum conſortium, etiam inuito, aut obmuteſcente altero. Inuenio tantum duos caſus, qui excipiuntur, quibus ſocius non agit communi diuidundo inuito ſocio. Vnus eſt in *l. arbor. §. de veſtibulo, hoc tit.* alter in *l. vlt. C. de alien. iud. mut. cauſ. facta.*

Ad l. 20. de interrog. in iure faciendis.

Qui ſeruum alienum reſponderit ſuum eſſe, ſi noxali iudicio conuentus ſit, dominum liberat : aliter atque ſi quis confeſſus ſit ſe occidiſſe ſeruum, quem alius occidit : vel ſi quis reſponderit ſe heredem. nam his caſibus non liberatur, qui fecit, vel qui heres eſt. Nec hæc inter ſe contratria ſunt : Nam ſuperiore caſu ex perſona ſerui duo tenentur, ſicut in ſeruo communi dicimus, vbi altero conuento alter quoque liberatur. at is, qui confitetur ſe occidiſſe, vel vulneraſſe, ſuo nomine tenetur, nec debet impunitum eſſe delictum eius, qui fecit, propter eum, qui reſpondit, niſi quaſi defenſor eius, qui admiſit, vel heredis, litem ſubiit hoc genere. tunc enim in factum exceptione data ſubmouendus eſt actor : quia ille negotiorum geſtorum, vel mandati actione recepturus eſt, quod præſtitit. Idem eſt in eo, qui mandatu heredis heredem ſe eſſe reſpondit, vel cum eum alias defendere vellet.

1. §. *In iure interrogatus, an fundum poſſideat : quæro an reſpondere cogendus ſit, & quota ex parte fundum poſſideat. Reſpondit : Iauolenus ſcribit, poſſeſſorem fundi cogi debere reſpondere, quota ex parte fundum poſſideat : vt ſi, minore ex parte poſſidere ſe dicat, in aliam partem, qua non defenderetur, in poſſeſſionem actor mittatur.*

2. §. *Idem, & ſi damni infecti caueamus : nam & hic reſpondere debet, quota ex parte eius ſit prædium, vt ad eam partem ſtipulationem accommodemus. Pœna autem non repromittentis hæc eſt, vt in poſſeſſionem eamus : & ideo (eo) pertinet ſcire, an poſſideat.*

IN hac l. duæ proponuntur quæſtiones. quod attinet ad primam, certum eſt, ex reſponſione quemque ſua, quam in iure interrogatus fecit, ex confeſſione ſua, quam rogatus vel non rogatus in iure fecit, teneri & conueniri poſſe. Vt ſi quis in iure interrogatus, an Stichus, qui noxam nocuit, ſeruus ſuus ſit, reſponderit, ſeruum ſuum eſſe, quamuis alienus ſit, non ſuus, ex ſuo reſponſo conueniri, & condemnari poteſt actione noxali quaſi dominus, *l. 27. §. vlt. l. 39. §. 1. ſup. de noxal. act.* Et conuentus noxali actione ſi ſoluerit æſtimationem litis, æſtimationem damni, quod fecit ſeruus alij, verus dominus ſerui hac actione liberatur. Dico ſi ſoluerit litis æſtimationem, quia non electione eius qui ſeruum alienum, ſuum eſſe reſpondit, & litis conteſtatione, ſed perceptione demum & ſolutione, ſiue præſtatione damni dominus liberatur *l. 26. §. ſeruum, ſup. de noxal. act.* Et ita accipiendum eſt, quod ait lex 8. *hoc tit.* ſi actum ſit noxali iudicio cum eo, qui in iure falſo reſpondit, ſe eſſe dominum ſerui, dominum hoc iudicio liberari, ſi actum videlicet ſit, & ſolutum, vt in *l. 3. & 4. de his, qui deiecer. vel effud.* Hinc quæritur, cur etiam non liberetur is, qui alienum ſeruum occidit aut vulnerauit, alio in iure reſpondente, ſe eum ſeruum vulneraſſe, aut occidiſſe, & accipiente iudicium ex lege Aquilia ſuo nomine, & ſoluente æſtimationem litis : nam ſolutionem huius certum eſt, non liberare eum, qui homicidium fecit. Videamus, quæ ſit ratio differentiæ. Ratio differentiæ non eſt in difficili. Priore caſu, quum qui non erat dominus, accepit noxale iudicium, reſpondens, ſe noxæ, id eſt, ſerui eſſe dominum, qui ſi ſoluerit litis æſtimationem, liberat verum dominum : hoc, inquam, caſu neque verus dominus, neque is, qui falſo reſpondit, ſe eſſe dominum, neuter tenetur noxali actione ſuo nomine, ſed ex perſona ſerui, & nomine ſerui, qui noxam nocuit, qui cum vnus ſit homo, & vnam ſemel litis æſtimationem actori ſolui ſatis eſt, ſicut (quo exemplo hic Paulus vtitur) quum eiuſdem ſerui duo ſunt domini, ſinguli ex delicto ſerui tenentur in ſolidum noxali actione, ſerui nomine, non ſuo, ex perſona ſerui, non ex perſona ſua. Et ideo vno conuento in ſolidum, & ſoluente litis æſtimationem, perinde atque ſi ſeruus ipſe ſoluiſſet, qui deliquit, alterum liberari conueniens eſt *l. vt tantum §. item ſi ſeruus, inf. de ſeru. corr.* Sic, (quod alterum exemplum ego addo) ſi vnus dominus ſit ſerui, qui noxam nocuit, alter poſſeſſor, qui dolo malo deſiefit eum poſſidere, electio eſt actoris, cum quo velit agere noxali iudicio. Sed ſi vnum ex iis ſemel elegerit, & ab eo litis æſtimationem conſequutus fuerit, cæteri liberantur per exceptionem doli mali, quia ſerui nomine tenebantur, non ſuo, & iam ſerui nomine ab vno ex iis actori ſatisfactum eſt. Et ita explicanda eſt lex 26. *de noxal. act.* Quæ tantum abeſt, vt huic legi noſtræ aduerſetur (quod tamen tentat Accurſius) vt ſupradicto caſui, quem modo expoſui, coniungat ea lex 26. etiam eum, qui hac lege proponitur, puta ſi alius ſeruum alienum in iure ſuum eſſe reſponderit : Nam & hoc & illo caſu vno ſoluente, alter liberatur, quia omnes tenebantur ex perſona vnius ſeruuli. Et ita Accurſius eam l. 26. explicare debuit, non vt fecit, dicens, ideo in ea ſoluente vno, alterum liberari, quia alter, inquit, ab altero cauſam habuit, veluti emptor a venditore, aut donatarius a donatore : Nam idem omnino ſeruatur, etſi alter ab altero cauſam non habeat, vt ſi vno deſinente dolo malo ſeruum poſſidere, ſine facto eius poſſeſſio perueniat ad alterum, quod & Albericus hoc loco recte notat. At poſteriore caſu, quum vnus extraneum ſeruum & alienum occidit, aut vulnerauit, alter in iure interrogatus reſpondit, ſe eum occidiſſe aut vulneraſſe, ſinguli tenentur ſuo nomine, & ex ſua perſona, vnus quod reuera occiderit : alter quod impudenter in iure mentitus ſit, ſe eum occidiſſe, nec propter mendaciam huius, impunitum eſſe debet delictum eius, qui occidit. Ergo vterque ſuo nomine, & quaſi ex propria obligatione, ac ſeparata domino ſerui tenetur actione l. Aquiliæ : is, qui occidit, ex reipſa : is, qui reſpondit ſe occidiſſe, ex dolo, ſiue mendacio ſuo : nam mendacium dolus eſt. vnuſquiſque ſui facti pœnam meretur, publice intereſt delicta non eſſe impunita, *l. 25. ita vulneratus, ad leg. Aquil.* ne coaleſcant, *l. bona fides, depoſ. l. locatio §. quod illicite, D. de publican. l. 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. vi exem. l. 6. C. Theod. de canone frumentario vrbis Romæ.* Impunitate propoſita vix quiſquam eſt qui abſtinere iniuria poſſit. Impunitatis ſpes, (inquit ille) magna eſt illecebra peccandi. Et hæc quidem ita ſe habent, ſi quis temere vel improbe, vt actorem deciperet, reſponderit in iure, ſe occidiſſe, quem alius occiderat. Nam aliud dicendum eſt, ſi quaſi defenſor occiſoris interuenerit amicus quidam, non quidem palam edicendo, ſe defenſorem illius eſſe, ſed animo defendendi illius ſua ſponte, vel ex mandato illius reſpondendo, ſe occidiſſe, & ſuo nomine iudicium accipiendo. Nam hoc caſu, ſi ſoluerit litis æſtimationem

condemnatus, sane occisor liberatur, non quidem ipso iure, sed per exceptionem in factum, quia occisor defensori tenetur actione negotiorum gestorum restituere, quod ille pro eo soluit, vel mandati actione, si mandatu eius litem subierit hoc genere, id est, quasi defensor, siue animo defendendi, & quia defensor, & is, qui defenditur, habentur pro vna persona, pro eo est, ac si occisor ipse litem subiisset, quum alius eam subiit, quasi defensor eius, vt scilicet pro eo damnaretur, ad exemplum fere Pyladis, qui mentiebatur se esse Orestem, vt pro amico moreretur, vel etiam vt deciperet actorem, frustraretur, & ludificaretur. Rursus quæritur, *cur etiam non liberetur heres a creditoribus hereditariis, alio in iure falso respondente, se heredem esse solum, qui heres non est, vel qui non solus heres est, sed ex parte tantum, & tamen liberetur dominus noxali iudicio, altero respondente noxam suam esse,* id est, seruum suum esse, qui noxam nocuit? Et in hac specie, eadem etiam fere interuenit ratio differentiæ, quia tam dominus, quam qui respondit, se esse dominum, noxali iudicio tenentur ex persona serui, quæ cum vna sit, & vna, semel etiam dependi debet æstimatio litis, atque adeo vno soluente alter liberatur. At qui verus heres est, & qui se heredem esse falso respondit, vterque ex sua persona & suo nomine separatim tenetur creditori hereditario, non ex vna causa, alioqui essent duo rei debendi, & vno soluente alter liberaretur, sed ex diuersis causis, ex diuersis obligationibus, verus heres ex contractu defuncti, falsus heres ex suo mendacio. Et ideo solutio vnius non liberat alterum, & licet creditori idem bis consequi non quidem ab vno, & eodem (hoc esset improbum) sed a duobus, ex diuersa causa obligatis in eandem rem vel summam, vt in *l. 7. sup. de rei vindic. l. etiam §. non solum, de petit. hereditat.* A duobus (inquam) suo nomine obligatis ex propria quisque obligatione, tanquam duobus principalibus debitoribus proprie in singulis cuiusdam obligationis, non tanquam a duobus correis, non tanquam ab vno reo principali, altero fideiussore, vel mandatore vel defensore, alioqui vnius solutione liberaretur vterque. In hac igitur specie duo quidem sunt rei debendi eiusdem pecuniæ, sed non duo correi. Hoc maxime notandum. In priori specie vnus est tantum reus, puta seruus, qui noxam nocuit. Frustra vero tentat Accursius in contrarium ex *l. si quid possessor, de petit. heredit.* soluente eo, qui se heredem esse respondit, verum heredem liberari per exceptionem doli mali, quia ea lex non loquitur de eo, qui se heredem esse falso respondit, qui eius quod soluit condictionem non habet, quia sciens soluit, sed loquitur de eo, qui bona fide possedit hereditatem, existimans se heredem esse, cui euicta hereditate a vero herede, competit condictio indebiti soluti. Et hanc actionem, si cesserit vero heredi, verus heres, si a creditore conueniatur, quia ipso iure liberatus non est solutione, quam possessor fecit suo nomine, non nomine heredis, tueri se potest exceptione doli mali dicens, *dolo facis, qui creditum petas,* quod mox per condictionem indebiti, quæ mihi cessa est, mihi restituturus es. Frustra etiam Accursius huic legi opponit *l. 1. de eo per quem fact. erit, sup.* vbi si plures dolo fecerint quo minus quis in iudicio sistat, vno soluente omnes liberantur: quia (vt breuiter respondeam) actio in factum ex illo edicto comparata persequitur id tantum, quod interest actoris, *l. 3. eod. tit.* Et ideo, si vnus præstiterit actori id quod interest, quia desiit eius interesse, alij liberantur. At falsus heres soluendo creditori, videtur magis pœnam sui mendacij dependere, quam id quod interest creditoris. Et vt in *l. 8. de iurisdict. omnium iudic.* memini me dicere, pœna accipitur improprie pro eo quod interest. Quia non est pœna ex vtraque parte, sed ex parte rei tantum, ex parte actoris est res, quæ ei abest, non pœna. Verum ei, quod diximus, soluente eo, qui falso respondit, se esse heredem, non liberari verum heredem, addenda est eadem exceptio, quæ addita est priori casui: videlicet, quum is soluit, qui respondit, se occidisse, quem alius occiderat. Exceptio hæc est, nisi is, qui respondit se heredem esse, id responderit quasi defensor veri heredis, sua sponte, cum omnino vellet eum defendere, vel ex mandatu eius: Quo casu, quod pro eo soluerit, quia eum obligare voluit, cum interuenerit vt defensor, recepturus est actione negotiorum gestorum, vel mandati. Et ideo verum heredem liberat, daturque eo nomine, ne exigatur, vero heredi exceptio in factum, quod non sit æquum, verum heredem, quod soluere tenetur vero defensori, id etiam soluere creditori hereditario, cui defensor soluit. Exceptione in factum (inquam) vel exceptione doli, vel exceptione taciti pacti, vt in *l. 2. C. de pact.* Et exceptio in factum hoc loco a Dorotheo prisco more ita concepta est: ἀλλ' εἰ μὴ παρὰ σοῦ ἐναχθεὶς, ἔχει καὶ ἐμοῦ τὴν *negotiorum gestorum,* εἰ τὴν τοῦ *mandati,* ἐναγωγὴν, δι' ἧς δύναται ἀπαιτεῖν ὅσα κατέβαλεν ὑπὲρ ἐμοῦ: *At si non is, quem exegisti, habet contra me actionem negotiorum gestorum vel mandati, per quam a me repetere potest, quæ tibi pro me soluit:* denique quod exactum est a defensore, aut veluti defensore, non potest etiam iterum exigi ab eo, qui defensus est, quia vterque habetur pro vno eodemque. Notandum autem est his casibus, quum quis quasi defensor occisoris vel heredis litem subit, non profiteri quidem eum palam in iudicio se defensionem eius suscipere. Nec est necesse (vt recte Bartol. notat hoc loco) vt qui agit alieno nomine, dicat se agere alieno nomine: nam potest aliud agere, aliud simulare: agere causam reuera alieno nomine, simulare suo nomine. Alioqui, si appareret eum defensoris animo interuenire, non admitteretur sine satisdatione iudicatum solui, *l. 39. §. 1. de nox. act.* iuxta regulam iuris, *Nemo est alterius defensor idoneus sine satisdatione iudicatum solui.* Sed vt huius satisdationis onere se leuaret, vt ait *l. 18. huius tit.* ponendum est eum respondisse, se verum aut solum heredem esse, se eum ipsum esse, qui homicidium fecit, & iudicium accipere suo nomine, quamuis non eo animo fuerit, vt suo nomine acciperet: quo genere, puta iudicio accepto pro alio, & secuta condemnatione, nouatio fit necessaria, & saltem beneficio exceptionis doli, vel in factum, vel taciti pacti, verus heres vel homicida liberatur, etiamsi defensor nondum iudicatum fecerit, *l. solutione, de solut. l. si pro patre §. 1. de in rem vers. l. si fundus §. si plures, de pignorib. d. l. 2. C. de pact. l. 3. C. de execut. rei iud.* Idemque probat *d. l. 18. hoc. tit.* nimirum condemnato defensore verum debitorem liberari, etiamsi defensor nondum soluerit iudicatum. Sed si defensor soluendo non sit, rescisso priore iudicio, per quod liberatio contigit vero debitori, vel beneficio exceptionis restitui actionem petita restitutione in integrum in verum debitorem, quod res a defensore condemnato seruari non possit propter eius inopiam. Hæc est prior quæstio.

Ad §. in iure.

Quæstio quæ proponitur in §. *in iure interrogatus,* hæc est, an cogatur respondere, qui in iure interrogatur a Prætore vel ab aduersario, an rem qua de agitur possideat, vel quota ex parte eam possideat: mouet dubitationem, quod quæstio proponi videtur de actionibus in rem, quæ aduersus possessorem dantur, actore dominium suum esse petente, in quibus tamen actionibus constat, has interrogationes non fieri, sed in actionibus in personam tantum, nec omnibus tamen, sed iis tantum in personam actionibus, quibus certum petitur. fiunt hæ interrogationes in personalibus actionibus, & fiunt antequam petitionem suam actor instituat & litem contestetur, vt instructior veniat ad agendum prius prærogato reo, *l. 1. hoc tit.* In rem actionem possessio aduersario parit, *l. vn. C. de al. iud. mut. caus. fac.* In rem actio est ex præsenti possessione aduersarij, *l. non alias §. 1. de iudic.* hoc est, in rem actio datur domino in possessorem. Quamobrem *l. 9. de rei vindic. & lex si fundus §. in vindicatione, de pignor.* aiunt, officium iudicis in actione in rem in hoc versari, vt inspiciat, an reus possideat, quia in non possidentem hæc actio non datur, vt (inquam) inspiciat pro sua prudentia, non etiam, vt

vt reum interroget, & respondere hac de re compellat, quod male Accursius tentat in *d. l. 9.* ex hoc §. qui nihil pertinet ad actionem in rem, vt postea dicetur. Eadem vero ratione *l. qui petitorio, de rei vindicat.* ait, eum qui vtitur actione in rem, id est, qui vti vult, (vt Basilica loquuntur) ὁ ἐθέλων ἐκδικεῖσθαι actione in rem, ne frustra experiatur, debere requirere, an is, cum quo instituit agere & decreuit, possessor sit, vel dolo desierit possidere, qui etiam pro possessore habetur, quia hac actione frustra agitur in non possessorem, *l. vlt. eod. tit. l. 1. & l. 3. C. vbi in rem act. exerc. deb.* debere, inquam, eum, qui acturus est requirere, id est, odorari, explorare, perscrutari: Basilica περιεργάζεσθαι, per se scilicet, an is cum quo acturus est, rem possideat: nec enim compellere eum potest ad respondendum an possideat: sicut nec vnde, vel quo titulo possideat, *l. 25. de iur. fisc. l. pen. C. de petit. hered.* per quam abrogatur lex 1. *C. Theodos. de fid. instrument.* nec item, vt respondeat, quota ex parte eius res sit, id est, quota ex parte rem possideat, vt interpretanda censeo esse verba illa *l. in speciali, de rei vindic.* sicut in hoc §. quota ex parte eius sit prædium, id est, quota ex parte prædium possideat. Hæc de actionibus in rem. In actionibus autem in personam, quæ in possessorem dantur, hæ interrogationes sunt necessariæ, vt in actione damni infecti, quæ datur in possessorem vicinarum ædium, quæ vitium faciunt, aut *conuitium*, vt est in veteri inscriptione, quoties omnes partes ædium vitiosæ sunt, & ruinosæ. Per quam actionem desideramus, vt vicinus nobis caueat damni infecti, puta quod earum ædium vitio aut ruina damni contigerit eius rei nomine, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Postulatio cautionis quæ personalis est, est actio damni infecti, & sic vocatur in *l. 3. §. si vicinus, & l. supra §. officium, de aqu. & pluu. arc.* & a Græcis ἡ ἐλπίδι συμπτώσεως ἀγωγὴ, *actio concepta in spem casus & cladis aut ruinæ*: in spem Labinæ, vt & quidam non male loquuntur. Vicino autem cessante in præstanda cautione huiusmodi quæ petita est, vice cautionis mittimur in possessionem earum ædium, atque etiam si iusta causa videatur eas possidere iubemur, *l. prætor ait, de damn. infec.* Hæc est pœna non cauentis, vt ait hoc loco, pœna non repromittentis suo nomine damni infecti. Cautio autem damni infecti, aut vice cautionis missio in possessionem ad eam tantum partem prædij, siue ædium accommodatur, quam quisque possidet, si plures sint domini ædium vitiosarum: nec enim singuli tenentur in solidum, *l. prætoris §. 1. l. plures, de dam. inf. l. 6. § si damni sup. comm. diuid. l. si communes, de negot. gest. l. is cui §. si ex duobus, vt in possess. legat. eatur.* Quibus nihil obstat lex *in stipulatione, de dam. inf.* quia (vt & Accursius animaduertit) non de pluribus dominis ea lex loquitur, sed de vno tantum domino, qui si ædium vitiosarum nomine non caueat in solidum, ita punitur, vt actor eat in possessionem ædium. At si plures sint domini, satis est pro sua quemque parte cauere, & aliis cauentibus, aliis non cauentibus in eorum tantum partes fit missio in possessionem, qui cauere detrectant. Et ideo actoris interest scire, is, quo cum agit cauere damni infecti oportere, an possideat, & quota ex parte possideat, vt ad eam tantum partem accommodetur cautio, & primum decretum, id est, missio in possessionem. Ac propterea, si ea de re in iure interrogetur per prætorem, respondere cogitur, vt in *l. 10. hoc tit.* vt si forte neget falso se possidere, ne caueat damni infecti, aut compellatur cedere possessionem mendacij conuictus, aut si desistendum putauerit, quasi dolo versatus, omnimodo compellatur actori ædes tradere. Et hæc est prior species huius §. & similiter, quæ est alia species, cum debitor abest vel latitat, nec defenditur, quia creditores mittuntur in possessionem bonorum eius absentis, vel latitantis, & indefensi, *l. item ait §. pen. ex quib. caus. maior. l. 2. l. 7. §. 1. quib. ex caus. in possess. eat.* Qua in causa notandum est, pro absente, vel latitante, atque indefenso haberi nonnunquam eum, qui præsens est, quique rem pro parte defendit, pro absente, inquam, haberi vel latitante & indefenso in alia parte, quam non defendit, quia plena defensio tam ab eo exigitur, quam a defensore eius, & si a defensore eius, & ab eo igitur, *d. l. item ait, in fine l. 9. §. Celsus, hoc tit.* Et eleganter l. 52. quæ ex his explicanda est, *de regul. iuris*, ait, non defendere non tantum eum, qui latitat, sed etiam eum, qui præsens rem non defendit. Hoc cognito, finge debitorem, cum quo creditores experiuntur, fundum possidere: postulantibus creditoribus interrogatus apud prætorem, quota ex parte fundum possideat cogetur respondere, vt scilicet si mentiatur, se eum possidere, verbi gratia, ex quadrante tantum, quem possidet ex semisse, & se pro quadrante tantum defensioni offerat, in alium quadrantem, quem non defendit, creditores mittantur in possessionem. Et hoc est, quod proponitur in priore parte huius §. quod male Accursius accipit de actione in rem, ex *l. 7. §. Celsus, quibus ex caus. in possess. eat.* Quia interrogationes huiusmodi non sunt necessariæ in actionibus in rem, sed in iis tantum, quæ sunt in personam, & ita si certum petatur *l. 1. hoc tit.* In actione in rem etiam quandoque venit pars incerta, *l. 3. in fi. l. quæ de tota §. 1. de rei vindicat.* Ac præterea certissima est ratio differentiæ inter actiones in personam, quibus certum petitur, & cæteras actiones in personam vel in rem. Ratio differentiæ hæc est, quia in personalibus actionibus parum aut nihil interest actoris, prius interrogari eum, cum quo iudicium suscipit, an sit heres, an sit dominus, an sit possessor: quia si non sit heres, non tenetur hereditariis actionibus, si non sit dominus, non tenetur noxalibus actionibus. Et in superioribus casibus, si non sit possessor, missioni in possessionem locus non est, & qui agit nihil agit, *l. 1. in fi. quando di. vsusfruct. leg. ced.* Nec vllum igitur subest periculum plus petitionis, quia nihil agit, nihil petit. male agit, qui plus petit, non nihil agit. At maxime interest actoris, vt ait *l. 9. §. summatim, hoc tit.* interrogari reum, quota ex parte heres sit, ne actor plus petendo causa cadat, vel hodie damni aliquid sentiat, ne incurrat in periculum plus petitionis, quia heredes non tenentur, nisi pro partibus hereditariis: Nam ex duodecim tabulis, nomina inter coheredes ipso iure diuisa sunt pro hereditariis portionibus: & ideo non veniunt in iudicium familiæ erciscundæ, *l. 2. §. vlt. famil. ercisc.* In hoc iudicium veniunt indiuisa, non diuisa. Ergo non veniunt nomina, quæ ipso iure diuisa sunt pro portionibus hereditariis. Et creditor hereditarius, qui ab vno ex heredibus petit plus parte hereditaria, plus petit, & ideo priusquam petat, cogere potest heredem, vt in iure palam edicat, quota ex parte sit heres. Et similiter in superioribus casibus recte interrogatur reus, quota ex parte prædium possideat eadem ratione, ne actor plus petendo causa cadat, veluti petendo se mitti in possessionem totarum ædium, quæ possidentur tantum pro parte. Et hæc est ratio proposita in *l. 1. hoc tit.* propterquam eæ interrogationes non sunt necessariæ, nisi in actionibus in personam, quibus certum petitur, propter periculum plus petitionis. huius autem periculi nullus metus subest in iudiciis bonæ fidei, quia incerti actiones sunt, quia certum non petunt, sed id tantum, quod ex bona fide dari fieri oportet. Et hoc est, quod ait Marcus Tullius in oratione pro Roscio Comœdo, arbitrium, id est, actionem bonæ fidei esse incertæ pecuniæ iudicium, id est, actionem strictam esse certæ pecuniæ: & ideo eum, qui amplius sestertio nummo petat, quam ei debitum sit, actione stricta, actione certi in personam, causam perdere. Actionibus autem bonæ fidei comparantur actiones arbitrariæ, quales sunt omnes actiones in rem, *l. qui restituere, de rei vindic.* quia tantum in iis potest arbitrij clausula, quantum bonæ fidei in illis, *l. in bonæ fidei, de eo, quod cert. loc.* Itaque in actionibus, quibus incertum petitur, eæ interrogationes superuacuæ sunt, quarum instituendarum causa fuit periculum plus petitionis, cuius metus abest ab his iudiciis. Hæc est sententia huius §. & ratio, ex qua breuiter obseruandum est, priorem partem huius §. esse de actione creditoris, qui quod debitor rem non defendat, postulat

se mitti in possessionem bonorum eius. Posteriorem autem partem, esse de actione damni infecti, qua intenditur damni infecti caueri, aut vice cautionis in possessionem iri oportere, quæ posterior pars incipit ab his verbis. Idem, etsi damni infecti caueamus: id est, si nobis caueamus damni infecti a vicino. Sic ea verba interpretanda sunt, obliterata Accursij glossa.

Lex 42. de act. emp. & vend.

Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiauerit: & ita vtrumque vno pretio tradiderit, & alteri aliquid desit: quamuis in altero exsuperet: forte si dixit, vnum centum iugera, alterum ducenta habere: non proderit ei, quod in altero ducenta decem inueniuntur, si in altero decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari. Vtique si exiguus modus syluæ desiit: & plus in vineis habeat, quam repromissum est, an non facit dolo, qui iure perpetuo vtitur? Nec enim hic quod amplius in modo inuenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet. Et tunc tenetur venditor cum minor modus inuenitur. Videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eo fundo, si plus inueniat in vinea quam in prato, cum vniuersus modus constat. Similis quæstio esse potest ei, quæ in duobus fundis agitata est, & si quis duos statuliberos vno pretio vendat, & dicat vnum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat. Nam & hic tenebitur ex empto actione, quamuis emptor a duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est, in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari: & si quid deest emptori siue pro modo, siue pro qualitate loci, hoc ei resarcire.

QVæstio hæc est. Quidam duos fundos vendidit & tradidit simul vno pretio, vna cautione, vno instrumento emptionis, fundum Seianum, & fundum Mæuianum. Separatim autem modum cuiusque dixit, & repromisit, puta fundum Seianum habere centum iugera, fundum Mæuianum ducenta iugera. Post fundi Seiani modus inuenitur minor decem iugeribus, fundi autem Mæuiani modus inuenitur maior 10. iugeribus. Venditor in dicendo modo, quem dixit, non est versatus dolo malo. In pronuntiando modo fundi Seiani mendacium dixit, non mentitus est, quia non habuit animum decipiendi emptoris: alioquin in eum competeret vetus actio ex empto in duplum auctore Paulo *lib. 1. Sentent. tit. 18. & lib. 2. tit. 16.* quæ in fine huius legis admittitur compensatio lucri cum damno, non admitteretur. In dicendo autem modo fundi Mæuiani neque mendacium dixit, neque mentitus est, quia manifestum est in ducentis decem, & ducenta inesse. Quod vero reipsa deceptus emptor sit in modo fundi Seiani licet nullus dolus venditoris probari possit, quod inquam, in re ipsa emptor deceptus sit in modo fundi Seiani, cui desunt 10. iugera, quæritur, an ei competat aduersus venditorem actio ex empto, quod non præstiterit modum fundi Seiani, quem dixit: Et placet competere actionem ex empto, quod eius fundi modum non præstiterit quem dixerat, vel vt in 12. tab. quod non præstiterit, quæ lingua nuncupauerat. Et ita in *l. 2. in princ. hoc tit.* si modus agri, qui dictus est, non præstetur, esse actionem ex empto in venditorem. & erit ergo etiam in specie proposita ipso iure, nec quicquam proderit venditori, quod quantum deest fundo Seiano, tantum exsuperet in fundo Mæuiano. Verum non habita ratione eius, quod exsuperat in fundo Mæuiano, propter id quod deest Seiano, & ex Labeonis sententia ipso iure in venditorem est actio ex empto. Et hoc admittamus libenter, ipso iure esse actionem ex empto. Verum hoc admisso rursus quæritur, an si hac actione venditor conueniatur, tueri se possit exceptione doli mali, maxime in hac specie, si ex duobus illis fundis, qui vno pretio vænierunt, vnus sit sylua vel saltus, alter vinea, & in vinea, qui fundus est fructuosior, longe plus sit, quam dictum sit, in sylua exiguus modus desit. In hac specie æquum esse videtur, repelli emptorem, qui venditorem compellat ex empto: quia in hac specie nihil emptoris interest, quum quod deest syluæ, id habeat in agro meliore: & dolo facere videtur, qui agit, quum eius nihil interest. Actiones enim comparatæ & compositæ sunt (vt ait Marcus Tullius) ex damno & iniuria cuiusque, id est, vt per eas consequamur id quod nostra interest. An ergo dicemus maxime in hac specie nunc proposita, tueri se posse venditorem exceptione doli mali? An contra dicemus, hanc exceptionem cessare, quod nihil faciat dolo emptor qui agit ex empto ob minorem modum syluæ, quia sane nihil videtur dolo facere (inquit) qui iure perpetuo vtitur? Ius perpetuum vocat ius summum, ius directum, vt in *l. 2. C. Theod. de iure fisci. iure directo atque perpetuo.* Ius quod omnia recta & inflexibilia exigit. æquitatis regula flexibilis est, vt structuræ Lesbiæ regula plumbea, secundum Aristot. Dolo igitur non facit, qui vtitur iure recto, & quo semper aut plerunque ciues vtuntur. Quod item & publicum dici potest. Dolo igitur non facit, qui iure publico vtitur, qui concessa actione vtitur: Nam vt in regulis iuris habemus, *l. nihil consensui §. 1. non capi eum, qui ius publicum sequitur:* ita vice flexa statuere licet, nihil capere eum, qui ius publicum sequitur. Denique nec capi, nec capere eum, qui iure publico vtitur. Ius autem publicum, ius perpetuum hoc est, vt venditor, qui maiorem modum dixit, ex empto teneatur, vt modum, quem dixit, præstet, nec defendat se exceptione doli. In hac specie venditor maiorem syluæ modum dixit: ergo tenetur ex empto efficaciter. Præterea ius perpetuum hoc est, vt si venditor minorem modum dixerit, & inueniatur maior, quod amplius est, ad compendium emptoris pertineat potius, quam venditoris. Ergo & in hac specie, quod plus est in vinea, id debet cedere compendio emptoris, salua manente ei petitione per actionem ex empto eius, quod deest syluæ. Et hæc quidem, quæ hactenus diximus, faciunt pro emptore. In contrarium Paulus tractat eodem artificio, eademque methodo, qua vsus est in *l. mater, de inoffic. testam.* & tentat, *ὡς ἐν ἐπιχειρήματι τὸ ἐναντίον, τοῦ ἐναντίου λογισμοῦ παρασκευάζων*, tentat, inquam, nullam esse querelam in specie proposita, nullam iustam actionem aut postulationem emptoris. Hac ratione, quia si vnus fundus vænierit centum iugerum, qui constabat ex vinea & prato, & dixerit vendiror in vinea esse 50. iugera, in prato totidem, & in vinea inueniantur 60. in prato 40. atque ita confuse constet vniuersus modus centum iugerum, plane cessat actio ex empto, quia non habet, quod queratur emptor, cum quod deest in prato, exsuperet in vinea, cuius reditus longe amplior est, quam prati, & vtilior hominibus, & vberior, vel Columella teste, conferente vineam cum prato, *lib. 3. cap. 3.* At contra, si in vinea sint 40. in prato 60. tunc sane fatemur, locum esse actioni ex empto, quia captio interuenit emptoris, *l. si in qualitate, l. si fundo vendito, hoc tit.* quam in ea parte fundi, quæ melior est, vinea, puta, minus inuenitur. At (& hęc est assumptio, quæ addenda est superiori propositioni, propositio erat de vno fundo vendito, qui dicebatur esse centum iugerum: sequitur nunc assumptio) at de vno fundo vendito in specie in hac lege proposita de duobus fundis venditis, vnus fundus veniisse videtur, quia vænierunt vno pretio: ergo cessat actio ex empto, si maior sit modus in vinea, minor in prato. at negandum est, duobus fundis venditis vno pretio, vnum fundum vænisse videri, quia etsi vænierint vno pretio, duæ sunt emptiones & venditiones: tot emptiones, quot res, *l. cum plures, de euict. l. & vno pretio, hoc tit.* Et vero nunc vice versa Paulus rursus tentat sumpto argumento a duobus statuliberis ab herede venditis ex empto actioni locum esse. Finge: dominus in testamento suo Sticho & Pamphilo directam libertatem dedit, Sticho sub conditione, si heredi quindecim dederit, vel quod idem est simpliciter, sub conditione, si 15. dederit, *l. ita liber, de statulib.* Pamphilo autem sub conditione, si quinque dederit, & heres re integra vtrumque vendiderit vno pretio, constat statuliberos posse vendi, & conditionem

ditionem statulibertatis impleri in persona emptoris, *l. statuliberos, l. statuliberi a ceteris §. vlt. de statulib.* In vendendo autem heres conditionem statulibertatis pronuntiauit, & dixit, Stichum decem dare iussum, qui iussus erat dare quindecim, & Pamphilum dare totidem, qui iussus erat dare quinque tantum. Confuse congruit vniuersus numerus: quia ambo 20. dare debent: sigillatim non congruit numerus, qui dictus est, quia Stichus plus dare iussus est. Et ideo venditor ex hac causa tenetur ex empto, sicut si solidum Stichum vendidisset, & dixisset decem tantum eum dare iussum, *l. 10. de statulib. l. qui alienam §. 1. de euict.* Ergo duobus fundis venditis vno pretio, si vel vni fundo desit modus, qui debitus est quamuis exuperet in altero, actio ex empto locum habet. Paulus postquam satis agitauit hanc quæstionem vltro citroque, tandem concludit in superioribus casibus, videlicet de duobus fundis, vel de duobus statuliberis venditis vno pretio, ex hac causa emptore agente ex empto compensari debere lucrum cum damno, officio iudicis scilicet, quia iudicium bonæ fidei est, etiam non opposita exceptione doli, *l. plane 38. de petit. hered.* puta, quod exsuperat in vinea, compensari debere cum eo, quod prato vel syluæ deest, & si quid desit emptori in modo, vel in qualitate agri, id ei suppleri & resarciri oportere. Hoc declaremus appositis exemplis. Si venditor in vinea dixerit esse ducenta iugera, in prato centum, & inueniantur in vinea ducenta decem, in prato nonaginta: emptor nihil consequetur actione ex empto, quia ei nihil deest, imo plus habet, quia decem iugera, quæ exsuperant in vinea, pluris sunt quam decem, quæ prato desunt, vel syluæ. Contra vero si in vinea inueniantur centum nonaginta, in prato 110. minus habet emptor pro qualitate agri, quia 10. quæ abundant in prato, non tanti sunt, quanti decem, quæ desunt arbusto aut vineæ. Quod si in vinea desint decem, in prato nihil: vel contra in prato 10. in vinea nihil: vel si in vtroque agro desit aliquid, decem emptori suppleri debent pro qualitate & bonitate agri, iuxta *l. 4. §. vlt. hoc tit.* At si fundus vænierit non expressa qualitate, si non dixerit, se vendere vineam aut syluam, aut oliuetum, aut pratum, denique si fundus vænierit non expressa qualitate agri, & maiorem modum venditor dixerit, pro modo, & quantitate, siue numero iugerum, quæ desunt, æstimatio facienda est, & damnum emptori sarciendum, vt *d. l. 4.* damnum, inquam, sarciendum est, quod pro modo emptor facit, vel pro qualitate, ad concurrentem quantitatem lucri. Nam compensari prius oportet lucrum cum damno, & si damnum præponderet, id præstari, quod præponderat, aut prægrauat emptorem. Quæ est sententia huius legis. Addendum tantum, similem compensationem damni cum lucro admitti in specie legis *si negotia, de negot. gest.* sed non admitti in specie legis 23. 25. *& 26. pro soc.* Cur tam varie? Hoc quæro, cur in specie huius legis, cur in specie *l. si negotia*, hæc compensatio admittitur, & non in specie illarum legum, *pro socio*. Negotiorum gestorum lucrum, quod domino parauit compensat cum damno, quod culpa vel negligentia eius præbuit, vel etiam quod casus per culpam eius præbuit, vt *d. l. si negotia.* Cuius auctor est (quod maxime ad rem facit) Pomponius. ergo compensationem admisit lucri cum damno quod culpa gestoris præbuit. Cur etiam in *l. 23. & seqq. pro soc.* socius non compensat lucrum, quod industria eius societati attulit, cum damno quod culpa eius præbuit? Nam in supradictis legibus aperte dicitur, culpam esse præstandam, etiamsi in aliis rebus aucta fuerit societas per socij industriam. An est statuenda differentia inter negotia gesta, & societatem? Minime, si sequamur Pomponium, non est statuenda differentia inter negotia gesta & societatem. Nam ex sententia Pomponij socius eadem compensatione vtitur, vt Vlpianus refert in *d. l. 23.* sane notans legem *si negotia*, quanquam de negotiis gestis loquatur non de societate, sed vbique par incurrit ratio. Et sane hac in re dissensit Pomponius ab aliis: sed aliorum sententia obtinuit, socium vel gestorem negotiorum non compensare lucrum cum vitio suo, cum culpa sua. Quæ sententia comprobata est etiam decreto Marci & ei locus dari debet, non in societate tantum, sed etiam in negotiis gestis, ita vt nullo casu quisquam lucrum compenset cum suo vitio. Et in specie huius legis non compensatur etiam lucrum cum vitio vel culpa cuiusquam, siue (quod idem est) cum damno quod culpa attulerit, sed cum damno simpliciter, id est, cum eo, quod modo aut qualitati agri cuiusquam deest. Postremo nihil etiam aduersus hanc legem fecit *lex si duos, de euiction.* vbi si duo serui simul vænierint quinis: quorum vnus erat dignus quinque, alter decem, euicto eo, qui erat dignus quinque, non ideo cessat actio de euictione, quod alter sit dignus decem, id est, non compensatur, quod plus in hoc est, cum eo, quod minus est in illo. Cur ita? Quia hi duo serui non confuse vno pretio vænierant, sed quinis. Si quinis: ergo non vno pretio. In specie autem huius legis duo fundi vel duo statuliberi confuse vænierunt vno pretio. Itaque facile fit compensatio augmenti, quod est in vno, cum decessione, quæ est in altero.

Ad leg. 10. de vsuris.

Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet, quem non deberet restituere, si cum mater peteretur, iam natus fuisset: nisi specialiter & pro hoc egisset.

HÆc lex proprie pertinet ad actiones in rem, quæ vindicationes appellantur. Idque verbum *petendi*, demonstrat, quo proprie vindicatio significatur. petere idem est, quod suum est, vindicare, & petitio idem est ac vindicatio. Idemque indicat verbum possessoris. Nam actio in rem in possessorem dirigitur. Loquitur autem lex generaliter de possessore, nec separat bonæ fidei possessorem a malę fidei possessore. Et in vtroque certissima eius definitio est, partum post litem contestatam editum, possessorem restituere debere, quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt: omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, *l. sed etsi §. si ante, de petit. hered.* Porrigitur autem hæc definitio etiam ad actiones in personam, *l. 2. l. 3. §. in his, hoc tit.* Ergo siue in rem, siue in personam actum sit de ancilla, quam auctor suam esse petit, vel quam intendit sibi dari oportere, re iudicata secundum actorem, etiam partum editum post litem contestatam restituere oportet actori, eidemque victori, sicut & fœtum perceptum post litem contestatam, & omnem causam, omnemque accessionem rei in iudicium deductæ venire. Et fit ea restitutio officio iudicis *l. 35. §. 1. de rei vindic.* quamuis petitus non sit partus, vel fœtus, qui ederetur, quive perciperetur, vel causa, quæ post existeret, & emergeret post iudicium, acceptum scilicet, post iudicium inchoatum, post litem contestatam. Hæc tria idem tempus notant. In actionibus autem in rem ita ius est ex l. 12. tabul. ex qua etiam dupli fructus post litem contestatam in restitutionem veniunt. Verba legis 12. tabularum hæc sunt apud Festum: *si vindiciam falsam tulit*, id est, si is, a quo res vindicabatur, eam falso, & contra veritatem vindicauit. Nam actio in rem est mutua vindicatio ex vtraque parte, vt Institut. ostendunt initio *tit. de action.* Ergo, inquit lex, *si vindiciam falsam tulit, eius rei siue litis arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito.* Quam legem proculdubio intelligit lex *Iulianus §. quantum, ad exhib.* vbi ait, fructus æstimari secundum legem. Legem enim quum dicimus, 12. tabularum intelligimus, maxime, cum tractatur de ea actione, quæ ex 12. tabul. descendit, vt actio ad exhibendum, & in rem actio, propter quam actio ad exhibendum est inducta. Et ideo Paul. 5. Sentent. ait, ex die accepti iudicij, id est, ex die litis contestatæ, duplos fructus præstari victori. Et Diuus Ambrosius epistol. 24. *Cum aduerterem*, inquit, *grauiori conditione illum, si vicisset acturum de duplis fructibus.* Et in *l. 1. C. Theod. de vsur. rei iudic.* ex prisci iuris formulis, id est, ex 12. introductum esse, vt malæ fidei possessores in fructus duplos conuenirentur. Et in *l. 1. de fruct. & lit. exp. C. Theod.* *litigator victus*

(inquit) *quem inuaſorem rei alienæ prædonemve conſtabit. ſed & qui poſt conuentionem rei incubarit alienæ, non ſola rei redhibitione teneatur, nec tantum ſimplorum fructuum præſtationem ſolam, ſed & duplos fructus exſoluat.* Et ij ſunt, qui maiores fructus appellatur in Digeſt. id eſt, dupli, in l. *reſcriptum* §. 1. *de diſtract. pign. & l.* 6. §. *vlt. mand.* Hodie reſtituuntur ſimpli fructus, vel æſtimantur in ſimplum tantum, non in duplum, & partus ſimiliter, ceteræque acceſſiones, & cauſæ rei in iudicium deductæ. Nam etſi lex 12. tab. loquatur tantum de fructibus, tamen porrecta eſt etiam ad partum & omnem cauſam, *l. Iulianus,* §. *idem Iulianus, l. præterea, de rei vindicat.* Et hæc de actionibus in rem. In actionibus in perſonam idem introductum ac receptum eſt, vt ſcilicet partus editus poſt litem conteſtatam, & fructus & omnis cauſa reſtituantur officio iudicis, non quidem ex 12. tabul. quæ eſt tantum de vindiciis, ſeu de vindicatione, ſed ex vſu recepto, *l.* 2. *hoc tit. l. cum fundus, in princip. de reb. cred.* ex opinione vulgo recepta, *d. l.* 2. ex opinione Sabinianorum ſcilicet, *l.* 8. *de re iudic. l. videamus* 2. §. *ſi actionem, hoc t.* Sabiniani ex æquitate, vt ait §. *ſi actionem,* cenſent etiam in actionibus in perſonam, poſt litem conteſtatam, omnem cauſam eſſe reſtituendam actori, ſecundum quem lis datur. Ratio illa æquitatis eſt communis omnibus actionibus tam in rem, quam in perſonam, vt quale quidque eſt tempore litis conteſtatæ, tale reſtituatur, *d. l.* 2. ne reus lucrum faciat ex re, quæ in lite eſſe cœpit, *l. Iulianus* §. *vlt. de rei vindic.* ne reus habeat, quod non eſſet habiturus, ſi ſtatim bonam fidem agnouiſſet, & ceſſiſſet actori, *l.* 35. §. 1. *eod. tit.* Et hæc de partu edito, vel alia cauſa exſiſtente poſt litem conteſtatam. Videamus, quid ſit dicendum, ſi partus ſit editus ante litem conteſtatam, id eſt, antequam mater peteretur. Et conſtat, partum editum ante litem conteſtatam, non venire in reſtitutionem, nec in æſtimationem, nec in actione in rem, nec in actione in perſonam, *l. inter ſtipulantem* §. *vlt. de verb. oblig.* Sicut nec fructus veniunt, qui ſunt percepti ante litem conteſtatam, & non veniunt primum poteſtate actionis, quia actio rem tantum petit, puta fundum, vel ancillam, & rei appellatione non continetur fructus, quia alia res eſſe cœpit ſtatim atque re ſeparatus eſt, Et eodem modo ancillæ appellatione non continetur partus iam editus, quia alius iam homo eſt, *l.* 7. §. *de fruct. de except. rei iudic.* Et rurſus fructus percepti ante litem conteſtatam, vel partus nati ante litem conteſtatam, etiam non veniunt officio iudicis, quia in iudicio eius rei non vertitur quæſtio, *l. ſi fundus,* §. *interdum, de pignor. l. ædiles,* §. *item ſciendum, de ædil. edic. l. ſi tertius,* §. *officium, de aq. & aq. pluu. arc.* Denique in actione in rem, vel in perſonam, veniunt quidem fructus pendentes, qui & ſtantes appellantur, quia pars rei ſunt, ſed non etiam percepti & exſtantes, nec partus editi ante litem conteſtatam, niſi, vt ſubiicit Paulus, & ipſi ſuo nomine nominatim in litem, in quæſtionem vocentur atque petantur, *l.* 2. *C. de petit. hered.* hoc tamen ita verum eſt, niſi ſit actio bonæ fidei: nam, vt Scæuola dicebat, bonæ fidei nomen manat latiſſime, & ſane complectitur etiam fructus perceptos, vel partus editos ante litem conteſtatam omnimodo, *d. l. videamus* §. *pen.* & partus ſane in actione ex empto editos poſt numerationem pretij: quam in rem eſt ſingularis lex *Thais* § *Lucia, de fideicomm. libert.* Et hoc vero diſtant fructus vel partus ab vſuris: nam in bonæ fidei iudiciis officio iudicis vſuræ non veniunt, niſi poſt moram, *l. mora* §. *in bonæ fidei, hoc tit.* partus & fructus veniunt etiam ante moram qui exſtiterunt ante litem conteſtatam. Addenda eſt etiam alia exceptio, ſecundum hanc exceptionem priorem (quam nos poſuimus initio) habet tantum locum in actionibus ſtrictis, vt non veniant fructus percepti ante litem conteſtatam vel partus editi ante litem conteſtatam, nam aliud ſeruatur in bonæ fid. iudiciis. ſed ſtrictis iudiciis addenda eſt alia exceptio, niſi in formula actionis ſtrictæ prætor vtatur reſtituendi verbo, quia hoc verbum plenam ſignificationem habet, vt in actione Fauiana, & Pauliana, & interdicto vnde vi, *d. l. videamus* §. *in Fauiana.* In cæteris actionibus ſtrictis vel arbitrariis non veniunt partus editi ante litem conteſtatam, vel fructus percepti ante litem conteſtatam, nec *in præiudiciis* quidem, id eſt, cognitionibus de ſtatu. Nam matre petita in ſeruitutem, vel in libertatem, non videtur petitus iam ante editus partus, niſi nominatim petitus ſit, *l. vlt. C. de lib. cauſ.* Nec item in actionibus legatorum vel fideicommiſſorum, quamuis in pleriſque cauſis ſint adſimiles actionibus bonæ fidei: nam & in actionibus legatorum vel fideicommiſſorum ita demum veniunt fructus vel partus, ſi poſt litem conteſtatam, vel poſt moram percipiantur vel edantur, niſi & pro iis, qui ante editi & percepti ſunt, ſpecialiter actum ſit, *l.* 3. §. 1. *l.* 8. *l.* 14. *in princip. hoc tit. l. vlt. C. de vſur. & fruct. legat. & l.* 14. *hoc tit. ait: Paulus libro* 14. *reſponſorum. Reſpondit Paulus: Moram, &c.* legendum eſt, *poſt moram,* vt in Baſilicis, μετ' ὑπέρθεσιν. Ceterum ante moram vel litem conteſtatam percepti fructus vel editi partus, ad compendium pertinent heredis, non legatarij, aut fideicommiſſarij, *l. ſi quis bonorum, l. cum ſeruus,* §. 1. *l. quæſtum* §. *vlt. de leg.* 1. *l.* 26. *de leg.* 3. *l. generaliter* §. *proinde, de fideic. libert. l.* 1. *& vlt. C. de vſur. & fruct. leg.* Et hæc ſufficiunt de ſententia huius legis.

Vnum tantum reſtat, quod opponitur ſententiæ huius legis ex *l. non poteſt, de iudic.* quæ non videri in iudicium veniſſe ait, quod poſt litem conteſtatam accidit: ideoque noua actione, noua interpellatione opus eſſe. Hoc omnino videtur pugnare cum hac lege, quæ in iudicium in rem venire ait partum editum poſt litem conteſtatam, in quam & Græci generaliter ita conſtituunt, ἡ προκάταρξις πάντα σιωπηρῶς περιέχειν δοκεῖ, ὅσα μετ' ταύτην συμβαίη, καὶ οὐδέν ἐστιν ἰδιαζούσης ἀγωγῆς ἐπ' αὐταῖς. *litis conteſtatio omnia tacite complecti videtur, quæ poſt eam accidunt, nec opus eſt propria actione.* Verum, vt reſpondeamus breuiter, *d. l. non poteſt,* vt hic recte Odofredus notat, eſt accipienda de eo, quod poſt litem conteſtatam extrinſecus accidit, non ex reipſa, quæ in lite eſſe cœpit, ex qua dicuntur eſſe fructus & partus, *d. l.* 7. §. *de fructibus.* Soleo ad d. leg. *non poteſt,* exemplum apponere ex *l. Antæus, in fine, de aq. pluu. arc.* Si actum ſit damni infecti, vel aquæ pluuiæ arcendæ de eo opere, quod factum eſt, quodque nocere poteſt vicino, & poſt litem conteſtatam ea de re aliud opus fiat, de hoc nouo opere, nouo iudicio agendum eſt. Quod etiam oſtendit lex *ſi mater* §. *pen. de except. rei iud.* Nec eſt abſimile, quod ait lex *de iis rebus, ſup. de recept. qui arbit. recep.* de his rebus arbitrum ſumptum ex compromiſſo, iudicare debere deque iis controuerſiis, quæ ab initio inter eos fuerunt, qui compromiſerunt, non de aliis controuerſiis, quæ poſtea ſuperuenerunt.

Ad l. 125. de verb. oblig.

Cum ſtipulamur, quicquid te dare facere oportet; *nihil aliud in ſtipulationem deducitur, quam quod præſenti die debetur: Hoc enim ſolum hac ſtipulatio demonſtrat.*

PRius hanc legem tractabimus, etſi ordine poſterior ſit *l.* 14. *ex quibus cauſ. in poſſeſſ. eat.* tum quia eſt facilior, tum quia quodammodo cohæret cum iis, quæ ante diximus in *l. partum, de vſur.* Quod nobis debetur, in vſu eſt frequentiſſimum, vt id deducamus in ſtipulationem confirmandæ obligationis gratia, vel etiam per acceptilationem poſtea tollendæ obligationis gratia, eo quod nobis debetur re, aut literis, aut conſenſu prius deducto in ſtipulationem Aquilianam. Et ita fere concipimus ſtipulationem, *quidquid te mihi ex illa cauſa dare facere oportet; id ſpondeſne? ſpondeo,* Paulus ait his verbis ſignificari, quod debetur præſenti die: verbum: *oportet:* demonſtrare præſens tempus duntaxat, nec complecti futurum. Qua de cauſa in ſtipulatione Aquiliana additur, *oportebitve:* hoc modo, *quidquid te mihi dare facere oportet, oportebitque.* Nam ſi dixeris tantum *Oportet,* præſens tantum obligatio in

in ſtipulationem deducitur, vt *l. 76. §. 1. hoc tit. & l. ſi a colono ſup. hoc tit.* quæ eſt coniungenda cum *l. 16. de liber. leg.* Et hac in re obſeruandum eſt, longe aliam eſſe rationem iudiciorum ſiue actionum & formularum, quæ in iudiciis frequentantur, aliam ſtipulationum: Nam ſi ita agam in iudicio, *quicquid te mihi dare facere oportet*, hac formula etiam id *quod oportebit*, continetur. Hac formula, vt ſup. ad leg. proximam docuimus, continentur etiam fructus vel partus editi poſt litem conteſtatam, & tacite petiti intelliguntur: continetur omne incrementum, omnis cauſa, quæ rei in iudicium deductæ acceſſerit poſt litem conteſtatam. Et ad actiones ſane reſpicit etiam lex 8. *de verb. ſignif.* vbi tamen vulgo legitur verbum *oportebit*. Sed recte ſenſit Cælius Calcagninus eſſe legendum verbum *oportet*, *tam præſens*, inquit, quod eſt certiſſimum, *quam futurum tempus ſignificat*, in actionum formulis ſcilicet. Verbum autem *oportebit*, nuſquam inuenies præſens tempus ſignificare. Et eam legem proprie pertinere ad actiones etiam indicat quod ſequitur, *actionis verbo non contineri exceptiones*: quod vtique verum eſt in edicto de edendo, quod eſt de edenda actione, non de edenda exceptione. Eademque ratione in his ſtipulationibus, quæ inſtar actionis habent, actioneſque dicuntur, vt in ſtipulatione legatorum, vel fideicommiſſorum, his verbis, *quicquid te mihi dare facere oportet*, nam & de præſenti legato interponuntur, *l. etiam de præſenti, vt leg. nom. cau.* his, inquam, verbis ſtipulationis, *quicquid te mihi dare facere oportet*, & id quod oportebit continetur, vt fructus & vſuræ ex mora, *l. 1. §. belliſſime, vt legat. nom. cau.* quia hæ ſtipulationes quaſi actiones ſunt, poſtulanturque a prætore vt ait, *l. 1. §. 1. de prætor. ſtipulat. l. non ſolum, rem rat. hab. l. actiones, de obligat. & act. l. ſi ambo §. in ſtipulation. de compenſat.* Nunc tranſeamus ad *l. 14. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.*

Lex 14. quibus ex cauſis in poſſeſſ. eatur.

Si quis creditorem prohibuerit bona creditoris ingredi, datur in eum actio, quanti ea res ſit.

1. §. Sed & ſi quis legatorum ſeruandorum cauſa miſſus in poſſeſſionem, admiſſus non eſt, ſi legati conditio pendeat, licet poſſit deficere, æſtimatur tamen id, quod legatum eſt, quia intereſt eius cautum habere.

2. §. Creditore autem conditionalis in poſſeſſionem non mittitur, quia is mittitur qui poteſt bona ex edicto vendere.

VAriæ ſunt cauſæ, ex quibus fit miſſio in poſſeſſionem vniuerſorum bonorum aduerſarij. Vna eſt, quæ fit miſſo creditore in poſſeſſionem vniuerſorum bonorum debitoris abſentis, vel latitantis, vel exulantis & indefenſi vel præſentis, & rem non defendentis, rei ſeruandæ gratia, vt ait *l. 1. hoc tit.* id eſt, debiti ſeruandi gratia, vt in *Nouella 53.* χρέους ἕνεκεν φυλακῆς. & in epiſt. Symmachi ad Theodoſ. *Petitore*, inquit, *poſtulante, vt ſeruandi debiti cauſa in materna corpora mitteretur, quod aduerſaria æſtimationem bonorum conuenta facere noluiſſet*. ſeu crediti ſeruandi cauſa, vt ait lex 1. §. *non quærimur, ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* & ſpecialiter dotis ſeruandæ cauſa, *l. ea quæ §. 1. ad municip. l. pen. §. item danda, de diuerſ. & temp. præſc. l. offic. de rei vindicat.* iudicati ſeruandi cauſa, *l. 2. & 3. C. qui pot. in pign. hab.* Ad quas cauſas mittendi in poſſeſſionem proculdubio reſpicit generalis clauſula edicti: *ſi quis ex alia cauſa miſſus erit in poſſeſſionem*, de qua, in *l. vlt. in fine, ne vis fiat ei, qui miſſ. erit in poſſeſſ.* Eſt & alia cauſa, propter quam fit miſſio in poſſeſſionem, puta legatario vel fideicommiſſario miſſo in poſſeſſionem vniuerſorum bonorum, quæ ſunt in cauſa hereditaria, vel etiam certis ex cauſis, quæ ipſius heredis ſunt, legatorum ſeruandorum cauſa, ſi heres nolit cauere legatorum nomine, quæ in diem, vel ſub conditione relicta ſunt. de quo genere miſſionis eſt titulus, vt in *poſſeſſionem legatorum vel fideicommiſſorum, &c.* Eſt & alia, quæ fit ventris nomine, vxore, quam vir moriens prægnantem reliquit, ventris nomine miſſa in poſſeſſionem bonorum defuncti, de qua in tit. *de vent. in poſſeſſ. mit.* Eſt & alia damni infecti, ſi vicinus ædium vitioſarum nomine nolit repromittere, aut ſatiſdare damni infecti. Sed hæc cauſa damni infecti longe diſtat ab illis, quoniam ex illarum cauſa fit miſſio in vniuerſa bona, *l. 1. hoc tit.* Quod & Marcus Tullius ſcribit in Quintiana: *poſſeſſionem bonorum ſpectari non in aliqua parte, ſed in vniuerſis, quæ teneri ac poſſideri poſſint.* Ex cauſa autem damni infecti fit tantum miſſio in eam partem, eamve rem, ex qua damnum timetur, *l. 4. §. 1. l. ſi finita §. ex hoc edicto, de dam. infec.* Item ex cauſa legatorum, ſiue legatorum ſeruandorum cauſa, & ex cauſa damni infecti fit miſſio cautionis vice, quæ non præſtatur ab herede aut vicino. Qua ex cauſa etiam ea poſſeſſio *vicaria* dicitur. Ex aliis autem cauſis non fit miſſio vllius cautionis vice, *l. 1. §. vlt. ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ. erit: l. ſi finita §. ſi quis damni, de dam. infec. l. poſtquam §. 1. vt leg. nom. cau.* Sunt & aliæ inter has cauſas differentiæ, quæ inferius explicabuntur, nec cum ſuperioribus coniungendæ. Nam hoc ratio docendi & perſpicuitas exigit. Notandum tantum eſt, quamuis inter has cauſas mittendi in poſſeſſionem multæ intercedant diſtantiæ ſeu differentiæ, tamen hoc eſſe commune omnium cauſarum, vt quacunque ex cauſa quis decreto prætoris iuſſus ſit ire in poſſeſſionem, ſi non admittatur, ſi prohibeatur venire in poſſeſſionem, in eum, qui prohibuit, is, qui prohibitus eſt, habeat interdictum, *ne vis fiat ei, &c.* vel ex cauſa interdicti actionem in factum in id, quod intereſt, vel executionem extraordinariam, quæ fiat per miniſteria & officia prætoris, aut manu militari. Idque ex edicto illo, *ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſus eſt, & hoc ſiue dominus, ſiue alter prohibuerit.* Sic vulgo legitur in *l. 1. §. eſt autem, eod. tit.* rectius quam Florentiæ nullo ſenſu, *ſiue dolo, ſiue aliter prohibuerint.* Rectius etiam quam Baſilica, εἴτε δόλῳ εἴτε ἄλλως κωλύσωσι: *ſiue dolo vel aliter prohibuerint.* Nam prætoris edictum omnino exigit dolum, nec qui aliter citra dolum prohibet, tenetur interdicto, vel actione in factum, *d. l. 1. §. ſi quis ideo.* Alter vero quam dominus, ſane tenetur, vt tutor ſi prohibuerit, *d. l. 1. §. hoc edicto*, & procurator, & actor municipum, *l. 27. de dam. infec.* Et ita hoc loco, ſi quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, non dominus ipſe, vel debitor ſignificatur, ſed alius quilibet. De miſſione autem in poſſeſſionem legatorum ſeruandorum cauſa dubitari poteſt, an prohibito legatario ingredi bona hereditaria, in eum qui prohibuiſſet, hæc actio competeret, hac ratione, quod ex hac cauſa miſſio fit, vt plurimum, ſi legata ſint conditionalia, aut in diem, & pendente conditione poſtulanti legatario non caueat heres ſua die legata reddi. Et nõ fit hęc miſſio crediti ſeruandi cauſa: quia legatarius conditionalis non eſt creditor, *l. is cui, de oblig. & act. l. 27. qui & a quibus manum. lib. non fiant.* Non igitur fit crediti ſeruandi cauſa, ſed legatorum aut fideicommiſſorum ſeruandorum cauſa. Et legatarius conditionalis non eſt creditor, quia antequam conditio legati exſtiterit, legati nullæ ſunt vires. Verum hæc miſſio fit ſpecialiter legati ſeruandi cauſa, licet conditio legati deficere poſſit in incerto & ambiguo, quia etiam exiſtere poteſt. Et ideo intereſt legatarij interim cautum habere, ne heres dilapidet bona, vel interim labatur facultatibus. Proinde legatario ob non præſtitam cautionem miſſo in poſſeſſionem, nec admiſſo, id eſt, prohibito in poſſeſſionem venire, ei competit hæc actio, quæ in factum eſt in id, quod intereſt, puta quod eſt in legato, id eſt, in veram æſtimationem legati, perinde atque ſi conditio legati exſtitiſſet. Hæc eſt pœna non admittentis miſſum in poſſeſſionem, *l. 4. §. condemnatio, inf. de tab. exhib.* Verum hac in re multum diſtat legatarius conditionalis a creditore conditionali, cuius diſtantia oſtendendæ cauſa nobis hæc lex pen. data eſt. Neque enim alio ſpectat, quam vt conſtituat hac in re eſſe differentiam inter legatarium conditionalem, & creditorem conditionalem. Legatarius conditionalis, vt dixi, non eſt creditor, quia legati nullæ ſunt ſunt vires ante conditionem impletam:

creditor vero conditionalis, veluti stipulator conditionalis, est creditor: quia obligatio conditionalis statim ab initio contractus vires accipit: & est obligatio conditionalis, obligatio cum adiuncto, *l. vsusfructus, de stipulat ser-uor.* Et certissimum illud est, in legatis conditionalibus spectari tempus existentis conditionis, quoniam ex eo tempore vires accipiunt, in contractibus autem spectari tempus contractus, quoniam ex eo vires accipiunt. Qua ratione placet legata conditionalia non transmitti in heredem, quia nondum constiterant in persona legatarij vita defuncti: stipulationes autem conditionales transmitti, quia statim ab initio vires habuerunt, & radices egerunt in persona stipulatoris: & similiter legata conditionalia filiofamil. relicta non acquiri patri, si conditio exstiterit post emancipationem filij, stipulationes autem acquiri. Quæ omnia fusius exposuimus in *l.* 78. *de verb. oblig. & l. quæ legata, de reg. iuris.* Porro etsi creditor conditionalis sit creditor, non tamen potest pendente conditione mitti in possessionem bonorum debitoris rei seruandæ causa, & impune prohiberi potest. Legatarius autem, qui non est creditor, pendente conditione in possessionem mitti potest, herede non cauente, & impune non prohibetur. Et perspicua ratio differentiæ inter legatarium & creditorem hæc est, quia creditor mittitur in possessionem bonorum debitoris, pignoris tantum vice, quod *pignus prætorium* dicitur, missio facit & constituit pignus prætorium: Creditor, inquam, mittitur in possessionem pignoris vice, non cautionis vice, quia antequam extiterit conditio neque pecunia, neque cautio ei vlla debetur, præter quam vno casu, *l.* 4. *inf. de separat.* exposita 12. responsor. Papiniani. Excepto illo casu, antequam extiterit conditio stipulatori conditionali, nec res, nec pecunia, nec cautio vlla debetur. Igitur cautionis vice non mittitur in possessionem, sed pignoris tantum vice, vt scilicet, postea ex edicto ea bona publice distrahat, quasi pignorata, hasta posita in foro, *l. 6. §. 1. l.* 7. §. 1. *& l. seq.* §. 1. *hoc tit.* Creditor autem conditionalis non potest ea bona distrahere, *d. l.* 7. §. *si in diem*, quia, vt dixi, nec cautio ei debetur, nec pecunia. Et is tantum distrahere potest, postquam missus est in possessionem, cui alterutrum debetur, pecunia, vel cautio, vt in casu dictæ leg. 4. Creditor cõditionalis, cum nihil eorum ei debeatur, non potest bona distrahere. Ergo nec ire in possessionem bonorum: vt remotio consequentis, nonnunquam est remotio antecedentis: vel, vt Paulus ait hoc loco, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere, quasi ita concludens in 2. figura.

Qui mittitur in possess. potest bona vendere.
Creditor conditionalis non potest bona vendere.
Ergo creditor conditionalis non mittitur in possess.

Legatarius autem conditionalis recte mittitur in possessionem bonorum, non tantum pignoris vice, vt *l. misso, pro emptore, l.* 18. §. *vlt. famil. ercisc. l.* 3. *&* 5. *C. vt in possess. legat.* sed etiam cautionis vice, quæ ei, interim, dum pendet conditio, debetur ex edicto prætoris. Qua in re legata & fideicommissa comparantur iudiciis bonæ fidei in quibus ante diem, vel ante conditionem agi potest ad cautionem interponendam, *l. in omnibus, de iudic. l. Seia, de mort. caus. donat. l. si constante §. quoties, sol. mat.* Ergo si heres perseueret non cauere legatario, & iusta esse causa videbitur, poterit legatarius bona, in quæ missus est, distrahere. Itaque non frustra mittitur, nec impune igitur ab herede, vel ab alio prohibetur venire in possessionem, sed si prohibitus sit, datur ei in eum, qui prohibuit, actio in factum, de qua in hac lege agitur. Ex hac differentia potest constitui alia ex *l.* 1. §. 1. *ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit.* Legatario misso in possessionem, nec admisso, actio illa in factum de qua hic agitur est perpetua, & datur etiam in heredem eius, qui non admisit, qui eum prohibuit, quia facile ei est quandocunque oblata cautione euitare hanc actionem, quia cautionis vice legatarius missus est in possessionem. Creditori autem in eum, qui prohibuit, est actio annua tantum, non perpetua, quæ nec in heredem eius, qui prohibuit, datur; quia non cautionis vice creditor missus est in possessionem, vt sit in eius potestate cautione aliqua oblata euitare hanc actionem pœnalem, sed missus est pignoris tantum causa, quo semel constituto atque contracto, non est integrum id resoluere alia ratione, quam solutione debiti. Nihil est his addendum, nisi quod huic l. penult. obiicitur lex 6. *in princ. hoc tit.* quæ ait, creditores conditionales in possessionem mitti solere. Et hæc lex ait, non mitti, quia nec vendere possunt bona, in quæ mittuntur. Nihil est, quod tam facile explicari possit. Respondeo, *solere quidem mitti*, vt ait *l.* 6. sed si non admittantur, non dari eis actionem in factum, vt hæc *lex pen.* ait, quia non optimo iure mittuntur creditores, non cum effectu: neque enim pignus exequi & vendere possunt. Si ergo initium spectes, mittuntur: si finem vel effectum, non mittuntur, quia pignus non contrahunt, quibus nondum neque res, neque pecunia, neque cautio vlla debetur.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum III. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 40. de relig. & sumpt. fun.

Si quis enim eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque temporis gratia deponere, quam quod ibi sepeliret mortuum, & quasi æterna sede dare destinauerit, manebit locus profanus.

Sciendum est, locum religiosum illum esse; in quo mortuus sepultus est, vel si comburatur, vt solebant olim, in quo ab vstrina mortuus, vel mortui ossa iustæ sepulturæ atque perpetuæ causa illata sunt. Dico *mortuus vel mortui ossa*, vt prætor in *l.* 2. §. *prætor, hoc tit.* Mortuus, est corpus vel cadauer integrum: mortui ossa & cineres, sunt corporis combusti reliquiæ, quæ & reliquæ dicuntur sæpe in hoc tit. & in fine tit. seq. Græcis λείψανα, Nou. sexagesima. mortui conditorium est sepulchrum: ossium conditorium, est ossuarium, *l.* 2. *de sep. viol.* Et in antiqua inscriptione, *Iulia Fuscinia ossuarium viua sibi fecit.* Sed & ossuarium sepulchrum appellatur. Ait enim Vlpianus in *l.* 2. §. *sepulchrum, hoc tit.* sepulchrum esse, vbi corpus, ossaue condita sunt. Præterea in definitione loci religiosi, dixi, *Iustæ sepulturæ causa, atque perpetuæ*, ad differentiam mortui, qui certo loco deponitur, non vt perpetuo ibi sit, sed vt in alium locum transferatur perpetuæ sepulturæ: quæ depositio corporis locum non facit religiosum. Si quis (inquit Paulus hoc loco) eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque illic deposuerit temporis gratia, quam veluti æternæ sedi destinauerit, aut tradiderit, manebit ille locus profanus, locus purus, vt vocatur, non erit religiosus locus ille depositionis. Id enim non est sepelire, sed deponere & commendare, *l.* 14. §. *funeris hoc tit.* illo loco, ad corpus *commendandum*, id est, deponendum temporis gratia, siue ad tempus, vt in testamento Geruntij apud Hieronymum, *simplici sepulchro conditus vel potius commendatus.* Et in libello quodam oblato Seuero Imperatori, cum subscriptione Iuuencij Celsi Iurisconsulti: *Cum*, inquit, *ante hos dies coniugem & filium amiserim & pressus necessitate corpora illorum fictili sarcophago commendarim, donec quietis locus, quem emeram ædificarem. Rogo Domine permittas.* Et in *l.* 3. §. *non perpetuæ, de sepulc. viol. non perpetuæ*, inquit, *sepulturæ tradita corpora, id est, commendata & deposita*: quæ ait, pos-

se transferri, sine venia, scilicet, permissuve principis, aut magistratus, vt *l.* 10. *hoc tit.* quæ translatio proprie appellatur διακομιδή. Prima autem elatio funusque mortui ἐκκομιδή. Omnis autem cura sepeliendi mortui, quæ ad sepulchrum fit, συγκομιδή dicitur, quod interpres Æschyli ostendit illo loco, ἄτιμον εἶναι δ' ἐκφορᾶς φίλων ὕπο. Deposita, inquam, corpora & commendata transferri in alium locum possunt sine venia: at corpora perpetuæ sepulturæ tradita, non possunt transferri, nec loco moueri sine piaculo, nisi impetrata venia a principe aut præside, *l.* 1. *& vlt. C. eod. tit.* vel a collegio Pontificum, *l. ossa, hoc tit.* Nam vt constat ex epistola Plinij ad Traianum, & M. Tull. 2. *de legibus*, & ex *d. l. ossa, & l. vlt. tit. seq. & l. hereditas, in fine, sup. de petit. hered.* ex huiusmodi causis collegium Pontificum adiri solet. Et in antiqua inscriptione, *reliquiæ traiectæ ex permissu collegij Pontificum piaculo facto.* & aliquando etiam permissu tribuni plebis. vt in alia inscriptione: *eisdem corporibus translatis permissu tribuni plebis.* Connecti vero hæc lex 40. debet cum superiore, quasi ratio superioris, quoniam ait, *si quis enim eo animo, &c.* lex superior ait, *Iustæ sepulturæ traditum corpus*, id est, terra conditum & humatum videri, etsi in arcula conditum sit, dummodo eo animo conditum sit, vt non alio transferatur, id est, non deponendi animo. Si quis enim animo deponendi corpus intulerit (vt subiicit Paulus) locus profanus manet, nec fit religiosus. Erat autem arcula vile sepulchri genus, plebeium sepulchrum, vnde vilis arca Horatio:

Angustis eiecta cadauera cellis
Conseruus vili portanda locabat in arca

Et Lucano.

Dum vilem magno plebeij funeris arcam.

Ergo locus nihil religionis habet, antequam corpus terra obrutum, vel arca lapidea, vt ait *l.* 7. *hoc tit.* conditum & impositum sit ea mente, vt non alio transferatur. Impositum dixit *l.* 37. *hoc tit.* vt veteres, situm, vnde & *siticines*, qui apud sepultos canebant.

Ad leg. 44. eod. tit.

Quum in diuersis locis sepultum est, vterque quidem locus religiosus non fit: quia vna sepultura plura sepulchra efficere non potest. mihi autem videtur illud religiosum esse, vbi quod est principale conditum est, id est, caput cuius imago fit, & inde cognoscimur.

1. §. *Cum autem impetratur vt reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse.*

Addit Paulus in hac lege 44. Si diuersis locis corpus fortasse cæsum, vt solebat, sepultum sit, vtrumque locum religiosum non esse (vel quod idem est) vtrumque locum non esse sepulchrum, quia vna sepultura plura sepulchra efficere non potest. Et vna est sepultura, quæ vnius est: vt vna tutela, quæ vnius pupilli: vna noxa, quæ vnius serui. Sed illum locum ait religiosum esse, vbi quod est principale, Græce ἡγεμονικόν, conditum est, & principale statuit esse caput: *cuius*, inquit, *imago fit, & inde cognoscimur.* (est locus elegantissimus.) Nam omnis imago cuiuscunque materiæ olim plerumque caput tantum & humeros exprimebat sine reliquo corpore, vt in numismatis. Ambrosius 6. Hexam. *Sola*, inquit, *ære fusa principum capita, & ductos vultus de ære, vel marmore adorari.* Plinius 37. cap. 2. de imagine Cnei Pompeij confecta ex margaritis, quas vocat opes Orientis. *Iamtum*, inquit, *illud caput orientis opibus sine reliquo corpore ostentatum.* Iuuenal. sat. 8.

——— *At tu*, inquit,
Nil nisi Cecropides truncoque simillimus Hermæ.
Nullo quippe alio vincis discrimine, quam quod
Illi marmoreum caput est, tua viuit imago.

Vere igitur dicit Paulus imaginem capitis fieri, quia non fit etiam totius corporis, sed capitis tantum humerorum tenus, non reliqui corporis. Cur vero capitis tantum? *Quia*, inquit, *inde cognoscimur.* Quam rationem reddit etiam in problem. Arist. διὰ τί, inquit, τοῦ προσώπου τὰς εἰκόνας ποιοῦνται, πότερον ὅτι τοῦτο δηλοῖ ποῖοί τινές, ἢ ὅτι μάλιστα γνωσκεται; *cur vultus & oris imagines fiunt? an quod vultus sit index animi, an quod inde cognoscamur.* Vbi igitur caput conditum est, ibi mortui sepulchrum est, & locus tantum ille sepulchri religione tenetur: non etiam maceriæ vel porticatio, qua forte sepulchrum communitum est: non horti, non aliæ culturæ interiacentes, *l. æde, de cont. empt. l.* 37. *hoc tit. l. locum, C. eod. tit.* quæ & tutela sepulchri dicitur in antiqua inscriptione: *huic monumento tutelæ nomine cedunt agri puri, iugera decem, & taberna quæ proxime illum locum est.* Ælius Gallus Iurisconsultus apud Festum ait, *Religiosum tantum esse sepulchrum, vbi mortuus sepultus ac humatus sit.* Et Vlpianus in *l.* 2. §. *sepulchrum, hoc tit. sepulchrum esse, vbi corpus ossave hominis condita sunt, non totum locum, qui sepulturæ destinatus est: totum non esse religiosum, sed eatenus duntaxat, quatenus corpus humatum est.* Quamobrem dici potest, nec fines, aut latitudinem, aut longitudinem loci sepulchro destinati, quæ notari solent in titulis sepulchrorum his verbis: *In fronte pedes tot, in agro tot.* Et ab Horatio illo loco: *Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agro.* Et M. Tullius Phil. 9. *Vt locum sepulchri Pansa consul in Æsquiliis, vel quo in loco videbitur pedes* 30. *quaque versus designet, quo Seruius Sulpitius inferatur.* Hos, inquam, fines loci sepulchro destinati, recte dicimus non teneri religione, sed quatenus corpus humatum est duntaxat. Non omittam quod addit Paulus in fine huius legis, si quandoque impetretur a principe, vel magistratu, vel collegio Pontificum, vt reliquiæ, quæ semel traditæ sunt iustæ sepulturæ, loco moueantur, & in alium commodiorem transferantur, quod si res exigit, impetrari solet, *l.* 39. *hoc tit.* vt si forte reliquiæ vi fluminis contingantur, *l.* 1. *C. eod.* tum locus, quo mouentur, qui sane erat religiosus, definit esse religiosus. Idemque euenit, si locus ille captus ab hostibus. nam victoria & captiuitas profanat omnia. Locus sepulchri captus ab hostibus desinit esse liber, *l. cum loca*, 36. *hoc tit.* Sed & quemadmodum homo postliminio recipit libertatem, ita ille locus religionem pristinam, si recuperetur ab hostibus. Cæterum victoria locum profanum facit, *d. l.* 36. Cic. de signis: *Has tabulas*, inquit, *M. Marcellus cum illa omnia victoria profana fecisset.* Et Virgilius 12. Æneid.

Quos contra Æneadæ bello fecere profanos.

Ad l. 40. si certum petatur.

Lecta est in auditorio Æmilij Papiniani præfecti prætorio Iurisconf. cautio huiusmodi: Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Mæuio quindecim mutua numerata mihi de domo, & hæc quindecim proba recte dari Calendis futuris, stipulatus est Mæuius Publius, spopondi ego Lucius Titius. Si ea die suprascripta summa Publio Mæuio, eive ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo post soluam, pœnæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Mæuius, spopondi ego Lucius Titius. conuenitque inter nos, vti pro Mæuio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei, heredive eius. *Quæsitum est de obligatione vsurarum; quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, vsuras adiecisset. Igitur finito primo mense, primæ pensionis vsuras currere; & similiter post secundum & tertium tractum vsuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere: nec ante sortis non solutæ vsuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad vsurarum, quæ priore parte simpliciter in*

ſtipulationem veniſſent; pactumque id tantum ad exceptionem prodeſſe, & ideo non ſoluta pecunia ſtatutis penſionibus ex die ſtipulationis vſuras deberi, atque ſi id nominatim eſſet expreſſum. Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, vt etiam vſuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et ſi (vt ille putabat,) ad exceptionem tantum prodeſſet pactum (quamuis ſententia diuerſa obtinuerit) tamen vſurarum obligatio ipſo iure non committetur. Non enim in mora eſt is, a quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt. Sed (ſi) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, ſtipulamur, cum conditio extiterit, ſicut eſt in fructibus, idem & in vſuris poteſt exprimi: vt ad diem non ſoluta pecunia, quod competit vſurarum nomine, ex die interpoſitæ ſtipulationis præſtetur.

EXponam ſpeciem, quæſtionem, ſententiam huius legis, nullo prætermiſſo eorum, quæ ad eam pertinebunt: ac primum ea quæ veluti παρέργως præponenda ſunt, præmittam. Species l. hæc eſt. L. Tit. acceptis mutuo quindecim millibus denarium, creditori ſtipulanti promiſit, *ſe eam pecuniam ſoluturum Calendis proximis.* Et ſi forte ea die, id eſt, Calend. prox. non ſoluiſſet eam pecuniam, exinde quo tardius ſolueret, ex mora ſoluendi Calend. prox. creditori ſtipulanti promiſit vſuras centeſimas, id eſt, in denarios centenos denarios ſingulos quot menſibus, quod in idiotiſmo dicimus, *au denier huict & vn tiers.* Huic vero ſtipulationi ex continenti, nulllo intermiſſo interuallo, ſubiectum eſt pactum nudum, quo eius ſortis aut pecuniæ ſoluendæ dies mutata eſt: Namque pacto conuenit, vt qui promiſerat, ſe vniuerſam pecuniam, ſe totam ſortem ſoluturum Calendis prox. pacto, inquam, conuenit, vt hic ex vniuerſa ſorte quotmenſibus ſolueret trecenos duntaxat, quæ penſiones menſtruæ collectæ in vnam ſummam efficiunt quotannis tria millia & ſexcentos, & explent ſortem totam anni quinti menſe ſecundo, id eſt menſe quinquageſimo. De vſuris dependendis in pacto ſubiecto ſtipulationi nihil dictum eſt. Pactum fuit de ſorte ſoluenda tantum diuiſis penſionibus, non de vſuris. Iam vero finge: tranſiit numerus, aliquot menſium, qui competebant ſolutioni penſionum. Fac tranſiiſſe tres menſes, vt & Græci interpretes ponunt in hac lege, quibus ſingulis debitor, vti pacto conuenerat, non ſoluit trecenos, vt iam ex ſorte debebat nongentos. Hæc eſt ſpecies facillima: quæſtio & definitio eius æque facillima. Inde quæritur, vtrum nongentorum vſuræ debeantur, id eſt, vtrum ſingularum penſionum menſtruarum vel menſurnarum, vt olim loquebantur, vſuræ debeantur ad rationem ſoluendæ ſortis, quæ pacto immutata & diuiſa in penſiones eſt, reuocata etiam obligatione vſurarum, licet de vſuris nominatim nihil pacto comprehenſum ſit: an vero ſtatim atque ceſſatum eſt in ſoluendis ſtatutis penſionibus totius ſortis vſuræ debeantur: & vtrum debeantur ex die ſtipulationis, an ex die quo primum debitor in ſoluendis penſionibus moram fecit? Vſuræ vel infliguntur propter lucrum creditoris, vel propter moram debitoris, *l. cum quidam §. ſi pupillo, de vſur.* Quæ propter lucrum creditoris, eæ debentur ex die contractus, ex die interpoſitæ ſtipulationis, & proprie fœnus vocantur. Quæ infliguntur propter moram debitoris non debentur ex die contractus, ſed ex die moræ. Hæc vero quæſtio fuit agitata, vt Paulus ait, in auditorio publico Æmilij Papiniani præfecti prætorio Iuriſconſulti, cum de cauſis vice principis cognoſceret, in conſilio aſſidentibus Paulo & Vlpiano, quos etiam nominatim Lampridius ſcribit fuiſſe adſeſſores Papiniani præfecti prætorio, & aſſidentibus fortaſſe etiam aliis, cum ſcilicet ea de re forte a ſententia præſidis prouinciæ fuiſſet appellatum ad præfectum prætorio, qui obtinet apicem omnium dignitatum, quique ſolus dicitur vice ſacra iudicare. Fuit autem Papinianus præfectus prætorio ſub Antonino Caracalla. Intelligimus, quæ ſit ſpecies huius legis. quæ ſit quæſtio videamus, & quemadmodum ea quæſtio definienda ſit. Paulus, cuius ſententia obtinuit, dicebat rogatus ſententiam, pactum ſtipulationi ſubiectum incontinenti, de ſoluendis ex vniuerſa ſorte trecentis menſibus ſingulis, hoc, inquam, pactum ineſſe ſtipulationi: hoc eſt, huius pacti exceptionem vel doli exceptionem, quæ ſemper cum exceptione pacti concurrit, ſtipulationi ineſſe ipſo iure, etiam non oppoſitam, neque allegatam. Nam exceptionis, quæ ineſt poteſtate iudicij, oppoſitio neceſſaria non eſt, *l. 5. inf. de reſcind. vendit. l. plane, de petit. hered.* Ideoque totam ſortem Calendis proximis vt ſtipulatione cautum erat, peti non poſſe, ac conſequenter ſi Calendis proximis tota ſors non ſoluatur, totius quoque ſortis vſuras peti non poſſe, quia vbi non eſt petitio ſortis, nec vſurarum petitio eſt, *l. 69. cum poſt §. vſuras, & l. ſi mulier debitori, de iure dot.* quæ in hanc rem maxime notandæ ſunt. Et in ſpecie leg. *ſi ita quis promiſerit, in princip. de verbor. obligat.* non alia ratione ex die interpoſitæ ſtipulationis vſuræ currunt, quam quod, vt illa lex ait, & obligatio quoque ipſa principalis, id eſt, ſortis obligatio, ex eo die initium capit: alioqui dilata ſolutione ſortis, differetur etiam ſolutio vſurarum. Denique cum in continenti pacto nudo conuenerit ſubiecto ſtipulationi inter creditorem & debitorem, vt debitor ex vniuerſa ſorte refunderet quot menſibus trecenos, quia hæc pactio ineſſe, & nouam formam addere ſtipulationi creditur, ſiue priori parti, id eſt, præcedenti ſtipulationi, perinde eſt, ac ſi creditor in ſingulos menſes trecenos ſtipulatus eſſet, & quo tardius ſolueretur ex die ſolutioni competente, ex die ſolutionis, ex die quo ſolui debuit, ex mora vſuras centeſimas. Namque certiſſimum eſt, diem ſolutioni adſcriptum interpellare pro creditore, & debitorem conſtituere in mora, quoniam ipſe ſe debitor die ſolutioni dicto interpellare debet, ſibique denuntiare quod ſui officij eſt, ſibi denuntiare verum & æquum, *l. traiectitia, de obligation. & action. l. 9. §. 1. de vſur. l. 5. hoc tit. l. 4. §. vlt. de leg. comm. l. magnam, C. de contr. ſtipulat. l. 2. C. de iure emphyt.* Igitur finito primo menſe primæ penſionis, id eſt, trecenorum, vſuræ centeſimæ debentur ex ſententia Pauli, id eſt, denarij tres. Et ſimiliter poſt ſecundum & tertium menſem creſcunt vſuræ penſionum non ſolutarum pro rata, nec ante, vt ait, ſortis non ſolutæ vſuræ peti poſſunt, quam ipſa ſors peti potuerit, hoc eſt, cuiuſque penſionis vſuræ peti non poſſunt, antequam penſio peti poſſit, tantum abeſt, vt ſtatim atque ceſſatum eſt in ſoluenda penſione prima, poſſint peti vſuræ totius ſortis. Et hæc eſt ſententia Pauli, quæ obtinuit in conſilio Papiniani. In quo tamen conſilio ſiue auditorio, Vlpianus, quem deſignare videtur Paulus, dum ait, *quidam*, & *ille*, videtur longe alia in ſententia fuiſſe. Nam Vlpianus, vel quidam ille exiſtimabat, pactum ſubiectum ſtipulationi pertinere tantum ad ſoluendam ſortem, diuiſis penſionibus, non etiam ad vſuras, id eſt, priorem partem, id eſt, in ſtipulationem ſimpliciter deductas. Vlpianus hærebat ſcripto, quia pactum de ſorte loquitur, non de vſuris. Et ideo non ſoluta penſione prima, vel quacunque penſione non ſoluta exiſtimabat ex die ſtipulationis totius ſortis vſuras deberi, perinde atque ſi id nominatim cautum & expreſſum fuiſſet, nimirum, vt ex die ſtipulationis currerent vſuræ, ſi ſua die ſors, aut ſortis pars non ſolueretur; & pactum illud exiſtimabat tantum prodeſſe debitori ad exceptionem, ſi eam opponeret, puta, vt ſi finito primo menſe ab eo tota ſors peteretur, repelleret actorem exceptione pacti conuenti oppoſita, vel doli mali, ipſo enim iure totam ſortem peti poſſe, quia, vt ille exiſtimabat, pactum ipſo iure non immutauit formam & cauſam ſtipulationis, pactum non ineſt, non continetur ſtipulatione. Hæc ſententia a Paulo refellitur duabus potiſſimum rationibus. Prior hæc eſt, quia ſortis petitione pacto conuento dilata ex continenti, conſequens eſt menti contrahentium, & rationi etiam iuris, vſurarum quoque præſtationem eſſe dilatam, vt ſcilicet non debeantur ex die ſtipulationis, ſed ex die competente ſolutioni cuiuſque penſionis, ſi ea die penſio non ſoluatur, id eſt, ex tempore moræ.

moræ. Ac præterea non totius sortis, sed pensionum tantum non solutarum sua die, quia (vt ante docuimus) eatenus petitio est vsurarum, quatenus & sortis petitio fuit, quæ soluta non est. Posterior ratio hæc est, quia, etiamsi concedamus, inquit, si demus, quod ille existimabat, pactum statim subiectum stipulationi, prodesse tantum debitori ad exceptionem, & ipso iure, prima pensione non soluta, totam sortem peti posse, etiamsi hoc demus, quod tamen non obtinuit, (quia ipso iure pactum inest stipulationi, & stipulationem transformat confestim.) Verum etiamsi hoc demus & annuamus, non est verum, quod ille existimabat, totius sortis vsuras peti posse, quia ex cautione hoc loco proposita non debentur vsuræ, nisi ex mora, vt illa verba indicant, *tunc eo amplius, quo post soluam*, vt in *l. si ita stipulatus fuero* §. *Chrysogonus, de verb. oblig.* in alia cautione, *Tunc quo post soluetur.* Quibus verbis mora significatur, nam *quo post*, id est, quo tardius, vt infra ait in hac *l.* & in *l. vlt. de re iudic. quo tardius iudicatum.* Et mora nihil aliud est, quam tarditas. Denique secundum hanc cautionem vsuræ non debentur, nisi ex tempore moræ. At mora non intelligitur fieri, vbi nulla petitio est, nulla actio, nulla petitio sortis, *l. si pupillus, de verb. oblig.* Et in hac specie vel fatente Vlpiano (si Vlpianus is fuit) nulla petitio est, quia pacti exceptione infringitur. nam quod ad effectum attinet, nihil interest ipso iure non sit petitio, an per exceptionem elidatur, *l. nihil interest, de reg. iuris, l.* 1. §. *proinde, ne vis fiat ei qui in possess. l.* 7. §. *idem erit dicendum, quibus ex causis in possess. eatur seu de reb. auct. ind. possid. l.* 1. §. *monit, ad Senatusconf. Turpill.* Ergo quia mora fieri non intelligitur in soluenda sorte, quæ peti cum effectu non potuit propter exceptionem pacti (vt ille fatetur) totius sortis vsuræ non debentur, pecunia non soluta statutis pensionibus, nec ex die stipulationis, sed ex die moræ tantum. Conclusio & breuissima sententia huius legis hæc est: pacto incontinenti stipulationi subiecto dilata solutione sortis, quam totam stipulatione conuenerat solui Cal. proxim. atque diuisa ea in pensiones menstruas, vt quaque in pensione soluenda cessatum fuerit, ex eo tempore vsuras deberi pro rata pensionis non solutæ, non ex die stipulationis, quia ita actum est palam inter creditorem & debitorem, vt vsuræ præstarentur propter moram debitoris, non propter lucrum creditoris. Agi quidem potuit, vt & propter lucrum præstarentur, sed id actum non est. Agi, inquam, potuit, quod subiicit in extremo huius legis. Hoc fatetur Paulus, agi potuit, & exprimi, vt statim atque cessatum esset in soluendis pensionibus, ex die stipulationis vsuræ deberentur. Sic & de fructibus, ait, idem agi & caueri posse, puta deducto fundo in stipulatum, nempe fundum dari centesimis Calend. & si ea die non detur fundus, fructus debeantur retro ex die stipulationis. Id quidem agi potuit, sed in proposita specie actum non fuit. Et quod ait in extremo huius legis, *id quidem agi posse nominatim & exprimi, vt ob sortem sua die non solutam, vsuræ præstentur ex die stipulationis*: ei opponitur *l. cum quidam, de vsur.* ex qua elicitur hoc tantum, ob minores vsuras sua die non solutas, non posse infligi maiores ex die contractus, sed ex die cessationis tantum & mora in futurum, non in præteritum. Pugnatne hoc cum extremo huius legis? nullo modo. Nam in extremo hoc tantum dicitur, ob sortem non solutam sua die, posse habita conuentione nominatim inter contrahentes, infligi vsuras etiam centesimas (qui est, vel potius olim erat modus & finis legitimus vsurarum) ex die contractus soluendas. Cautio, quæ proponitur in hac lege, quæ litem fecit in auditorio Papiniani vel concilio nihil aliud est, quam instrumentum siue chirographum pecuniæ mutuo acceptæ, & ex continenti interpositæ stipulationis, de ea reddenda. Quo genere id actum est, vt obligatio ex sola stipulatione nasceretur, non ex mutuo, *l.* 6. *&* 7. *de nouation.* Itemque instrumentum pacti ex continenti stipulationi subiecti, quod & in hac lege recte concluditur, stipulatione ipso iure contineri, stipulationi inesse, stipulationem ipsam transformare, ita vt, quod eo pacto continetur, perinde habeatur, atque si stipulatione, quæ præcessit pactum, nominatim comprehensum fuisset. Pacta, quæ contractui ex continenti adiiciuntur, cohærere contractui, formare contractum. Neque enim videntur facta ex continenti, quasi mutata sententia nisi reformandi contractus gratia. Et verba cautionis hæc sunt: L. Titius scripsi, chirographo scilicet manu mea scripto vel manu aliena, vt in *l. fideiussor* §. 1. *de pignor.* Aliud est chirographum, aliud ἰδιόχειρον, in *l. scripturas, C. qui pot. in pign.* Nam ἰδιόχειρον manu propria: ἰδιοχειρόγραφον etiam aliena. Chirographum cautio est, qua cauetur creditori, & inde chirographum cauere, *l.* 5. §. *Idemque ait, commod. l.* 89. *de solut.* Chirographum, inquam, est cautio. Nam & plerumque in se habet stipulationem, vt in hac lege. Et inde agere ex chirographo, i. ex stipulatu, in *l. vlt. in principio, de doli except.* L. Titius, inquit, scripsi me accepisse a P. Mæuio quindecim mutua, id est, quindecim millia denarium, seu denariorum, quoniam maiorem fuisse pecuniæ summam, quam quindecim, sequentia demonstrant. Et debet notæ illius numeri quindecim superponi temo; nam temonis superpositio est millium adsignificatio. Et ita in *l. si testamento* §. *quod si duo, de fideiuss.* viginti, id est, viginti millia, & decem, id est, decem millia, quia subiicit eadem lex quinque millia, tractans eandem speciem. Et in *l. debitor, de negot. gest.* quinquaginta, id est, quinquaginta millia, & decem, id est, decem millia, quia & eadem lex subiicit, quadraginta millia nominatim. Ea autem quindecim L. Titius scripsit, sibi esse numerata de domo P. Mæuij creditoris, ad differentiam eius pecuniæ, quæ numeratur in foro, de mensæ scriptura per argentarium. Vnde Donatus in Phormione notauit, *Hodie addi chirographis de domo, vel ex arca sua, vel ex mensa scriptura.* de domo hoc loco, ex arca, in *l. quidam, de constitut. pec.* Seneca 3. epistol. *Scis, cuius arca vtar, expecta me pusillum, & de domo fiet numeratio.* Cum ex scriptura mensæ argentarij pecunia mutua datur, quasi ex fide publica accipitur, & nominibus contrahitur obligatio, nomina fiunt apud mensam argentarij. Quum autem numeratur pecunia ex domo, vel ex arca, obligatio contrahitur per stipulationem. Quæ duo genera contrahendæ obligationis notantur in *l.* 1. *de ann. leg.* & aliis plerisque locis, quibus argentariis siue mensariis comparantur rei stipulandi vel promittendi, *l. si plures, l. item, l. si vnus, sup. de pact. l. si duo, de recept. qui arbit. recep.* Porro ea quindecim P. Mæuius stipulatus est sibi proba recte dari Calend. futuris, Calend. seq. Calend. prox. proba, lecta, sine probro, vt Plautus loquitur; & recte, id est boni viri arbitratu, vt *l.* 73. *de verbor. signific.* & sic in cautione legis *Titius, de constit. pecun. remanserunt*, inquit, *apud me* 50. *ex credito tuo, quos tibi reddere debebo Idibus Martiis probos.* Qui enim reprobos nummos reddit & soluit, non liberatur, *l. eleganter* §. 1. *inf. de pignor. act.* Verum (vt eadem lex ostendit) reproborum damnum non facit, quandoquidem reprobi, quos soluerat sciens vel insciens, ei sunt reddendi, non sunt scindendi, quia vtiles ei ad aliquid esse possunt, in merce haberi, emi, vendi palam, tanquam reprobi suo qualicumque pretio. Cæterum quod obtinebat in herede liberando sacris defuncti, quibus iure veteri adita hereditate obstringebatur, quod inquam, obtinebat, auctore Festo, liberationis gratia, siue manumissionis sacrorum gratia, vt arcæ Pontificum inferret certum pondus auri, puri, probi, profani, sui, idem obtinet in quibuscunque solutionibus & liberationibus. Nam alienæ vel sacræ, vel reprobæ, ærosæ, subæratæ, lacunosæ pecuniæ solutio debitorem non liberat, sed suæ pecuniæ tantum solutio, vt faciat eam accipientis, & probæ, ac puræ. Et ita in formula fœderis Antiochij Titi Liuij 38. *Argenti probi Attica talenta duodecim millia dato.* Et sæpe apud Demosthenem in syngraphis, ἀποδοῦναι τὸ ἀργύριον δόκιμον. Et in libello familiarium colloquiorum, καθὼς εἴληφας, δόκιμον ἀπόδος. Seneca in epistol. *Nec voles quod debeo nisi in aspero & probo accipere*, vbi aspe-

rum vocat nummum recens cuſum, a quo & *aſpratura* dicitur, quod argentario datur, vt nummos veteres commutet cum aſperis ſiue recentibus. Verum ad rem: ſtipulationem ſortis ſoluendæ Calend. proximis, ſi ea die ſors non ſolueretur, ſubſequitur ſtipulatio vſurarum. Si ea die (inquit) ſupraſcripta ſumma P. Mæuio, eius, ad quem ea res pertinebit, id eſt, heredi, vt in fine huius cautionis, vel cuicunque ſucceſſori in ius vniuerſum, veluti bonorum poſſeſſori, vel adrogatori. Nam is, qui adrogatur tacito iure omnia bona ſua, vniuerſumque ius ſuum cum capite transfert in adrogatorem. Et ideo recte in *l. plura §. vlt. de obligat. & action.* his verbis: *Ad quem ea res pertinebit,* dicitur contineri & adrogatorum, & eorum, qui in ius ſuccedunt, perſonas. Male Florentiæ, *& adrogatis:* nam adrogatus non eſt ſucceſſor, ſed adrogator eſt ſucceſſor B vniuerſi iuris, quod adrogatus habuit, priuſquam capite minueretur per adrogationem. Ideo ibi etiam recte Baſilica, ϗ ὑοθετοῦντα δηλοῦμεν ϗ διάδοχον. id eſt, verbis illis: *Ad quem ea res pertinebit, & adrogatorem ſignificamus & ſucceſſorem quemlibet.* Stipulatio igitur vſurarum ita concepta eſt: *ſi ea die ſupraſcripta ſumma P. Mæuio, eive ad quem ea res pertinebit, data ſoluta, ſatiſve eo nomine factum non erit.* Dare eſt facere pecuniam accipientis: eſt dare ſuam, non alienam. ſoluere eſt numerare, ſatisfacere eſt dare expromiſſorem vel fideiuſſorem, vel pignus, aliove modo creditori cauere, vt ipſe vult ſibi caueri, *l. ſi rem §. omnis, de pignerat. act.* in hunc vero caſum, id eſt, *ſi ea die ſors ſoluta non eſſet*, P. Mæuius ſtipulatus eſt vſuram centeſimam, id eſt, (vt ait lex apertiſſime) *in dies triginta, in* C *que denarios centenos, denarios ſingulos.* Vſura centeſima eſt, cuius pars centeſima eſt, vſura menſtrua, id eſt, quæ in centenos quot menſibus reddit ſingulos, quotannis duodenos, vt apud Plautum in Epidico: *ſumpſit fœnore, in dies minaſque argenti ſingulas nummis.* id eſt, in dies 30. quæ eſt centeſima vſura, in dies 30. vt in *l. ſi quis ita promiſerit, in princ. de verbor. obligat.* id eſt, in menſes ſingulos. nam vt Mathematici, ita & nos in dinumeratione temporum omnes menſes facimus triginta dierum. De denariis autem hoc ſolum adnotabo, denarios fuiſſe argenteos nummos. quod ſi quis attendat ſatis aperte præter Voluſ. Mæcianum demonſtrat lex *quæ extrinſecus, de verb. oblig.* & pependiſſe ſingulos denarios decem aſſes, ſiue decem libras (& inde nomen) vel quatuor ſeſtertios nummos: D nam ſingulij ſeſtertij conſtant duobus aſſibus & ſemiſſe. denarius, *c'eſtoit vne reale de Caſtille.* ſolidus erat aureus & pendebat 25. denarios vel centum ſeſtertios, *c'eſtoit comme vn noble à la roſe.* Et ita ſemper in iure ſolidus, id eſt, aureus conſtans 25. denariis argenteis. Stipulatus autem eſt P. Mæuius hanc vſuram centeſimam pœnæ nomine, vt ait, id eſt, propter moram debitoris, quo tardius ſortem ſolueret: nam vſura, quæ propter moram infligitur, pœna eſt & coercitio debitoris. Poſt ſtipulationem ſortis & vſurarum mutata ſententia incontinenti, pacti ſunt inter ſe debitor & creditor, vt non Calend. prox. vt cauerant initio, debitor totam ſortem ſolueret, ſed ſingulis menſibus denarios trecentos tantum, quoad expleſſet ſummam quindecim millium denariorum. Hoc pactum ex conti- E nenti ſubiectum ineſt ſtipulationi (vt ait Paulus, cuius ſententia obtinuit in concilio, in adſeſſorio Papiniani, *car il eſtoit Aduocat*) hoc eſt, format vel transformat, μετατυποῖ ſtipulationem, quæ præceſſerat, & pro eo res habetur, ac ſi P. Mæuius ſtipulatus eſſet in ſingulos menſes denarios trecenos, & inſuper pro rata non ſolutæ cuiuſque penſionis vſuras centeſimas. Itaque debebitur tum ſors, tum vſura. Igitur non ſolutæ primæ penſionis tantum vſuras deberi, non totius ſortis, & deberi ex die moræ, quo ceſſatum eſt in ſoluenda penſione prima, non ex die contractus ſiue ſtipulationis: & ſequentium penſionum vſuras ſimiliter ex mora deberi. Falſam autem eſſe opinionem eius, qui exiſtimabat, Calend. prox. non ſoluta ſorte, ipſo iure totam ſortem peti poſſe, totiuſque ſortis vſuras, ſi non ſolueretur ſors, quaſi pacto non immutata priori ſtipulatione, ſed quæſita tantum debitori exceptione pacti. Quod ſi ita eſſet, omiſſa ea exceptione tota ſors a debitore exigeretur, *l. Papin. de Publ. in rem act.* At verius eſt, ipſo iure tutum eſſe debitorem, etiamſi non apponat exceptionem pacti, quia pactum, quod in continenti ſubiectum eſt ſtipulationi, nouam formam & conditionem ſtipulationi dedit. quod ex continenti adiicitur, legem contractui dat, contractum format & perficit, hoc eſt, contractui ineſt, etiam ſi adiiciatur contractui ſtricti iuris, veluti ſtipulationi in hac ſpecie. Ineſt ergo contractui ſtricto, ſtipulationi ſtrictæ, ex parte rei, ſcilicet, ex parte debitoris, ex parte rei debendi vt reo proſit, actori autem noceat, non etiam ex parte actoris, ſiue creditoris, vt ei proſit. Et hoc diſtant iudicia ſtricta a iudiciis bonæ fidei. nam iudiciis bonæ fidei B pacta facta in continenti inſunt, non ex parte rei tantum, ſed etiam ex parte actoris, vt actori præbeant actionem, *l. iuriſgent. §. quin immo, ſup. de pact. l. in bonæ fid. C. eod. tit.* Iudiciis autem ſtrictis inſunt ex parte rei tantum, non ex parte actoris. Quod exemplo faciam manifeſtius: ſi quid in contrahenda ſtipulatione placuit ſolui intra menſem, ſtatim ſubiecto pacto conuenerit ſolui intra triduum: ex hoc pacto non naſcitur actio, quia non eſt ſubiectum contractui bonæ fid. ſed ſtricto: ſed ſi conuenerit id ſolui intra duos menſes, ſi a debitore petatur, tranſacto primo menſe tueri ſe poteſt, quo minus exigatur poteſtate pacti conuenti, quod ſtipulationi ineſſe creditur. Idemque erit, ſi pacto conuenerit ſolui diuiſis penſionibus quod in contrahenda ſtipulatione cauerat debitor ſe in ſolidum ſolutu- C rum Cal. prox. nam ſi debitor conueniatur in ſolidum finito primo menſe, recte dicet, ipſo iure ſe teneri tantum in penſionem primam, puta, vt in hac ſpecie in trecentos, non in quindecim millia denarium, quia pactum illud ſtipulationi ineſt ex parte rei, ſiue partem ſtipulationis facit, quæ eſt ſententia Pauli. Non hoc vult Paulus, pactum ineſſe ſtipulationi ex parte actoris (vt vulgo perperam hæc lex accipitur) ſed ex parte rei debendi tantum. quod omne fuſius die proxima explicabitur. P. Mæuius, ſtipulatus eſt ſortem Calendis futuris, vel (quod idem eſt) Calendis proximis, breue interuallum debitori ad ſoluendum dedit, quia niſi ſtipulatus ſit, verbi gratia Cal. Martiis ſortem dari, Cal. prox. id eſt, Cal. Aprilis, minus quam menſtruum ſpatium debitori dedit: nec enim intra menſem dari ſtipu- D latus eſt, qui Calendis proximis dari ſtipuletur. Nam ſi 4. Calend. Decemb. dari ſtipuletur. Calend. Decemb. intra triduum dari ſtipulatur, vel ſi hodie (qui 18. vel 19. dies nobis eſt) ſtipuletur, dari Calend. prox. intra diem 12. aut 13. dari ſtipulatur, quod breue & modicum interuallum eſt, *l. promiſſor §. 1. de conſtit. pec.* & modicum interuallum, non eſt interuallum, *l. 6. §. 1. de duobus reis.* Et ita Quint. *Vix ſalutatis laribus expellor, & apud pleroſque dubitari poteſt an admiſſus ſim,* Declam. 9. Quandoquidem dies contractæ ſtipulationis in ſpecie propoſita non multum diſtat a die condicto ſolutioni, qui dies ſtipulationis dicitur, id eſt, a Cal. prox. quo die ſecundum ſtipulationem tota ſors ſolui debuit; aut ſi ea die non ſolueretur, tunc ex mora ſortis ea die non ſolutæ, vſuræ centeſimæ pœnæ nomine, vt E ait vice pœnæ, *l. qui ſine vſuris, de negot. geſt. l. cum ſtipulati, de verb. oblig.* nam vſura, quæ moroſo debitori infligitur, pœna eſt. Et illo articulo, *(tunc,)* in formula huius cautionis, futurum tempus ſignificatur, numerandum ex Cal. prox. non præſens aut præteritum, vt in *l. 4. §. vlt. de condit. & demonſt. l. 64. & 126. de verb. obligat. l. pen. de teſtam. tut.* Nam P. Mæuius vſuras ſtipulatur in futurum, ſi Calend. prox. ſors non reddatur, non in præteritum ex tempore contractæ ſtipulationis. Et lego in hac formula vt vulgo, *ſi ea die,* vt ſequatur, *ſupraſcripta ſumma,* quia noluit dicere, *die ſupraſcripta,* ſed *ſumma ſupraſcripta,* vt infra, *vt P. Mæuio ex ſumma ſupraſcripta.* Recte igitur vulgo, *ſi ea die.* non recte Florentiæ, *(ſi die.)* & recte etiam vulgo infra, *vt P. Mæuio ex ſumma ſupraſcripta.* non recte Florentiæ, *vt pro Mæuio.* Item infra, recte vulgo, *quo tardius ſoluta eſſet,* vt in *l. vlt. de re iudic.* non recte Florentiæ,

Florentiæ, (*quoad tardius.*) In extremo quoque legis recte vulgo, *quod competit vsurarum nomine*, non recte Florentiæ, *quo competit*. Nunc redeo ad quæstionem legis de obligatione vsurarum. Quæritur in specie proposita, quam satis iam exposuimus recitatione prima, quatenus vsuræ debeantur, quum aliquot, vel omnes menses transierunt, qui solutioni pensionum ex pacto stipulationi incontinenti subiecto competebant. Et respondet Paulus, pacta in continenti subiecta inesse stipulationi, huiusmodi pactum esse subiectum incontinenti. Ergo inesse. Quid est incontinenti? Illico, & continenter, nullo alio actu interiecto, qui alienus sit ab eo negotio, quod geritur, *l. 12. de duob. reis.* Et ideo apud Sophoclem recte chorus suadet regi, vt illico siue τάχιστα, vt ait, extruat sepulchrum Polynici, & fouea extrahat Antigonem, ac subiici: δρᾶ νῦν τάδ' ἐλθὼν, μηδ' ἐπ' ἄλλοισι τρέπε, id est, *hæc agere perge, nec te diuertas ad alia.* Igitur quod quis stipulationi, antequam diuerterit ad alia negotia, subiicit pactum, id subiectum esse creditur in continenti. Quid autem est inesse stipulationi? Contineri ipsa stipulatione, vt non sit necesse prætorem actioni ex stipulatu addere, vel reum opponere exceptionem pacti, quod suppleri ea exceptio possit & debeat religione iudicantis, quasi pars stipulationis, quasiue ab initio, ita vt pacto continetur concepta stipulatione. pacto secuto stipulationem ex interuallo reo necessaria est exceptio pacti, quia non inest stipulationi: Pacto autem secuto incontinenti, non est reo necessaria exceptio, quia non iure exceptionis, sed ipso iure, mero iure sors non debetur tota Calend. proxim. licet priori parte contractus tota in stipulationem deducta sit, sed debetur tantum diuisis pensionibus, vt pacto confestim stipulationi subiecto comprehensum est, puta trecenti denarij in menses singulos, perinde atque si ita concepta stipulatio fuisset, quia pactum in continenti subiectum stipulationi, ei inesse, eamque reformasse intelligitur, & ipso iure releuasse debitorem onere totius sortis soluendę Calend. proximis. Itaque hoc tantum dicit auctor huius legis, pactum subiectum stipulationi in continenti, inesse ex parte rei debendi tantum, vt scilicet ei ipso iure proficiat, non etiam vt præbeat creditori actionem ex stipulatu vel præscriptis verbis, quod postremum ex hac lege nullo modo colligi potest. Et ita inueni hanc legem Paulum Castrensem interpretari, fide penitus abrogata summario Bartoli, & aliorum omnium, qui omnes eam ob rem, quod ad eos attinet, vere & congruenter huic legi hanc appellationem indiderunt, vt diceretur lex *lecta, non intellecta*, quia ex eo genere interpretum vnus solus Castrensis eius sensum assequutus est. Raphael quidem Fulgosius eundem sensum afferre tentauit, sed diffidenter. Solus Paulus Castrensis asseueranter. Et vero aliæ quoque leges sunt, quæ probant stipulationi vel alij contractui stricti iuris subiectum pactum incontinenti inesse ex parte rei, vt *l. 4. §. vlt. de pact.* quæ si stipulationi puræ decem dari statim subiecto pacto conditionali placuerit, vt donec vsuræ soluerentur, decem non peterentur, hanc conditionem pacti inesse stipulationi ait, perinde atque si in stipulatione ipsa expressa fuisset. Aliæ quoque sunt leges, quæ probant pactum contractui stricto subiectum incontinenti non inesse ex parte actoris, id est, non valere ad formandam vel parandam actionem, vt *l. 3. C. de vsur. l. Titius, de præscript. verb. l. qui negotia, mand.* & aliæ complures, quæ docent ex pacto vsurarum, quod mutuo subiectum est incontinenti, vsuras peti non posse. Cur ita? an odio vsurarum, vt vulgo fertur? minime, quia nihil odio vsurarum in iure ciuili constitutum esse reperio. Et est certissimum. Cur igitur? quia mutuum est contractus stricti iuris, & pactum incontinenti factum ex parte actoris non inest contractui stricti iuris. Idem probat lex *rogasti*, §. 1. *hoc tit.* quæ docet si mutuo datis decem, tametsi statim pacto conueniat vndecim reddi, non posse condici amplius, quam decem. Cur ita? quia mutuum est contractus stricti iuris: & contractibus strictis pacta subiecta ex continenti non valent ad agendum. Neque vero contra vlla lex est, quæ id genus pacti probet valere ad agendum, quod est inesse ex parte actoris. Non lex, *si quis ita promiserit* §. *Seia, de verb. obligat.* quam in hanc sententiam afferunt. species hæc est: Seia hortos emit mandatu Titij: ac deinde Titio stipulanti promisit, se hortos, tradituram, cum is pretium omne cum vsuris soluisset. In continenti autem subiecto pacto placuit inter eos, vt Titius pretium cum vsuris solueret intra Calen. Apr. & hortos acciperet. Et lex ait, Titium, si non multo post Calen. Apriles pretium offerat cum vsuris, nec vlla in illa modici temporis mora sit captio Seiæ, recte agere ex stipulatu, hortos sibi dari oportere. Hæc est sententia dicti §. *Seia.* Vnde non recte colliges, pactum stipulationi subiectum incontinenti valere ad actionem ex stipulatu Titio dandam, quia ea actio Titio non ex pacto competit, sed ex priori stipulatione quæ pacto immutata non est, & Seiæ nulla proponitur competere ex pacto, qua pretium cum vsuris petat. Idem etiam non probat lex *27. de reg. iur.* Nam quod ait, pacto conuento cum inchoatur actio, id est, ius persequendi, id est, incontinenti, & initio contractus, ipso iure causam obligationum immutari, modum actionum infirmari. Hoc tam pertinet ad iudicia bonæ fidei, quam ad iudicia stricta, & in iudiciis bonæ fidei sane verum est, tam ex parte actoris, quam ex parte rei, *d. l. iurisgentium* §. *quin imo, & l. in bonæ fid. C. eo tit.* In strictis non est verum, nisi ex parte rei, & a iudiciis bonæ fidei interim verum est, quod Accursius hic notauit, excipiendum esse casum legis, *quod si locus, sup. de relig. & l. seruus ea lege, de seru. export. & l. auia, de iure dot.* quos casus per vos excutite. Sed non etiam casum *l. 3. C. de vsur.* vel l. *rogasti* §. 1. *hoc tit.* quia non loquuntur de contractibus bonæ fidei, sed de mutuo. Et generaliter locum obtinet in omnibus aliis contractibus strictis, vt scilicet in eis ex parte actoris non insint pacta facta incontinenti, sed ex parte rei tantum. neque noua videri debet hæc differentia inter iudicia stricta & bonæ fidei, pactis factis. nam & pactis factis ex interuallo, inter ea differentia est, quod sic demonstro: pactum factum ex interuallo si detrahat contractui bonæ fidei, vt puta si post contractam emptionem & venditionem ex interuallo fiat pactum de augendo vel minuendo pretio, pactum inest emptioni venditioni ex vtraque parte: nam & actionem parat actori, quasi ex noua emptione, & reum ipso iure tuetur, si conueniatur ex priori emptione, *l. pacta, de contrah. emp.* Stipulationi autem neque inest ex parte actoris, quia actionem ei non parat, nec ex parte rei, quia reo nihil proficit, nisi beneficio oppositæ exceptionis, nisi facto rei opponentis exceptionem, *l. 3. de resc. vendit.* Præterea lex *petens*, *C. de pact.* (quam etiam in hanc sententiam afferunt) non probat etiam pactum in continenti subiectum stipulationi inesse ex parte actoris, quia ea lex non est de pacto subiecto stipulationi, sed de stipulatione subiecta pacto. Hanc constat parere actionem. Et vero (vt Paulus ait 2. Sent.) omnibus pactis stipulatio subiici debet, vt ex stipulatu actio nasci possit. Illud vero pactum, quod incontinenti subiicitur stipulationi, neque parit propriam actionem, neque format actionem ex stipulatu: sed ipso iure ex parte rei tantum inest stipulationi, id est, reo prodest etiam tacenti, nec opponenti exceptionem pacti. hoc genere pactum subiicitur stipulationi, stipulationis reformandæ, conseruandæ, vel emendandæ gratia. Illo vero genere pacto subiicitur stipulatio, pacti confirmandi gratia, vt in *d. l. petens.* Quæ ideo recte ait, nihil interesse, an stipulatio, quæ interponitur pacti firmandi gratia præcedat, an sequatur pactum: nam & quæ antecedit tempore, sequitur natura & intellectu. Et ita nihil interest an stipulatio mutuum præcedat, an sequatur, *l. 6. & 7. de nouat.* nihil interest pactum pręcedat emptionem vel alium contractum, *l. 3. C. de ædilit. action.* nil interest, traditio pręcedat emptionem, an sequatur, *l. siue* §. 1. *de Pub. in rem.* nihil interest legatum tutori relictum, sequatur, an præcedat tutelam, *l. 33. de excusat. tutor.* Et ita est explicanda

d. l. petens. Ex his vero concludamus, nullum esse locum in iure, quo probetur, pactum incontinenti, inesse stipulationi ex parte actoris, quoniam inest duntaxat ex parte rei, vt in specie huius legis, si sortem, quam stipulatione placuerat solui Cal. prox. etsi ea die non solueretur, centesimas dari, si inquam statim subiecto pacto, mutataque sententia conuenerit sortem solui diuisis pensionibus, puta ex sorte 15. milium denarium solui menstruos denarios trecenos, quia tale pactum inesse creditur stipulationi, & pro eo res habetur, ac si secundum formam pacti ab initio concepta fuisset stipulatio. finito primo mense ipso iure non possunt a debitore peti, nisi trecenti denarij: finitis duobus mensibus, non nisi sexcenti. finitis tribus, non nisi nongenti, non sors integra, id est 15. millia, etiamsi iam pridem exierint Cal. prox. & consequenter nonnisi pro rata pensionum sua die non solutarum, vsuras quoque deberi. non ergo deberi vsuras totius sortis, quia tota sors peti non potest, & non potest peti vsura sortis, nisi & sors ipsa peti possit, *l. cum post* §. *vsuras, de iur. dot.* aut certe eatenus tantum vsura peti potest, quatenus & sors, quæ est sententia Pauli in hac lege. Quidam a Paulo dissentiens dicebat, pactum incontinenti subiectum stipulationi, non inesse stipulationi, & debitori tantum prodesse ad exceptionem, si eam opponere vellet, si ea vti vellet: sin minus, nihil prodesse, quia ipso iure (vt dicebat) ex Cal. prox. peti ab eo sors integra potest, quasi non imminuta vel immutata pacto forma & origine stipulationis: & ideo non solutis statis pensionibus aliquot mensium, dicebat vsuras totius sortis deberi ex die stipulationis, & peti posse, nec petenti obstare exceptionem pacti, quia in pacto nihil de vsuris comprehensum. Et insuper dicebat totius sortis vsuras deberi ex die stipulationis, id est, ex Cal. prox. quo tota sors solui debuit, aut si ea die non solueretur, vsuram centesimam in menses singulos, quo tardius solueretur non expectato (vt dicebat) fine singularum pensionum, perinde atque si id nominatim inter contrahentes expressum fuisset, vt non soluta parte sortis statis pensionibus, retrorsum vsuræ præstarentur, non ex die tantum, quo mora facta est in soluenda pensione quaque, soluendisque pensionibus, sed ex die stipulationis, id est, ex die, quo solui sibi totam sortem P. Mæuius stipulatus est, puta ex Calend. prox. Nam ex die contractæ stipulationis non potuit existimare, aut non fuit adeo veruex, vt existimaret vsuras deberi, cum hæc verba stipulationis: *tunc eo amplius, quo post soluam, pœna nomine*, plusquam aperte referantur ad tempus moræ, id est, ad tempus non solutæ sortis Cal. prox. Verum hæc sententia a Paulo refellitur existimante (quod etiam obtinuit) ex eo die, id est, a Calend. proxim. non deberi centesimas vsuras, si cessaretur in soluendis pensionibus, sed a die cessationis tantum, a die finiti mensis cuiusque, & pro rata pensionis cuiusque: quia dilatio sortis soluendæ, atque diuisio in pensiones, quam pactum inuexit, suspensio & intermissio vsurarum est. Quid aliud? Non debentur ergo ex Calend. proximis vsuræ, sed ex eo tempore, quo debitor moram fecit in pensione quaque sua die soluenda. Vnde efficit Paulus etiam eo dato, quod ille dicebat, pactum non inesse stipulationi, sed prodesse ad exceptionem tantum, eo (inquam) dato, non concesso (nam diuersa sententia obtinuit) eo paulisper dato, etiam si id detur non posse peti vsuras totius sortis, quia ex tempore moræ debentur, & non intelligitur in mora fuisse soluendæ totius sortis, is a quo tota sors peti non potuit, *l. si pupillus, de verb. obligat.* Non intelligitur autem peti potuisse, quod si petitum fuisset, aut si peteretur, exceptione pacti posita (vt vel ille putabat) infirmari posset. Inanis est petitio, quæ exceptione infringi potest, *l. sciendum, de vsur. l. Stichum* §. *aditio, de solut. l. & eleganter* §. *seruus, de dolo. & l. quamuis* §. *Marcellus, ad Vellei. l. 25. de verb. oblig. l. pen. inf. de condict. ob turp. cauf.* At secundum sententiam Pauli, quæ obtinuit, cum nec ipso iure tota sors peti possit, & totius sortis multo minus vsuræ peti possunt. Denique ipso iure non committitur stipulatio vsurarum, nisi pro rata pensionum sua die non solutarum, ex tempore cessationis & moræ, non ex die stipulationis, nisi id nominatim expressum sit. Nam in fine huius l. fatetur Paulus, id specialiter exprimi & caueri posse, vt non solutis pensionibus, retrorsum vsuræ debeantur ex die stipulationis, id est, ex Calend. proximis, vel etiam aliter, vt a die non soluta sorte post moram, post eam diem etiam retro vsuræ debeantur ex die contractæ, & interpositæ stipulationis, qui modico interuallo distat ab illo, *vt l. 64. & 126.* quæ est ex eodem libro Pauli, *de verb. obligat.* Nam & idem de fructibus caueri posse ait, vt puta, si fundus promissus ad diem non detur, vt eius fundi fructus retro computentur ex die contractæ stipulationis, & restituantur: quam in rem hic locus est singularis. nescio similem. Et obserua Paulum argumentari a fructibus ad vsuras: nam & vsuræ vice fructuum sunt, *l. vsuræ, de vsur. l. 3. de vsuf. ear. rer. quæ vsu consum. vel l. cum quidam, de vsur.* quæ extremo huius legis opponitur, satis dixi prima recitatione, & hoc tantum inculcari præstat, in fine huius legis ostenditur, ob sortem sua die non solutam, posse infligi vsuras ex die contractus. Lex *cum quidam*, non tradit contrarium: sed hoc tantum, ob minores vsuras solutas quidem quibusdam diebus, sed sua quadam die non solutas, non posse infligi maiores ex die contractus, sed ex die cessationis tantum, quo debitor cessauit in soluendis minoribus. Optima ratione, quia iniquum est vsuras vsuris accrescere, solutis minoribus accrescere maiores, vsuræ vsuris nunquam accedunt. Antequam veniam ad *l. 18. de cond. ob turp. cauf.* si placet repetamus magis atque magis id quod obscurum est in *l. lecta*, vt confirmemus ea quæ ad eam diximus esse omnia verissima. Ac primum quod ait Paulus, non ante sortis non solutæ vsuras peti posse, quam & ipsa sors peti potuerit, id inueni Græcos interpretes etiam confirmare ex *l. 8.* §. *illud, de lib. legat.* quæ lex ait, si testator vetuerit a debitore suo intra certum tempus sortem peti, non posse etiam ab eo heredem eius, ne quid faciat contra voluntatem defuncti, interim quandiu sors peti non potest, vsuras petere. Sortis igitur dilata petitione, & dilata etiam intelligitur petitio vsurarum. Inuenio etiam id, quod est præcipuum in *l. lecta*, nempe pactum incontinenti subiectum stipulationi, inesse ex parte rei ipso iure, etiam non opposita exceptione, & minuere obligationem, non etiam ex parte actoris, quia non valet ad agendum, & vt Stephanus ait in eamdem legem, pactũ incontinenti subiectum stipulationi, minuere potest obligationem, non etiam augere, quod nihil aliud est, quam illud pactum ex parte debitoris inesse, non ex parte creditoris. Inuenio, inquam, idem in mutuo, qui est contractus stricti iuris, Vlpianum scripsisse in *l. rogasti* §. 1. *eod. tit.* quia in eo non hoc tantum proponit, pactum incontinenti subiectum mutuo non inesse ex parte actoris, vt docui, vt puta, si mutuo acceptis 10. statim subiecto pacto conuenerit vndecim reddi, non amplius condici posse, quam 10. non vndecim, quia pactum non inest ex parte actoris, non auget obligationem mutui: sed tantum inest ex parte rei ipso iure, vt puta, si acceptis mutuo decem statim pacto conuenerit, nouem tantum reddi, ipso iure non possunt peti nisi nouem. pacto ipso iure minuitur obligatio, & inest ex parte debitoris. Fauorabiliores vtique semper sunt rei, quam actores. Consentit ergo Vlpianus cum Paulo, & consequenter in *l. lecta*, Paulus non Vlpianum reprehendit, sed alium quendam, forte Papinianum ipsum, qui præerat consilio, vt in *l. si creditores, de separat.* Dum ait Paulus, *quidam putat*, sane Papinianum intelligit, cuius sententia extat in *l. debitor, eod. tit.* Aliis locis quum ait *quidam*, forte potuit Vlpianum significare, vt in *l. 8. vsuf. quemadm. caue, l. qui heredi* §. *si duorum, de condit. & demonstr.* & duum ait, *Alij*, in *l. pro emptore* §. *si in diem, inf. pro emp.* Hæc sunt, quæ addi velim iis, quæ prius tradidi ad *l. lecta*.

Ad

Ad leg. 8. De condict. ob turp. cauſ.

Si ob turpem cauſam promiſeris Titio, quamvis, ſi petat, exceptione doli mali, vel in factum ſummovere eum poſſis: tamen ſi ſolueris, non poſſe te repetere: quoniam ſublata proxima cauſa ſtipulationis, quæ propter exceptionem inanis eſſet, priſtina cauſa, id eſt turpitudo, ſupereſſet. Porro autem, ſi & dantis & accipientis turpis cauſa ſit, poſſeſſorem potiorem eſſe. Et ideo repetitionem ceſſare, tametſi ex ſtipulatione ſolutum eſt.

QVæſtio legis hæc eſt, *ſi ſolui, quod ſtipulanti promiſeram ob turpem cauſam, veluti ob ſtuprum, qua in re verſatur turpitudo ſtipulantis & promittentis, dantis & accipientis, an id condicere poſſim?* Quæſtio non eſt de turpitudine accipientis tantum, vt Gloſſæ volunt & interpretes omnes, qui ex vno caſu, qui proponitur in hac l. conficiunt duos diuerſos: perperam, vt poſtea demonſtrabitur. Quæſtio (inquam) non eſt de turpitudine accipientis tantum, quo caſu conſtat etiam re ſoluta condictioni locum eſſe cum ex parte dantis nulla verſatur turpitudo, vt ſi dedi, ne mihi iniuriam faceres, *l. 1. & l. 4. l. pen. & vlt. C. eod. tit.* Sed quæſtio eſt de turpitudine vtriuſque, & turpiter dato, vel ſoluto, & turpiter accepto. Et ita Græci omnino ponunt, qui breuiter totius legis ſententiam ita exprimunt: ἐὰν ἑκατέρωθεν ἡ αἰσχρὰ αἰτία ᾖ, &c. id eſt, *ſi cum ex vtraque parte turpitudo verſaretur, turpiſve cauſa exſiſteret, promiſero me daturum aliquid, ſi a me petatur, habeo quidem exceptionem: ſed ſi ſoluero, non habeo repetitionem.* Itaque quum ex vtraque parte verſatur turpitudo, condictioni locus non eſt eius, quod ſolutum eſt. At videbatur tamen condictioni locus eſſe, quia ſolui indebitum. Indebitum enim eſt etiam, quod etſi ipſo iure debeatur, iure tamen perpetuæ exceptionis, quæ tam naturalem, quam ciuilem obligationem exſtinguit, non debetur, *l. qui exceptionem, inf. de cond. indeb.* Quod autem promiſi ob turpem cauſam, etiamſi verſetur turpitudo ex vtraque parte, id ſi a me petatur, tueri me poſſum exceptione doli mali, vel in factum, quæ perpetua exceptio eſt, & omnem obligationem exſtinguit. Ergo id effectu non debui. Et conſequenter ſi per errorem ſolui, id quaſi indebitum condicere poſſum. Duo exigimus, vt condictio indebiti competat ei, qui ſoluit, cum haberet exceptionem; primum, vt habuerit perpetuam, nam temporaria exceptio condictionem non inducit, *l. ſufficit, inf. de cond. indeb.* & vt habuerit eius generis exceptionem, quæ etiam naturalem obligationem expugnat, veluti exceptionem pacti, *d. l. qui exceptionem §. vlt. coniuncta l. ſi non ſortem §. ſi libertus, eod. tit.* & exceptionem iuriſiurandi voluntarij, aut neceſſarij, *l. ſi quis iurauit, eod. tit.* & exceptionem Senatuſconſulti Velleiani, *d. l. qui exceptionem.* Et hanc de qua hæc agitur exceptionem doli mali vel in factum ex cauſa doli, *l. 7 ſup. tit. prox. l. ſi pater ignorans, ſol. matrim.* Exceptio autem quæ naturalem obligationem non perimit, vt exceptio rei iudicatæ, *l. iudex Iulianus, inf. de cond. indeb.* & exceptio Macedoniani, *dict. l. qui exceptionem, & l. quia naturalis, ad SC. Maced.* Hæ exceptiones, quæ ciuilem obligationem tantum exſtinguunt non naturalem, non inducunt ſoluti condictionem. In caſu autem huius legis verius eſt, exceptionem doli, vel in factum, licet ſit perpetua, & naturalem etiam perimat obligationem, ſoluti condictionem impedire, quia, vt ait Paulus, *ſublata proxima cauſa ſtipulationis,* nempe ſtipulatione, *quæ propter exceptionem inanis eſſet, priſtina cauſa, id eſt, turpitudo ſupereſſet.* Quæ verba videntur ſubobſcura, ſed nihil eſt facilius, vt exponemus. Proxima cauſa ſoluendi eſt ſtipulatio, quia, vt ait in fine, ex ſtipulatione ſolutum eſt. Hæc vero cauſa nulla eſt, quia ſtipulatio per exceptionem inanis conſtituitur, vt in *l. lecta, de reb. cred.* Et ideo, quod ad hanc cauſam attinet, quia nulla aut inutilis eſt, aut inutilis fit per exceptionem, ei, qui ſoluit, condictio competere videtur. Priſtina autem cauſa ſoluendi eſt turpitudo, quia cauſa turpis prius venit in mentem, de eaque primum inter ſe tractarunt contrahentes, tractatus turpis anteceſſit, deinde ſecuta eſt ſtipulatio, & ſtipulationem ſolutio. Solutioni proximior eſt ſtipulatio, ſolutionis proxima cauſa eſt ſtipulatio, quam exceptio doli, vel in factum infirmat, infringit, nullamque conſtituit. Priſtina autem cauſa, id eſt, prior (*priſtina enim dicitur, vt Feſtus ait, quaſi priuſtina*) priſtina, inquam, ſiue prior ſoluendi cauſa, id eſt, turpitudo non aboletur, ſed eadem manet & extat. Et hæc inhibet ſoluti condictionem. Proxima cauſa non inhibet, quia nulla eſt, ſed prior cauſa inhibet. Et ita quoque Græci hanc rationem Pauli interpretati ſunt, quorum verba hæc ſunt fere, τῇ καταβολῇ, &c. id eſt, *ſolutioni proximior eſt ſtipulatio, quia prius de turpi cauſa cogitauerunt, & inter ſe colloquuti ſunt, deinde ſubiecerunt ſtipulationem,* & ita ſtipulationem ſecuta ſolutio eſt. nihil eſt euidentius. Et ſic in *l. cum is §. pen. inf. de cond. indeb.* ſi mater, cum in ea opinione eſſet, vt crederet ſe pro dote obligatam filiæ nomine, ſe dotem pro filia dare debere, pietatis officio functa dotem dederit, non condicit. Quare? Vtitur eadem ratione: quia ſublata falſa opinione, quæ ſcilicet fuit proxima cauſa dandæ dotis, & per ſe condictionem inducit, relinquitur, inquit, & ſupereſt pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt. Et propter eam cauſam dicitur ceſſare condictio. Inuenies & in *l. cum de hoc, inf. de except. rei iudic.* proximam cauſam actionis dici ad differentiam primæ ſeu priſtinæ cauſæ. Cauſa proxima actionis in rem, eſt, dominium: cauſa prima, titulus acquirendi dominij, veluti poſſeſſio temporis lege definiti. Quod autem ſequitur in hac lege, *porro autem ſi & dantis & accipientis, &c.* id conſequentia eſt, & concluſio eius, quod dixit ante. Et (*porro autem*) idem valet, quod, proinde. Denique idem eſt caſus, non alius: nimirum, ſi dantis & accipientis turpitudo verſetur, in pari cauſa, in pari vitio potiorem, & meliorem eſſe conditionem poſſeſſoris, vt in *l. 2. C. eod. tit. l. vlt. inf. de cond. ſine cauſ.* in pari cauſa fortunam pro poſſeſſore dare ſententiam, & ideo, quod is tenet & poſſidet, non poteſt ei condici ab illo qui dedit, quique in eodem vitio verſatur, licet dederit ex ſtipulatione, quæ iure exceptionis nulla & inanis erat, quia hac cauſa ſublata ſupereſt alia, puta turpitudo, quæ inhibet repetitionem, turpitudinis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt. Quod autem dicitur hoc loco ſtipulationem, vel ſtipulationis cauſam, quod idem eſt, tolli exceptione doli mali, vel in factum, ei nihil obſtat *l. 5. C. eod. tit.* nihil lex *generaliter* cum *l. ſeq.* nihil *l. ſi flagitij, de verb. obl.* quæ turpes ſtipulationes dicunt eſſe ipſo iure nullas ab initio, etiamſi nulla opponatur exceptio, citra exceptionem, quia loquuntur de ſtipulationibus rei turpis: vt ſi quis ſtipulanti promiſerit, ſe homicidium facturum, aut lenocinium, ſicut in *l. 6. §. rei, mand.* dicitur rei turpis mandatum nullum eſſe, & ita ſtipulatio turpis, id eſt, ſtipulatio rei turpis: non loquuntur de ſtipulationibus certæ pecuniæ, quæ fiunt non expreſſa cauſa ſtipulationis: hæ ipſo iure valent, nec excluduntur, niſi beneficio exceptionis doli, vel in factum. Et ita Bartolus recte. Concurrit autem exceptio doli ſemper cum exceptione in factum, hæc eſt honeſtior: illa quodammodo infamat. Et hac vtimur aduerſus eos, quibus honorem & reuerentiam debemus, vt aduerſus parentes & patronos: illa aduerſus ceteros, *l. apud Celſum §. aduerſus, de doli excep.* Eademque eſt ratio actionis de dolo, & actionis in factum, *l. non debent, de dolo.* Actio enim de dolo eſt famoſa, infamat reum ſecuta condemnatione, quia omnino eſt in perſonam, dirigitur in perſonam, qua cum agitur, quia notat perſonam eius, qui dolum fecit. Actio autem in factum vi quidem ipſa eſt etiam in perſonam, ſed non figura verborum, quia in rem, & generaliter ſcribitur, ſiue concipitur, non notata perſona, quæ dolum admiſit: ſcribitur in factum, id eſt, in id quod geſtum eſt, non in eum, qui geſſit, quamvis vi ipſa, τῇ

δυνάμαι, fit in eum. Et ita eodem ſenſu Lampridius Alexandrum Seuerum, *ſi quid minus bene factum eſſet, id ipſum conuinciſſe ait, verum in factum & ſine amaritudine animi*: in factum ſcilicet, non in perſonam, factum reprehendebat, & conuincebat magis, quam perſonam. Quod eſt ſcitum & elegans.

Ad leg. 21. De condict. indeb.

Plane, ſi duos reos non eiuſdem pecuniæ, ſed alterius obligationis conſtitueris: vt puta Stichi aut Pamphili: & pariter duos datos; aut togam vel denaria mille: non idem dici poterit in repetitione, vt partes repetant: quia nec ſoluere ab initio ſic poterunt. Igitur hoc caſu electio eſt creditoris, cui velit ſoluere: vt alterius repetitio impediatur.

QVæſtio l. pendet ex *l.* 19. §. *vlt.* & *l.* 20. *ſup.* Eam igitur prius exponamus. Si duo ſint rei debendi, qui debeant ſinguli in ſolidum eandem pecuniam, puta 10. non dena, & per errorem pariter ſoluerint 20. id eſt, ſinguli dena, recte ait *l.* 19. §. *vlt.* ſingulos quina quaſi indebita repetituros, vt creditor non habeat, niſi decem, quæ ſola ei a duobus reis debebantur: nec ſua decem, quæ ſoluit, repetet vnus potius, quam alter, quia nec apparet vter indebitum ſoluerit, quia pariter ſoluerunt. Vt igitur par ſit ratio omnium, melius eſt ſingulos repetere quina: pariter ſoluerunt viginti, id eſt, vno eodemque tempore, non ſimul ambo: nam ſi diuerſis temporibus ſinguli ſoluerint dena, qui prior ſoluit, non habet repetitionem, quia debitum ſoluit, poſterior decem, quæ ſoluit quaſi indebita, repetere poteſt, *l. cum duo, inf. hoc tit.* Item ſi ambo ſimul ſoluerint 20. ſcientes præſenteſque, qui poſterior ſoluit, non habet condictionem, quia ſoluit per errorem iuris, neſciens ſe ſolutione prioris liberatum eſſe. Error iuris non inducit condictionem, ſed error facti tantum, *l. cum quis, C. de iur. & fac. ignor.* Ponendum igitur eſt, quod & Græci ponunt hoc loco, vnumquemque ſoluiſſe decem, neſciente altero, puta ſoluiſſe per alium, per nuntium, aut tabellarium, non per ſe. δηλαδὴ ἴσασι, *Pone*, inquiunt, *vnumquemque ignorante altero, miſiſſe per alterum creditori nummos.* Ex quo intelligitur, aliud eſſe *pariter, aliud, ſimul ambo, aliud* ἅμα, *aliud*, ὁμοῦ. Porro l. 20. ait idem eſſe, ſi reus principalis & fideiuſſor pariter 20. ſoluerint, cum in obligatione eſſent decem tantum. Singuli enim repetent quina. Et in hac cauſa (inquit, quod notandum) reus & fideiuſſor non diſtant a duobus reis debendi. Recte in hac cauſa. Nam in aliis cauſis, multum diſtant reus & fideiuſſor eius a duobus reis debendi. Fideiuſſor compenſare poteſt, quod reo principali debetur, *l.* 4. *&* 5. *de compenſat.* Correus vero non poteſt compenſare, quod correo debetur, niſi ſocius ſit, *l. ſi duo, de duob. re. conſtit.* fideiuſſor ſi ſoluerit, habet in reum principalem actionem mandati vel negotiorum geſtorum, *l.* 20. *mand.* Correus ſi ſoluerit, aduerſus correum nullam actionem habet, quia ſuo nomine ſoluit, *l. ſi pro parte* §. *vlt. de in rem verſo.* Vtriuſque correi par cauſa eſt, *l. vlt. in princ. quæ in fraudem credit.* Singuli enim ſunt rei principales, fideiuſſor non eſt reus principalis, ſed acceſſio & ſequela principalis obligationis, *l.* 5. §. *penult. de inſt. act. l.* 93. *de ſolut.* mora rei fideiuſſori nocet *l. mora, de verb. oblig.* mora correi, correo non nocet, *l. in condemnatione* §. *pen. de reg. iur.* & hodie ex Nouella Iuſtiniani, *de fideiuſſoribus*, inter eos certiſſima differentia quod etſi electio permittatur creditori, vt eligat ex duobus reis, quem voluerit, quem conueniat & condemnet, eadem ei electio non permittitur in reo & fideiuſſore. Prius enim conueniendus & excutiendus eſt reus principalis, quam fideiuſſor. Qua ratione ſi hodie reus & fideiuſſor ſoluerint 20. id eſt, ſinguli decem, cum decem tantum deberentur, diceremus ſoli fideiuſſori competere condictionem decem, quæ ſoluit per errorem, cum exiſtimaret totidem reum non ſoluiſſe, & non eſſe ſoluendo. Quam in rem eſt valde ſingularis Gloſſa l. 20. Eſt tamen etiam alia cauſa, in qua reus & fideiuſſor non diſtant a duobus reis debendi. Nam neque inter correos, neque inter reum & fideiuſſorem locus eſt beneficio diuiſionis, quod induxit epiſtola diui Adriani, inuito creditore, *l. ſi plures* §. *vlt. de fidei, l. ſi ex toto* §. *vlt. de legat.* 1. *l. reos, de duob. reis.* His cognitis videamus, quid ſit dicendum, quæ eſt quæſtio huius *l.* 21. ſi duo ſint debitores non eiuſdem pecuniæ, inquit, ſed alterius obligationis, id eſt alternatæ obligationis, vt ſi ſinguli debeant Stichum aut Pamphilum ſub diſiunctione, quo genere vterque ſeruus eſt in obligatione, vnus tantum in ſolutione *l. ſi duo, de verbor. obligat.* & electio eſt debitoris, quem ſoluat *l. plerunque* §. *vlt. de iur. dot.* Quid autem dicemus, ſi pariter ſoluant vtrumque, vnus Stichum, alter Pamphilum? vel quid ſi debeant ſinguli ſub diſiunctione, ſub alternatione, togam, aut denaria mille? (dicit Paulus denaria mille, more Græcorum, vt Plautus, *in Rud. centum denaria Philippæa in paſcolo*, id eſt, in marſupio.) Quid ergo ſi ſinguli debeant ſub alternatione togam aut denaria mille, & pariter vtrumque ſoluant per errorem, vnus togam, alter denaria mille, an poſſint ſinguli condicere partes, ſicut illi, qui cum deberent decem, ſoluerunt 20. condicere poſſunt partes, vt ſupra dictum eſt, puta, quina: an ſimiliter, & in hac ſpecie vnus poterit condicere partem Stichi, alter partem Pamphili, vel vnus partem togæ, alter partem mille denarium? Minime, quia (*vt ait*) nec ab initio ſoluere potuerunt partes hominum vel togæ. Et cuius rei arbitrium non haberet in ſolutione, id etiam æquum eſt, vt nec habeat in repetitione, non potuerunt ſoluere partes: ergo non poterunt etiam repetere partes. Non eſt etiam æquum, vtrunque ſeruum retinere, vel vtramque rem creditorem retinere, cum altera contentus eſſe debeat, ſicuti fert ius & conditio alternatæ obligationis: & viciſſim non eſt æquum, vtrumque debitorem rem vel hominem, quem ſoluit in ſolidum, repetere, aut vnum potius repetere, quam alterum. Fac vtrumque velle repetere quod ſoluit. Impedient ſe inuicem, quia non ſtatuunt, aut non poſſunt ſtatuere, vter potius repetat. Si inter eos conueniret, quis repeteret, quod ſoluit, & quis non repeteret, nullus eſſet labor. At quid fiet, ſi vterque repetitione vti velit, Paulus definit, melius eſſe neutri repetitionem dari, & in electione creditoris, & arbitrio ponere, cui reddat, quod ab eo accepit, vt eo electo alterius repetitio impediatur. Hoc, inquit, caſu, rei ſcil. expediendæ gratia (quod notandum) electio eſt creditoris, cui velit ſoluere, id eſt, reddere quod accepit plus debito, cui velit reddere decem. Hoc caſu, quum ſcilicet ſunt duo debitores Stichi aut Pamphili, vel togæ, aut denarium mille. Alias enim ſi non ſint duo debitores, ſed vnus tantum, qui debeat Stichum, aut Pamphilum ſub diſiunctione, & per errorem vtrumque ſoluat, electio non eſt creditoris, ſed electio eſt eius, qui ſoluit, vt repetat, quem volet. Quod Iulianus ſubindicat in *l. cum is, in princ. hoc tit.* quia cum vtroque homine, vel altero mortuo apud creditorem deneget debitori condictionem, quia qui ſupereſt remanet in ſoluto, ſane vtroque viuo debitori, qui ſoluit videtur dare electionem, vt ex iis repetat, quem volet. Idque Iulianum ſenſiſſe etiam Papinianus ſcripſit auctore Iuſtiniano, *l. pen. C. eod. tit.* Et probat Iuliani ſententiam tam Papinianus, quam Iuſtinianus ipſe, *d. l. pen.* vt ſcilicet is habeat electionem repetendi, qui & ſoluendi electionom habuit, abrogata ſententia Celſi, Vlpiani, & Marcelli, qui electionem reddendi, & retinendi, quem vellet, creditori dabant, quaſi creditore iam facto debitore reddendi alterius. Ex extat hæc Vlpiani ſententia adiuncta auctoritate Celſi, & Marcelli in *l. ſi non ſortem* §. *pen. inf. hoc tit.* Illo loco, *vtroque ſimul ſoluto Sticho, id eſt, & Pamphilo, mihi*, id eſt, creditori, *repetendi*, &c. cum tamen vterque non coniunctim, ſed diſiunctim eſſet in obligatione, *mihi creditori retinendi, quem vellem arbitrium daretur.* Sed exploſa hæc ſententia eſt, & correcta igitur omnino *d. l. ſi non ſortem*, in ſupradicto loco. Inter eoſdem Iuriſconſultos fuit ratione pari controuerſia in hac

hac specie : si is, qui debuit Stichum aut Pamphilum, putans se pure debere Stichum, soluerit Stichum : nam Iulianus ei dat condictionem Stichi, si veritate cognita Pamphilum soluere malit, *d. l. cum is* §. *vlt.* Celsus autem denegat condictionem Stichi *l.* 19. *de leg.* 2. Denique vt vtroque dato & soluto Celsus retentionem siue potestatem retinendi, quem velit creditori dat, ita & altero dato, eius ei retentionem dat. Iulianus vero, vt vtroque dato potestatem repetendi, quem velit debitori dat: Ita & altero dato potestatem repetendi eius, & dandi alterius. Et ex mente Iustiniani, Iuliani sententiam sequendum est. At quæro quid dicemus, si debitor vnus Stichi, vel si duo debitores Stichi, cum existimarent se debere Stichum aut Pamphilum, soluerunt Pamphilum, quia in disiunctiuis electio est debitoris. Et hoc casu extra omnem controuersiam est, Pamphilum quasi indebitum condici posse, *l.* 19. §. *pen. sup. hoc tit.* quia non videtur pro Sticho solutus Pamphilus. Imo vero non potuit alius pro alio solui inuito creditore, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.*

Ad leg. 60. eod. tit. De condict. indeb.

Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio, negabat soluentem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit: siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit: quia ex vna causa alterius solutionis origo proficiscitur. Vbi autem quis quod pure debet, sub conditione nouandi animo promisit: plerique putant, pendente nouatione, solutum repetere posse: quia ex qua obligatione soluat, adhuc incertum sit. Idemque esse etiamsi diuersas personas ponas eandem pecuniam pure & sub conditione nouandi animo promisisse. Sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura & conditionali eundem debiturum certum est.

HÆc lex ab interpretibus est multo & inerudito puluere asperſa. Quæstio hæc est, *an verus debitor, cum quo creditor litem contestatus est, si pendente indicio, nondum data sententia, nondum facto iudicio soluerit, quod debuit, an id pendente indicio condicere possit?* Causa dubitandi hæc est, quia forte iudicabitur ab eo pecuniam non deberi, & interim incertum esse videtur, debeat, nec ne. Atque adeo, sicut pendente conditione obligationis, ei, qui soluit condictio datur, *l.* 16. & 18. *hoc tit. l.* 5. §. *pen. de lib. leg.* ita etiam danda videtur esse condictio ei, qui pendente iudicio, sub incerto euentu iudicij, pecuniam soluit. Aliud tamen Iuliano iudicium est, vt Paulus refert in hac lege, nempe condictionem ei dandam non esse, quia & soluenti post absolutionem iudicis non daretur condictio, quia verus debitor est, id est, quia natura debet: veritas autem & natura idem est, vt in *Inst. adoptionem imitari naturam.* Cic. pro domo sua, *adoptionem imitari veritatem suscipiendorum liberorum.* Ausonius: *adoptionem imitari prolem, Quam legisse iuuet, quam genuisse velit.* At qui vere & natura debet, absolutione iudicis debere non desinit. res enim male iudicata non expungit naturalem obligationem, naturale vinculum, iurisgentium vinculum *l.* 8. §. 1. *rem ratam haberi.* Ergo nec absolutus verus debitor, quod sua sponte soluit, condicere potest, *l. iudex, hoc tit.* nam eius, quod natura debetur, non iure ciuili, repetitio non est, *l. quod enim, l. fideiussor* §. *fideiussor, de fideiuss. l.* 49. §. 1. *de solut. l.* 1. §. *id quod natura, ad leg. Falcid.* Quod si verus debitor, etiamsi absolutus sit, condicere non potest quod soluit post absolutionem & multo minus id condicere potest quod soluit ante absolutionem pendente lite. Et rursus, si quod soluit post absolutionem condicere non potest, & multo minus, quod soluit post condemnationem. Nam etiamsi verus debitor non fuerit, quod soluit ex condemnatione condicere non potest, quia id ciuiliter debuit ex sententia iudicis *l. cum putarem, sup. famil. ercisc.* Et quia secundum ius vetus, ex ea causa soluit, quæ inficiatione crescit in duplum *l.* 4. *C. eod. tit.* Nec dicas verum debitorem, qui absolutus est, solutum repetere non posse hac ratione, quod res iudicata a iudice, qui eum absoluit, alio iudicio, puta condictione indebiti, conuelli, aut retractari non possit. Ne hoc dicas, quia posterior iudex non cognoscit de sententia prioris iudicis, qui a debitore peti vetuit, quive debitorem pronuntiauit non debere, neque retractat rem ab eo iudicatam, sed cognoscit tantum de causa repetendæ solutæ pecuniæ. At dicas, verum debitorem, etiamsi absolutus sit non repetere quod soluit, nec iure causam obtinere apud posteriorem iudicem, quia natura debuit, & vt subiicit Paulus ex Iuliano, verus debitor, qui soluit manente adhuc iudicio, συνεστῶτος τοῦ δικαστηρίου, similis est ei, qui ita stipulanti promisit: *Siue nauis hoc anno ex Asia venerit, siue non venerit, centum dari:* qui si interim soluat, antequam certum sit, ventura sit nauis, necne, condictionem non habet, quia ex vna causa alterius solutionis origo proficiscitur (videtur obscura ratio) hoc est, sublata vna soluendi causa, puta non debente eo soluere ex illa parte stipulationis quod nauis venerit ex Asia, quæ non venit, superest altera causa, quia etsi nauis non venerit aut venerit, in hunc quoque casum se debitor obligauit. Denique vna causa cessante, existit statim altera, & ita sublata vna causa soluendi absolutione debitoris, quæ ciuilem obligationem tollit, emergit statim & suboritur altera: quia natura debitor manet, quia naturale vinculum, naturalis obligatio absolutione perempta non est. Et dicit, *alterius solutionis*, pro *alterutrius*, vt heri *in leg.* 21. alterius obligationis, id est, alterutrius vel alternatæ obligationis (vbi & ratione consimili Paulus vtitur) & solutionis, id est, numerationis & redditionis debitæ pecuniæ. Glossæ hæc non intelligunt. At quæri potest, *si quis ita stipulanti promiserit, siue nauis venerit ex Asia, siue non venerit, vtrum pura sit, an conditionalis stipulatio?* Et (vt breue faciam) verius est conditionalem esse: & si certum sit, alterum casum futurum, quia ex ea petitio non datur, antequam alter casus exstiterit. Quæ est ratio Bartoli verissima. Et Iulianus quoque in *l. necessario* §. *si ita, de peric. & comm. rei vendit.* seruo ita vendito: *Esto seruus ille emptus tot aureis, siue nauis venerit ex Asia, siue non venerit*, dicit venditionem statim esse perfectam, & ideo periculum serui ad emptorem respicere: dicit esse perfectam, non etiam esse puram. Conditionalis igitur emptio, conditionalis stipulatio est, vt & legatum ita relictum, *siue nauis venerit ex Asia, siue non, siue illud factum fuerit, siue non fuerit*, constat esse conditionale, & ideo non transmitti ad heredem legatarij, nisi alteruter casus viuo legatario exstiterit, *l. huiusmodi, inf. quando dies legati ced.* Qua in re tale legatum distat sane plurimum a pari stipulatione, quia stipulatio quæcunque conditionalis transmittitur in heredem stipulatoris, propterea quod ex præsenti tempore vires accipit, licet sit conditionalis, non vt legatum ex futuro tempore, *l. vsufructus, de stip. seru. l. si filiusfam. de verbor. obligat.* §. *ex conditionali, Inst. eod. tit.* Conditio item stipulationis, vel alterius contractus, quæ exstitit, retrotrahitur, retro recurrit, *d. l. necessario* §. 1. *l. potior* §. 1. *qui pot. in pign. hab.* conditio legati, quæ exstitit, non retrotrahitur. Qua de causa & legatum pendente conditione solutum (vt arbitror) repeti potest, certissima ratione, quia certum non est debitum iri. Si enim legatarius interim moriatur pendente conditione, heredi eius nihil debetur. Pecunia autem in stipulationem deducta factam sub conditione supra scripta, *si pendente conditione soluatur*, repeti non potest, quia certum est stipulatori, vel heredi eius, quandoque debitum iri, quatenus scilicet conditio omnimodo exstitura est, hæc vel illa, *si nauis venerit*, vel *si nauis non venerit.* Itaque tametsi sub illa conditione legatum relinquatur, quæ omnino exstitura sit, interim solutum repeti potest, quia fieri potest interim moriente legatario, vt legatum nulli debeatur. Quod si sub eadem conditione promissum sit stipulanti, interim solutum repeti non po-

teſt, *l.* 18. *hoc tit.* Et quod ad cauſam repetitionis attinet, ſtipulatio pro pura habetur, quia vt ex pura, ita ex hac ſolutum non repetitur, licet ſit conditionalis, quia conditio omnimodo exſtitura eſt. Itemque quod ad cauſam nouationis attinet, pro pura habetur: nam ſi quod pure debeam, ſub ea conditione promittam, quæ omnino exſtitura ſit, nouandi animo, ſtatim nouatio fit, *l.* 9. §. 1. *de nouat.* Et ita legatum relictum, *quum morietur heres*, quia conditionale eſt, & ad heredes legatarij non tranſmittitur, ſi viuo herede legatarius vita decedat, *d. l. huiuſmodi*, *l. heres meus* §. 1. *de cond. & demonſt.* interim ſolutum per errorem repeti poteſt. At ſtipulatio ita concepta, *quum morietur promiſſor*, quæ non eſt conditionalis, non ſub conditione facta, ſed ſub die incerto, quandoquidem, etſi promiſſorem moriturum certum ſit, quo die tamen ſit moriturus, incertum eſt: quia, inquam & hæc ſtipulatio ad heredem tranſmittitur, quod interim ex eius ſtipulationis cauſa ſoluitur, repeti non poteſt, *l.* 17. *hoc tit.* quæ lex (quod notandum) exemplum eſt eius, quod ante dixit in *l.* 16. & propoſuit his verbis, *quod autem ſub incerto die debetur, die pendente non repetitur.* Res exigit vt illo loco legamus: *die pendente*, vt in §. 1. *Inſtit. de Attil. tut.* Die pendente, non vt paſſim, *die exſiſtente*, alioqui nulla eſſet differentia inter debitorem ſub conditione, & debitorem ſub die incerto. Quam tamen differentiam voluiſſe conſtituere Pomponium in *d. l.* 16. pluſquam manifeſtum eſt, quia & exſiſtente conditione, ſolutum non repetitur, vt eadem lex ait. At differentia in hoc tantum conſiſtit, quod pendente conditione ſolutum repetitur, quia certum non eſt debitum iri, quum conditio eſt caſualis, quam omnino exſtituram dicere non poſſumus. Pendente, inquam, illa conditione, ſolutum repetitur, quia certum non eſt debitum iri. Pendente autem die incerto, puta, quum morietur promiſſor, pendente die incerto ſolutum non repetitur, quia certum eſt debitum iri. Sequitur in hac l. (& hic eſt finis) *Vbi autem quis, quod pure debet, ſub conditione nouandi animo promiſit, plerique putant, &c.* Dixit ante de eo, qui promiſit pecuniam ſub duabus conditionibus, *ſiue nauis venerit ex Aſia, ſiue non venerit*, in omnem euentum, quem dixit, interim ſolutum repetere non poſſe: nunc dicit de eo, qui eandem pecuniam ſtipulanti promiſit pure, ac deinde ſub conditione nouandi animo: qui ſi ſoluat pendente conditione, pendente nouatione, quæritur, an repetere poſſit? Et hunc quoque placet ſolutum repetere non poſſe, quia eam pecuniam omnimodo debiturus eſt: ſiue enim conditio defecerit, quaſi nouatione non facta, eam debiturus eſt ex pura ſtipulatione: ſiue exſtiterit conditio, quaſi nouatione facta, eam debiturus eſt ex conditionali ſtipulatione, *l. quoties*, *de nouat.* At in contrarium obiici poteſt, quid ſi nouandi animo ſtipuler a ſecundo ſub conditione, quod pure mihi primus debet, & ſecundus pendente conditione ſoluerit? repetere poteſt: quia non eſt omnino certum a ſecundo pecuniam debitum iri. Si enim conditio defecerit, a ſecundo non debebitur, ſed a primo ex pura ſtipulatione, quaſi nouatione non facta, nec primo, quaſi tacita pactione liberato, quia inanis nouatio, nec vim pacti habet, *l. in perſona* §. *vlt. ſup. de pact.* Sed hic caſus (vt Paulus ait) longe eſt diſſimilis a ſuperiore. Itaque ab eo ad illum non ducitur idoneum argumentum: nam ſuperiore caſu vnicum debitorem, qui pure primum, ac deinde ſub conditione promiſit nouandi animo, certum eſt omnino debiturum, vel ex pura, vel ex conditionali ſtipulatione. Et ideo ſi interim ſoluerit, condictioni locus non eſt, quamvis tunc ſoluerit, quum incerta erat ſoluendi cauſa, quamvis ex qua obligatione ſolueret, adhuc eſſet incertum. Poſteriore autem caſu, quum duo ſunt eiuſdem pecuniæ debitores, vnus pure, alter ſub conditione, ſtipulatione conditionali interpoſita nouandi animo, non eſt certum, vter eorum ſit debiturus pecuniam. Et ideo condictioni locus eſt, ſi pendente conditione & nouatione ſoluatur. Et hæc eſt ſententia Pauli in hac lege.

Ad l. 41. De pign. act. iuncta l. 14. De fideiuſſor.

Rem alienam pignori dediſti, deinde dominus eius rei eſſe cœpiſti, datur vtilis actio pigneratitia creditori. Non eſt idem dicendum, ſi ego Titio, qui rem meam obligauerat ſine mea voluntate, heres exſtitero. Hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori. Neque vtique ſufficit ad competendam vtilem pigneratitiam actionem, eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed ſi conueniſſet de pignore, vt ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus vtilis actio moueatur.

Certum eſt rem alienam, in qua debitor nullum ius habet, vel quæ ei non debetur, ab eo ſpecialiter pignori obigari non poſſe ſine mandato, aut voluntate domini, nec eius pignoris creditori perſecutionem dari, id eſt, actionem hypothecariam: ſed contraria actione pignoratitia teneri debitorem in id, quod intereſt, etiam ignorantem, qui creditori ignoranti rem alienam pignori poſuit, atque etiam ſcientem, qui creditorem decepit teneri extra ordinem crimine ſtellionatus, *l. ſi rem alienam, in princ. l. tutor* §. 1. *l. ſi quis in pignore* §. 1. *hoc tit. l.* 6. *C. ſi aliena res pignori data ſit.* Rei alienæ qualem qualem obligationem eſſe dicit *l. reſcript.* §. 1. *inf. de diſtract. pign.* id eſt, nullam, vt in *l. gerit*, *de acquir. hered.* qualis qualis poſſeſſio, id eſt, nulla. At ſciendum eſt, vno caſu re aliena pignori data, licet ab initio pignus non conſiſtat, non contrahatur, poſtea ex æquitate conualeſcere, puta ſi debitor qui eam rem pignori oppoſuit, poſtea dominium eius acquiſierit, vt ſi domino eius rei heres exſtiterit. Conualeſcit autem hoc caſu & confirmatur pignus, non quidem directo, quia directi & ſummi iuris regula, quæ a Catone profecta eſt, obſtat, quæ vetat, *quod ab initio non valet, ex poſt facto non conualeſcere.* Et ideo neque pignus, quod ab initio non valet, ex poſt facto conualeſcit directo, ſed conualeſcit vtiliter, hoc eſt, pignoris perſequendi gratia creditori datur aduerſus debitorem, qui eam rem poſſidet, non quidem ordinaria & directa actio hypothecaria, ſed vtilis, & extraordinaria ſiue in factum, quæ eundem effectum habet, præſertim ſi ab initio neſcierit creditor rem eſſe alienam, quam pignori accipiebat; & ſi hoc caſu vtilis hypothecaria ei datur, & multo magis ei dabitur retentio eius rei per exceptionem doli mali ſi eam poſſideat, *l.* 7. §. *ſed etſi filiusfam. inf. ad SC. Maced.* Alioqui ſcienti creditori datur retentio tantum, *l.* 1. *in princ. inf. de pignor.* non vindicatio, id eſt, actio hypothecaria, quæ hoc loco (quod notandum) dicitur vtilis pigneratitia, vt in *l. ſi Titio, inf. de pign. l. Titius, quibus mod. pign. vel hypoth. ſolu. l. ſi mater* §. *vlt. & l. pen. inf. de except. rei iudic.* & in *l.* 5. *C. ſi aliena res pign. data ſit.* In qua idem proponitur, quod in priore parte huius legis, vtilis perſecutio exemplo pigneratitiæ, id eſt, vtilis hypothecaria. Alio igitur ſenſu dicitur hic actio pigneratitia, quam in rubrica ipſa: Nam actio pigneratitia in hac rubrica eſt actio in perſonam, tam directa, quæ ſoluta omni pecunia debitori datur aduerſus creditorem pignoris recuperandi gratia, quam etiam contraria, quæ ex diuerſo, ſiue ex contrario (vnde nomen contrariæ actioni) datur creditori aduerſus debitorem, ſi quid neceſſario impendit in rem pigneratam, vel ſi quid aliud eius intereſt, vt id a debitore recipiat. Actio autem hypothecaria, quæ hic dicitur pigneratitia, eſt actio in rem, non in perſonam, *l.* 17. *inf. de pignor. l.* 2. *C. ſi vnus ex plurib. hered. cred.* Item actio pigneratitia, de qua eſt hic titulus, tam directa, quam contraria eſt bonæ fidei, hypothecaria eſt arbitraria, non bonæ fidei. Ad rem. Sic ſtatuo. Re aliena pignori obligata ignoranti creditori, poſtea debitori eius rei dominio quæſito conualeſcit pignus, & creditori non tantum retentio datur, ſi eam rem poſſideat, ſed & vtilis hypothecaria aduerſus debitorem, ſi debitor eam poſſideat. Hoc dicit Paulus in priori parte huius leg. idque ſignif. *d. l.* 1. *de pignor. & d. l.* 5. *C. ſi alie. res pign.*

pign.data ſit. Nec huic ſententiæ & definitioni obſtat quod dicitur *in l. & qua nondum* §.1.*inf.de pign.* creditorem, qui agit hypothecaria, probare debere, cum conueniebat de pignore, rem in bonis debitoris fuiſſe. Quod vtique in hac ſpecie cum probare non poſſit, quia certe non fuit in bonis debitoris, videtur deneganda ei eſſe actio hypothecaria. Namque breuiter ita reſpondeo: huius rei probationem a creditore deſiderari, ſi agat directo iudicio, non ſi agat vtili iudicio, vtili hypothecaria & extraordinaria, *vt in ſpecie propoſita*, & ita Albericus recte. Et hoc ſatis eſt, nec ſequaris in hanc rem Accurſij nugas, puta, id non probanti creditori dati hypothecariam in debitorem, non in extraneum poſſeſſorem. Datur enim hypothecaria in vtrumque, in quemlibet poſſeſſorem: ſed vtilis, vt dixi, non directa, vel vt idem ait, dari hypothecariam, ſi tempore conuenti & cauti pignoris debitor eam rem bona fide poſſidebat: quoniam propter bonam fidem eo tempore quodammodo in bonis debitoris fuiſſe intelligitur, non ſi eam mala fide poſſidebat: Nam & hoc reijciendum eſt, quia vtroque caſu verius eſt, creditori confirmato pignore acquiſitione domini, dari vtilem hypothecariam aduerſus debitorem, qui eam rem poſſidet, quaſi retroacta pignoris confirmati cauſa ad tempus conuentionis. Præterea huic ſententiæ, quæ proponitur in priori parte huius legis opponitur lex *ſi ſeruo, qui & a quibus manum. lib. non fiant*, quæ ſeruo alieno manumiſſo, non conſentiente domino, quod fit inutiliter, ſi poſtea manumiſſor ſerui factus ſit dominus, vt puta, ſi domino heres exſtiterit, negat manumiſſionem conualeſcere. ſi dominij acquiſitione pignus conualeſcit, cur non & manumiſſio multo magis, cum & fauor libertatis ſæpe alias benigniores ſententias exprimat? Breuiter reſpondeo, hanc eſſe rationem differentiæ inter pignorationem & manumiſſionem ſerui alieni, quia ex manumiſſione nulla naſcitur obligatio, quæ obſtringat perſonam manumiſſoris, vel nectat bona eius. At ex conuentione pignoris id agitur, vt naſcatur obligatio, quam intereſt debitoris, ne teneatur contraria pignoratitia, quandoque dominio quæſito vires obtinere. Et hanc rationem differentiæ recte Bartolus etiam attingit, & veriſſima eſt. Nequis etiam hic mihi nugas Accurſij obiiciat, ideo libertatem non facile conualeſcere, quod nec facile reuocetur, quæ competiit ſemel. Quod perinde eſt, ac ſi diceret, ideo in vna re non eſſe fauorabilem libertatis cauſam, quod in alia re ſit fauorabilis. Quod quidem eſt contra id, quod vulgo dicitur, *fauores eſſe ampliandos, l.cum quidam, de lib. & poſt.* Et hæc de priori parte huius legis. In poſteriori parte quæritur; ſicut debitore in ius vniuerſum domini ſuccedente, iure hereditario pignus conualeſcit, an etiam e contrario pignus conualeſcat, re aliena a debitore pignori data non conſentiente domino, ſi poſtea eius rei dominus debitori heres exſtiterit, atque ita cœperit idem eſſe pecuniæ debitor, qui & eius rei dominus eſt? Et reſpondet Paulus hoc caſu, pignus non conualeſcere, nec vt priori caſu creditori ignoranti aduerſus debitorem dandam eſſe vtilem perſecutionem pignoris, vtilem pignoratitiam, id eſt, hypothecariam, hunc caſum eſſe diſſimilem a priori. quod ita demonſtrat: Nam priore caſu creditori agenti hypothecaria aduerſus debitorem eam rem poſſidentem, debitor improbe reſiſtit, id eſt, impudenter, dicendo eam rem non fuiſſe in bonis ſuis tempore conuentionis, quam tamen ipſe quaſi ſuam tunc temporis pignori obligauit. Hoc ſermone ſeipſum mendacij arguit, & merito non auditur pati recuſans vtilem hypothecariam. ſi (inquit Paulus) conueniſſet de pignore, quæ verba Gloſſa non intellexit, ſi conueniſſet de pignore, vt in priore caſu ſcilicet, nam duo tantum caſus in hac lege proponuntur, non tres, vt Gloſſæ, & Gloſſarum aſſeclæ ponunt. Si conueniſſet, inquit, de pignore, vt in priore caſu conuenit, vt res aliena pignori eſſet, quam quaſi ſuam debitor pignorauit, ita vt nunc ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus eam rem creditor vindicet actione hypothecaria, quam initio dixit eſſe ſuam, nunc improbe dicit, non fuiſſe ſuam, & ideo pignus non conſiſtere. Merito igitur dicemus propter mendacium, & perfidiam eius, hoc priore caſu pignus conualeſcere. At in poſteriore caſu, nihil improbe facit dominus rei, itemque debitor factus adita hereditate debitoris, quum creditori rem vindicanti reſiſtit, quia non ipſe eam rem pignori oppoſuit, ſed debitor, cui heres exiſtit, ſe non conſentiente; & non debet ex facto defuncti heredi dominium rei propriæ vel immunitas rei propriæ auferri, *l.vlt. C.de euict.* Et hæc eſt ſententia poſterioris partis. Nec quidquam eſt amplius in hac lege. Verum huic poſteriori ſententiæ duo obiiciuntur. Primum ex *l.filium, de lib. cauſ.* quod libertas conualeſcit, quæ ſeruo data eſt a non domino, ſi dominus manumiſſori heres extiterit. Cur ergo & pignus hoc caſu ſimili non conualeſcit, ſi dominus debitori heres extiterit, qui pignori rem alienam oppoſuit? Dicam hoc extorquere fauorem libertatis, hoc colore, quod ſit æquum conſeruari libertatem a defuncto datam ab herede, qui in eius bona ſuccedit, qui ex eius bonis lucrum facit, forte amplum & luculentum, & tamen libertatem a ſe datam non conſeruat inuitus, qui domino heres extitit, vt oſtendi *ſup. ex l. ſi ſeruo, qui & aquibus.* Cur tam varie? quia aditio hereditatis me obligat quodammodo, maxime manumiſſioni a defuncto factæ conſeruandæ: manumiſſioni a me factæ conſeruandæ alienæ aditio hereditatis, vel quæ alia cauſa me non obligat. In hanc rem affertur etiam lex *ſi ab eo, C. eod. tit. de liber. cauſ.* Cuius tamen longe alia ſpecies eſt: Nam ſpecies *l. filium*, eſt de non domino manumiſſore: ſpecies *l. ſi ab eo*, eſt de domino manumiſſore, cuius manumiſſoris heres controuerſiam manumiſſionis facere non poteſt, veluti dicendo, ſeruum non fuiſſe a domino iure manumiſſum, quod ſibi pignoratus eſſet. Deinde huic poſteriori parti & ſententiæ legis opponitur lex *ſi Titio, inf. de pign.* quæ aperte dicit, pignus conualeſcere, ſi debitori, qui rem alienam pignori obligauit domino ignorante, dominus heres extiterit. ex poſt facto non conualeſcere quidem pignus directo, ſed conualeſcere vtiliter, data vtili pignoratitia, id eſt, hypothecaria, quam tamen Paulus denegat hoc caſu, in hac poſteriore parte, & diſerte ſtatuit, hoc caſu pignus non conualeſcere. Ne etiam hic mihi nugas & nebulas Accurſij adferas: nam & ipſemet, quas hic offundit, dimouet, in *d. l. ſi Titio*, & ibi acriores inducit, quas miror inducere etiam certatim & veteres interpretes, & nouos quoſdam, cum ſcilicet, in *d.l.ſi Titio*, aiunt, vtilem pigneratitiam accipi pro vtili pigneratitia contraria, quæ competit creditori decepto, cui data eſt res aliena pignori, in id quod intereſt: vel in hoc, vt aliam rem ſuam debitor pignori ponat. Quod totum etiam vitioſiſſimum eſt: quia & in hac *l.* & in *l. ſi Titio*, perſpicuum eſt, vtilem pignoratitiam accipi pro hypothecaria: aut certe hoc loco potius actio pignoratitia eſſet accipienda pro pignoratitia contraria, quoniam de ea proprie eſt hic titulus de pigneratitia actione & contra. In hac lege, inquam, potius ita eſſet accipienda actio pignoratitia vtilis, quam in *l. ſi Titio*, quæ cum ſit ſub titulo de pignoribus, qui totus eſt de formula hypothecaria, ſane argumento tituli, quod perquam idoneum eſt, niſi aliud verba auctoris ſuadeant, accipienda eſt de actione hypothecaria. Et dicendum hanc leg. 41. poni debuiſſe ſub illo titulo de pignoribus, non ſub hoc, de pignoratitia actione, vel contra, quia in ea nihil agitur de pignoratitia actione directa vel contraria, ſed de hypothecaria tantum, vt illa verba manifeſto arguunt, *pignoris perſequutio*: Nam pignoris perſecutio nihil aliud eſt, quam actio hypothecaria, quam appellauit pignoratitiam, vt & alibi ſæpe (quod initio dixi) eam ita nuncupant. Itaque nihil inuenio, neque in Accurſio, neque in aliis interpretibus, quod mihi explicet, quemadmodum hæ duæ leges in concordiam adducendæ ſint, id eſt, *l.* 41. *& l. ſi Titio.* Nam Alciatus 7. *Parerg. c.* 14. nihil agit in hac lege, initio poſterioris partis legendo, *pro non eſt idem*

dicendum, num est idem dicendum? Nam & *num* Latine, negationem subintelligit, & sequentia palam ostendunt, non esse idem dicendum, priori casu conualescere pignus, posteriori non conualescere. Nec (parcat ille mihi) vnquam intellexit verba huius legis, quæ demonstrant, posterior casus, quam sit a priore dissimilis. Nil etiam agit iuuenis quidam, qui dicit has leges ita esse inter se componendas, vt dicamus in hac lege scientem creditorem accepisse pignori rem alienam inuito domino: Nam scienti nunquam datur hypothecaria, *l. 1. de pign.* In illa autem *l. si Titio*, ignorantem creditorem accepisse ignorante, non inuito domino. Nam & in hac l. ignorans creditor accepit. Nec aliud est, quod ille vult iuueniliter, & frustra contendit id multis verbis probare: non aliud, inquam, est ignorante domino, aliud inuito domino, vel sine domini voluntate, vt loquitur in hac l. quia & ignorans inuitus est. Quid igitur dicemus? Animaduertendum est illam leg. *si Titio*, esse ex 7. differentiarum Modestini (quod multum facit ad rem) quo verisimile est, aut sane verum, exposuisse Modestinum differentiam hoc loco a Paulo propositam, vt si re aliena pignori data debitor domino heres extiterit, pignus conualescat. Contra si dominus debitori heres extiterit, pignus non conualescat ex auctoritate iuris, quia sunt casus valde dissimiles. Et proposita hac differentia postea subiecisse Modestinum, & hoc quoque casu posteriore tandem placuisse ex æquitate, vt pignus conualesceret. Pauli tempore obtinuit supradicta differentia. Modestini tempore, qui diuturnior fuit Paulo, cum ad ætatem Gordianorum peruenerit, vt indicat, *l. 5. C. ad exhib.* Modestini, inquam, tempore supradicta differentia non obtinebat. Cur non obtinebat? Cur tandem æquum visum fuit, & hoc casu posteriore, domino debitori succedente quasi confirmato pignore, creditori dari hypothecariam vtilem? In causa hoc est, quod heres, si non ipso iure, saltem beneficio exceptionis, vel replicationis doli mali debeat rata facere omnia, quæ defunctus gessit, ad cuius vicem propius accedit, etiamsi ea gesserit in re propria heredis, non in re hereditaria, vt comprobat lex *cum a matre, C. de rei vind. & l. 3. C. de reb. al. non alien. & d. l. si ab eo, de lib. caus.* Itaque in hac posteriori specie, cum debitori dominus successit, si creditori agenti vtili hypothecaria opponat dominus, idemque debitor factus aditione hereditatis debitoris, si, inquam, opponat exceptionem hanc, *si non ea res in bonis defuncti fuit, qui eam tibi pignori posuit*, creditor saltem tuebitur se, scilicet replicatione huiusmodi, *si non tu heres exstitisti ei, qui eam rem pignori posuit.* Ita res procedit. Et sic in specie quoque legis *vlt. C. de euict.* quam supra pro Paulo attulimus, heredi ex sua persona, id est, iure proprio non hereditario, vindicanti dominium rei suæ, de cuius euictione alio vendente defunctus cauit, cui heres extitit, verius est obstare exceptionem doli mali, vt in *l. Seia, inf. de euict.* quia quam euictionem debet præstare aduersus alios, eam aduersus seipsum multo magis. Concludamus igitur, pignori data re aliena, hodie nihil interesse, debitor, qui pignori dedit, domino heres extiterit, an dominus debitori. Vtroque casu pignus conualescere, sicut re aliena vendita proditum est ab Vlpiano in *l. 1. in princ. de excep. rei vend.* Nihil interesse venditor domino heres extiterit, an dominus venditori. Vtroque casu heredem repelli a rei vindicatione, opposita exceptione rei venditæ & traditæ. Et quidem facilius in venditione, quam in pignore: nam rei alienæ venditio ab initio valet, *l. rem alienam, de contr. emp.* pignus rei alienæ ab initio non valet, vt ante dixi. Et ratio differentiæ inter venditionem & pignerationem notissima est, & aliis locis a nobis explicata, quia scilicet pignore contracto, vel conuento hoc agitur vt res sit obligata, obnoxia, nexa: nemo autem potest obligare rem alienam, in qua nil iuris habet: venditione autem hoc non agitur, vt res obligetur emptori, nec vt dominium rei transeat in emptorem, nisi interueniat mancipatio, sed vt possessio tantum transeat in emptorem, quam venditor habet præstita cautione euictionis nomine, & doli nomine, vt l. 1. *D. de rer. perm.* potest rei alienæ mea esse possessio: ergo & eius rei emptio venditio est, cuius possessionem tantum habeo non dominium. solius domini est pignori obligare. vendere non est solius domini, sed etiam possessoris.

Ad l. 54. de fideiussor.

Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fideiussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneratitia actione. In quam actionem veniet quod interest creditoris. Sed ea actio fideiussorem non onerare poterit: Non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligat.

HIs quæ diximus ad legem 41. addi velim l. 54. *de fideiuss.* quæ est ex eodem libro Pauli. Idque ostendit, quod tradidimus ante ex *l. si rem alienam, in princ. l. tutor §. 1. & l. si quis in pignore §. 1. eod. tit. & l. 6. C. si alienæ res pign. data sit.* debitorem, qui creditori ignoranti rem alienam pignori posuit, quod pignus non consistit, teneri creditori in id, quod interest, contraria actione pigneratitia, vel in hoc, vt aliam rem suam debitor pignori ponat, vt *l. qui autem §. pen. de const. pec.* Sed vt subiicit Paulus in *d. l.* 54. ea actione contraria pigneratitia non oneratur fideiussor, quem pro mutuo creditor accepit, quia non pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligauit, non pro accessione, sed pro principali pecunia, vel pro eo, quod principaliter in obligationem venit, fidem suam obligauit. Vnde colligitur eum, qui fide sua esse iubet principalem summam, non videri etiam fideiubere pro accessione, veluti pro pignore, nisi id nominatim expressum sit. Et in ea lege nihil est amplius.

Ad l. 5. ad SC. Macedon. iuncta l. 28. de pignor.

Ergo hic & in solidum damnabitur, non in id, quod facere potest.

TRanseamus ad l. 5. ad Senatusc. Macedonianum, cum qua explicabitur lex 28. *de pignorib.* quæ est ex eod. libro. Quia vero lex 5. *ad Maced.* pendet ex iis, quæ proponuntur in *l. 3. §. vlt. & l. 4. sup.* ea mihi prius explicandæ sunt. Sæpe fit, vt qui mutuam pecuniam daturus est, prius a futuro debitore stipuletur eam sibi reddi, quam numeraturus est, vt stipulatio præcedat mutuum, quia intellectu & natura mutuum sequi intelligitur, quamuis tempore antecesserit, *l. 6. de nou. l. 18. §. vlt. de stip. seru. l. qui pecuniam, de reb. cred.* Et hæc stipulatio perfecta quidem est, licet conditionalis esse intelligatur, quia ei inest hæc conditio, *si postea eam pecuniam mihi numeraueris*, quia hæc conditionalis stipulatio statim perficitur, & ex præsenti tempore vires accipit, vt ait lex *vsusfructus, de stipul. seru.* Denique stipulatio perficitur verbis solemnibus, sine re, sine numeratione: impletur autem secuta numeratione, *l. 7. de nou. Numeratio*, inquit, *fit implendæ stipulationis gratia, quæ antecessit*, & in *l. seq. hoc tit. numeratione*, inquit, *expletur substantia obligationis*, id est, obligationis contractæ ex stipulatione. Aliud est, perficere contractum, aliud implere. Emptio perficitur solo consensu: impletur numeratione pretij & traditione rei, *l. si quis alienam, de act. emp.* Nuptiæ perficiuntur nudo consensu, implentur concubitu, atque congressu. Præterea sciendum est, filiumfamil. ex omnibus causis tanquam patremfam. obligari, etiam sine auctoritate patris, in cuius potestate est, *l. filiusfam. 9. de oblig. & act. l. vlt. §. 1. de verb. oblig.* Et agi quidem cum eo posse ex omnibus causis ex contractibus, vel ex delictis in solidum, quia in solidum obligatus est. Cum patre eius vero, non in solidum, sed in peculium tantum, *l. si quis cum filio, tit. seq.* Ab hac sententia, quæ est certissima, excipienda est causa mutui, quia ea causa inanis est, propter exceptionem Senatusc. Macedoniani, quæ efficit, vt neque filius, neque

pater

pater ex hac causa, ex causa pecuniæ creditæ filiofam. ciuili aut honorario iure obligentur, *l. qui contra, de fideiuss.* Naturali tamen iure filiusfam. obligatur, qui pecuniam mutuam accipit, quia Senatusconsultum expungit tantum ciuilem vel honorariam obligationem, non naturalem, & ideo si soluatur creditori pecunia, condictioni locus non est, quia filiusfam. iure gentium verus debitor est, *l. quia naturalis, hoc tit.* Nunc finge, fœneratorem quendam priusquam pecuniam crederet filiofamil. ab eo stipulatum in hunc modum, *quantam pecuniam tibi intra illum diem credidero, tantum dari spondes?* Fac deinde eidem pecuniam fœneratorem credidisse iam patrifamil. facto vel capitis minutione, vt ait lex 3. §. *vlt.* veluti emancipatione, vel patrifamil. sui iuris facto sine capitis deminutione, vt ait *d. l.* 3. veluti morte patris, quo genere sane fit sui iuris sine capitis deminutione, adeo vt & in familia patris manere postea dicatur, *l. non tantum* §. *si pater, de bon. possess. cont. tab.* Et hoc respectu etiam post mortem patris filiusfamil. dici potest, quamvis desierit esse in potestate, vt libertum familiæ dicimus libertum orcinum *l.* 48. *de manum. testam.* Et intellige morte patris si sui iuris effectus sit, naturali scilicet vel ciuili, vt deportatione, *l.* 1. §. *sed etsi morte, sup. quan. de pecul. act. ann. sit.* Fit etiam sui iuris sine capitis deminutione, qui patritius proditus est, ex constitut. Iustin. & olim (vt ex Atteio Capitone Gellius refert) qui flamen dialis inaugurabatur, vel quæ virgo Vestæ capiebatur. Et ita e contrario paterfam. fit alieni iuris, & filiusfam. vel interueniente capitis minutione, veluti arrogatione, vel sine capitis deminutione, vt patre deportato beneficio principis reddito ciuitati, qua ratione testamentum, quod filius fecit post deportationem & ante restitutionem patris, non fit irritum, quia licet recidat in potestatem patris restituti in integrum, capite tamen non minuitur, *l. vlt. C. de sent. pass.* Verum ad rem. si a filiofam. stipuletur creditor, & patrifam. facto credat, hoc casu cessat Senatusc. Maced. quod vetat credi pecuniam filiof. quia eam non filiof. credidit, sed patrif. Atqui dices crediturus a filiof. stipulatus est: fateor. Verum ea res nihil pertinet ad Senatusc. Maced. quia (Senatusc. Macedon. vt ait *l.* 4. §. *pen.*) non ad verba, sed ad numerationem refertur, id est, non stipulationem infirmat, sed mutuum: & ea quoque stipulatio, non ante impletur, quam fiat numeratio, quæ fit rite iam patrif. facto. Qua ratione, & e contrario, si quis a patref. stipuletur, & credat iam filiof. facto, Senatusc. Maced. locus est, *l. seq. hoc tit.* Quæro, an etiam si filiusfam. ipse stipuletur sibi reddi, quod crediturus est, & paterfam. factus credat, numeretque pecuniam, an ex stipulatione actio filio adquiratur, an patri? Accursij sententia hæc est, actionem ex stipulatione adquiri filio, qui paterfam. factus credidit pecuniam ante in stipulationem deductam, adquiri inquam filio, non patri. Hoc sentit Accursius in *l.* 3. §. *vlt. hoc tit.* Perperam: quia in stipulationibus etiam conditionalibus, qualis hæc esse intelligitur, id tempus spectamus, quo contrahimus, præsens tempus stipulationis, *l. si filiusf. de verb. oblig.* Eo autem tempore filius fuit in potestate patris. Ergo ex ea stipulatione actio adquiritur patri, non filio. Et nihil moueor *l. quidam* §. *vlt. eod. tit.* qua nititur Accursius, quoniam eius legis longe alia species est. Nempe hæc: si filiusfam. pecuniam crediturus ex peculio, ita fideiussorem acceperit: *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse iubes?* & emancipatus non adempto peculio, vel alias paterfam. factus pecuniam crediderit, hoc casu lex ait, *fideiussorem non obligari patri, licet tempore quo intercessit filius in patris potestate fuerit, sed obligari filio numeranti post emancipationem, non directa quidem, sed vtili actione ex stipulatu.* Verum hoc ideo, quia reus principalis non obligatur patri, quandoquidem post emancipationem contracta fuit obligatio principalis. Si reus principalis non obligatur patri, consequens est, vt nec accessio, puta fideiussor obligetur patri, vt *l. si debitori* §. *vlt. de fideiuss.* Denique non ante eo casu intelligitur obligatio accessoria vires accipere, quam extiterit principalis, & vires acceperit; ergo interim imperfecta fideiussoris obligatio est. Deni que alij fideiussor, alij reus principalis obligatus esse non potest, patri fideiussor, filio reus principalis obligatus esse non potest, & cui reus principalis non tenetur, nec fideiussor etiam tenetur, aut pignus aut mandator, vel quæ alia accessio, *l.* 28. *de pign.* patri non tenetur reus principalis, ergo nec fideiussor aut mandator, aut pignus, vel hypotheca.

Ad l. 28. de pignor.

Si legati conditionalis relicti filiofamilias, pater ab herede rem propriam eius pignori accepit, & mortuo patre, vel emancipato filio, conditio legati extiterit: incipit filio legatum deberi, & neque pater potest pignus vindicare, neque filius qui nunc habere cœpisset actionem: nec ex præcedente tempore potest quicquam iuris habere in pignore, sicut in fideiussore dicitur.

Species dictæ l. 28. quæ ex eo lib. est eiusmodi. legatum filiofam. relictum est sub conditione. Pendente conditione heres legati nomine cauere debet patri non præcise, ἁπλῶς, sed in hunc casum, si existentis conditionis legati tempore in potestate filius fuerit. Debet etiam cauere filiofam. in hunc casum, si existentis conditionis legati tempore sui iuris fuerit, *l.* 1. §. *plane si ei, &* §. *vlt. & l.* 3. *vt legat. nom. cau.* Cauere autem heres debet, vel dato fideiussore vel dato pignore, si pater pignore contentus sit: Nam inuito patre, vel filiofam. inuito legatario, non aliter satisdatur vel cauetur, quam fideiussore dato, *l.* 7. *de prat. stipul.* At volenti satisdatur legati nomine, etiam nuda cautione, nuda repromissione, aut pignore dato, *l. vlt.* §. *si legatarius, inf. quod legat.* Vbi vulgo recte: *Idem dicendum est*, inquit, *si legatarius pignoribus sibi satisdari voluit.* Male Florentiæ, *noluit.* Nunc finge, heredem legati filiofam. sub conditione relicti cauisse pignore dato, id est, (vt ait) re propria ab herede pignori data, quia alienæ rei pignus non consistit, vel cauisse patri dato fideiussore (nihil interest) deinde fac existentis conditionis tempore filium esse sui iuris factum emancipatione, vel morte patris (nihil etiam interest) atque ita filio legatum deberi, quia eo tempore cessit dies legati, id est, extitit conditio legati, quo tempore legatarius est sui iuris, & in legatis tempus spectatur, quo dies eorum cedit, non tempus testamenti faciendi *l. qua legata, de reg. iur.* Quare certum est distare legata a stipulationibus. Nam in stipulationibus (vt ante dixi) conditionalibus inspicitur tempus interponendæ stipulationis, non tempus existentis conditionis, *d. l. si filiusf. de verb. oblig.* Proinde ait Paulus in *d. l.* 28. si extiterit conditio legati filiofam. relicti, eo iam facto patrefam. neque patrem pignus persequi & vindicare, neque fideiussorem conuenire posse, quia sublata est pignoris & fideiussoris causa, & cui heres qui est reus principalis, legati nomine non tenetur, nec fideiussor igitur, aut pignus, *d. l. quidam* §. *vlt. d. l. si debitori* §. *vlt.* Heres in hac specie legatum non debet patri, ergo nec fideiussor patri tenetur, aut pignus. Ait etiam Paulus, filium qui nunc habere cœpit actionem ex testamento, id est, cui nunc primum cœpit deberi legatum, neque pignus datum patri, neque fideiussorem datum patri persequi, aut conuenire posse, quia nunc primum ei debere cœpit legatum heres, qui est reus principalis, tunc vero, id est, tempore dati pignoris vel fideiussoris, filiof. non debebatur legatum. Sed nec ex præcedenti tempore filius quidquam iuris habere intelligitur in pignore, vel in fideiussore, quia in legatis conditio, quæ extitit, non retrotrahitur ad præteritum tempus. Quare etiam legata conditionalia distant a conditionalibus stipulationibus: Nam in stipulationibus conditio retrotrahitur ad præteritum tempus, id est, ad tempus contractus, ex quo vires accipiunt, *l. potior* §. 1. *qui potior. in pign. hab. l. necessario* §. 1. *de peric. & comm.*

rei vend. Porro ex eo, quod supra dictum est, locum non esse SC. Maced. si quis a filiof. futuro debitore creditæ pecuniæ stipuletur, & patrif. facto credat, ex eo colligit Paulus in hac l. 5. filiumfam. cui post emancipationem credita pecunia est, vel postquam alia ratione factus est sui iuris, ex stipulatu teneri in solidum, non in id quod facere potest, quia scilicet eo iam patref. facto, impleta est substantia stipulationis: & certum est, quia non fuit impleta, dum filiusfa. fuit: ex contractibus factis post emancipationem, aliamve quam rationem soluendæ patriæ potestatis, patremf. teneri in solidum, *l. 3. in fine sup. t. prox. l. 4. §. 1. & l. 11. de tut. & rat. dist.* Ex contractib. autem factis ante emancipationem, dũ erat in potestate filiumf. non teneri vt plurimum, nisi causa cognita, vt ait prętor, in *l. 1. t. prox.* in id quod facere potest. Hoc autem casu intelligitur stipulatio facta post emancipationem, quia impleta est post emancipationem demum numerata pecunia iam patrif. facto.

Ad l. Aristo 3. quæ res pignori vel hypoth. &c.

Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractum sit, vt antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi conuenerit, vt sibi eadem res esset obligata: Neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil conuenit de pignore. Quo casu emptoris causa melior efficitur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahẽdo omisit, non per obliuionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere: Videamus an dici possit, hucusque transire ad eum ius prioris, vt distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo: Sape enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.

Species & sententia legis hæc est. L. Titius cum pecuniam deberet Caio creditori hypothecario sub pignore vel hypotheca certæ rei, à Mæuio mutuam pecuniam accepit, ea lege, vt ea pecunia se a Caio priore creditore liberaret, & vt Paulus loquitur, priorem creditorem, id est, Caium dimitteret & absolueret, nec adiectum est, vt pecunia Mæuij dimisso Caio Mæuius in ius pignoris succederet, quod Caius habuit: non est adiectum, vt eandem rem Mæuius pignori obligatam haberet: denique inter Titium & Mæuium nihil conuenit de pignore vel hypotheca. Et ideo ex Aristóne Iurisc. Paulus refert in 1. parte huius legis, Mæuium posteriorem creditorem non succedere in ius pignoris, quod habuit Caius prior creditor: succedit quidem in locum eius in personalibus actionibus, puta vt si ille priuilegium exactionis quod vocant πρωτοπραξίαν habuerit, idem & ipse habeat, cuius pecunia ille dimissus est, *l. 2. de ceff. bon. l. si ventri §. eorum, de reb. auct. iud. possid.* Itemque si ille prior creditor, qui posterioris pecunia dimissus est, habuerit actionem Paulianam, quæ est actio in rem eorum, quæ debitor in fraudem alienauerat, reuocandorum gratia, vt & eandem actionem posterior creditor habeat, cuius ille pecunia dimissus est, *l. 10. §. 1. & l. 16. quæ in fraudem credit.* At non succedet etiam ei in hypothecariis actionibus, aliter quam si id actum sit nominatim, quod in specie prioris partis huius legis actum non est. Ergo ius pignoris non sequitur posteriorem creditorem, quia de pignore nihil conuentum est inter Titium & Mæuium, *l. 1. C. de his qui in al. loc. succe. l. cum alter, C. de fideiuss.* Quare in proposito casu, quia ea de re nihil actum est nominatim, Paulus ait, *emptoris causam esse meliorem.* Quæ verba breuia sunt & obscura. Sed hoc vult, melius esse rem pignoratam priori creditori, a debitore emere. vt ex pretio dimittatur prior creditor, quam debitori credere pecuniam dimittendi prioris creditoris gratia. Ostendo esse melius: Nam si Mæuius emerit a debitore rem pignoratam Caio, ita scilicet vt ex pretio prior creditor dimittetur, tacite conuenisse videtur inter debitorem & posteriorem creditorem, vt in ius pignoris posterior succederet, quod habuit prior. Et ita proditum est in *l. 1. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.* Quam ibi legem male Accursius interpretatur, negans emptorem succedere in ius pignoris, etiamsi id actum non sit nominatim, cum aperte lex dicat, emptorem succedere in ius eius, cui possessio obligata erat. Ius autem illud, quid aliud est, quam ius pignoris? Et hoc quoque Paulus significat hoc loco, quum ait, *quo casu emptoris causa melior efficitur.* Et ratio differentiæ est manifesta inter eum, qui credidit pecuniam dimittendi prioris creditoris gratia, & eum, qui a debitore emit pignus obligatum priori creditori: vt scilicet ex pretio prior creditor dimitteretur. Hoc enim posteriore casu facilius consensisse intelligitur debitor, vt emptor in ius pignoris succederet & anteponeretur creditoribus inferioribus eam rem vindicantibus actione hypothecaria. quia emptione & traditione pignus abcessit dominio debitoris. Facile igitur creditur consensisse, vt in ea re, quæ sua esse desinebat, ius pignoris sequeretur emptorem. Difficilius hoc admittitur priore casu: quia pignus in dominio debitoris manet. Itaque non aliter creditur posterior creditor succedere in ius pignoris, quod prior habuit, quam si id actum sit cum ipso debitore nominatim, qui dominium retinet pignoris, quia pignus non mutat dominium, sed possessionem tantum. Posse autem debitorem pignus vendere nondum soluta pecunia tam creditori, vt in *l. rescriptum, de distr. pign.* quam aliis certissimum est. Ita tamen, vt ex pretio quod alij numerauerint pecuniam offerat, aut soluat priori creditori, aut creditori, si vnicus tantum fuerit, cum & *Fiduciam (quod est pignoris genus quoddam) etsi non possit debitor vendere creditori, quia in eum fiduciæ dominium transtulit, possit tamen aliis eo modo vendere fiduciam, id est, vt ex pretio dimittatur creditor, auctore Paulo 2. Sentent. tit. 13.* fiducia est genus pignoris mancipati creditori ea lege, vt remancipetur soluta omni pecunia creditore illo, qui fiduciam contraxit, dimisso, debitor remancipatam sibi rem ex lege fiduciæ emptori præstat. Ita res geritur. Hæc de prima parte huius legis. Secunda pars est de eo, qui credita pecunia prioris creditoris hypothecarij dimittendi gratia, nominatim paciscitur de pignore. Prima pars nominatim est de eo, qui non paciscitur de pignore, secunda de eo, qui paciscitur de pignore, vt idem sibi obligatum sit, sicut priori creditori, quem dimittit. Hic paciscitur quidem de pignore, sed non etiam paciscitur nominatim de distrahendo pignore, id est, vt sibi liceat distrahere, ac vendere illud pignus, non paciscitur inquam nominatim de illo pignore distrahendo, sicut prior creditor, qui in pignore contrahendo, de eo quoque distrahendo, si pecunia non solueretur, pactum interposuerat. Quod quidem pactum omisit posterior, non per obliuionem, sed data opera, cum id ageretur vt ait, inter eum & debitorem, ne & ipse ius distrahendi pignoris haberet, quæ pactio valet, quamvis quodammodo videatur esse contra naturam pignoris. Quo enim pignus, nisi id creditor distrahere possit? Neque omnino probatur, neque omnino improbatur hæc conuentio. Probatur quatenus non potest distrahere, vt conuenit nisi post trinam denuntiationem, quæ fiat testato & solemniter, *l. 4. de pign. act.* ex Paulo 2. *Sent. tit. 5.* Et nihil interest, fiat illa pactio expressim, *d. l. 4.* an tacite, vt hic locus demonstrat. Si pactum huiusmodi de pignore vendendo per obliuionem omiserit, pro interposito habetur, quia id non agebatur, ne veniret, & per obliuionem omissum non habetur pro omisso, *l. Seia, de instrum. leg. l. 12. de probat. l. vlt. in princ. de lib. legat.* Ex contrario citra obliuionem consulto consilio omissum, pro omisso habetur. Et ita si consulto consilio posterior creditor omiserit pactum de vendendo pignore, pro omisso habetur: nec ei ex sua persona ius est distrahendi pignoris, nisi debitori solemniter, & ter denuntiauerit, vt solueret, & debitor cessauerit, *d. l. 4. & apud Paulum 2. Sent. tit. 5.* At tandem hoc loco concludit Paulus ei, id est, creditori posteriori esse ius distrahendi pignoris, quamuis ea de re silentium summum egerit, etsi nihil conuenerit ea de re inter eum & debitorem, imo potius conuenisse

conuenisse credatur, ne distraheret: ei (inquam) ius est distrahendi pignoris, non quidem ex sua persona, quia vetat tacita pactio, sed ex persona prioris creditoris, quem dimisit, qui habuit ius distrahendi pignoris, quia a priore creditore eadem ipsa hypotheca, idem ipsum pignus (vt recte Bartolus contra Accursium sentit) & ius omne, quod in eo pignore habuit prior creditor, transisse intelligitur in posteriorem, *l. creditor* 12. §. *a Titio, tit. seq.* Ergo vt ei etiam licebat distrahere pignus, id denique distrahet non ex sua persona, sed ex persona prioris, cui in ius omne pignoris successit. Et ita in extremo huius legis eleganter Paulus ait, sæpe etenim, vt quod quis ex sua persona non habeat, hoc per extraneum habere possit: vt quod per se quis non habet, id habeat per alium. Vt *l. cum de hereditate, de adquir. hered.* coheres, qui adiuit hereditatem ex sua persona, non potest repudiare, ex persona tamen coheredis repudiantis portionem suam, datur ei electio, vt vel totam hereditatem amplectatur, vel a tota recedat, id est, totam respuat, quam tamen semel amplexus est pro sua parte, quia sæpe fit, vt se heres abstinere possit propter alium, qui per suam personam se abstinere non poterat. Vt item in *l. mulieri & Titio, de cond. & dem.* si coniunctim legetur Titio & mulieri viduæ, aut virgini sub conditione, si mulier non nupserit, hæc conditio remittitur mulieri leg. Iulia, ita vt etiam si nubat, possit capere legatum, itaque conditione remissa propter mulierem, quæ coniunctim iniuncta fuit mulieri & Titio, & Titius ipse quasi circumscripta conditione ad legatum admittitur, qui tamen non admitteretur, si ei soli relictum esset legatum, si ea mulier non nuberet. Nam ea muliere nubente, non haberet legati petitionem: nam ex beneficio legis tantum ex legato concessum esse mulieri dicitur, quantum haberet si conditioni paruisset. Denique in ea specie, quod per se non habet, id habet per mulierem, vt item in *l. si communem, quemad. seru. amitt.* si Titius & pupillus communem fundum habeant, cui debeatur via, seruitus viæ, pupillus non vtendo, non amittit seruitutem, quia tempore vel vsucapione nihil amittit, qui in ea ætate est. Pupillus igitur viam retinet, & si ea non vtatur, & propter pupillum etiam Titius socius eius, eamdem viam retinet, qui per se eam amisisset ea non vtendo. Quæ exempla protuli præter ea quæ adducit Accursius. Ac similiter per se nemo potest rem suam emere, per alium potest, per suppositam personam, *l. si mandauero* § *si id, mand.* Idque fit quotidie. Simili modo pupillus per se testamentum facere non potest: per alium potest facere testamentum, aut potest ei fieri testamentum, quod dicitur substitutio pupillaris, puta per parentem, in cuius potestate est. Hoc tamen non esse perpetuum Paulus ipse demonstrat satis, quum hoc euenire ait *sæpe*, non *semper*. Non est omittendum, hanc legem abhorrere ab hoc tit. quia non est de rebus datis pignori, quę obligari non possunt, sed de successione in ius pignoris, quæ quæstio proprie pertinet ad seq. non ad hunc titulum.

Ad leg. 16. qui potiores.

Claudius Felix eundem fundum tribus obligauerat, Eutychianæ primum, deinde Turboni, tertio loco alij creditori. Cum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non prouocauerat. Turbo apud alium iudicem victus appellauerat, quærebatur vtrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsoluit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere. Mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone primam creditricem iudicio conuenisse tertium creditorem, & exceptione, aliove quo modo a tertio superatam: Numquid aduersus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatæ vti potest? aut contra, si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit vti exceptione rei iudicatæ aduersus primam creditricem? nullo modo, vt opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit. Nec inter alios res iudicata alij prodesse aut nocere solet. Sed sine præiudicio prioris sententiæ totum ius alij creditori integrum relinquitur.

HÆc lex duas recitationes desiderat. Vnam, quæ explanet sententiam huius legis: alteram, quæ definiat, quid statuendum sit de illo argumento, quod in hanc legem adducit Accursius, an eum qui te vicit, ego vincere debeam. Itemque demonstrat, an ex eo, quod statuit Paulus in hac lege, sequatur vitium illud, quod proponit Accursius in prima Glossa, quod Græce vocatur ἀντιστρέφον. Species legis hæc est. Eadem res ab eodem debitore diuersis temporibus tribus creditoribus pignori, hypothecæve obligata est. Primum Eutychianæ, deinde Turboni: tertio loco alij creditori. In eo pignore priuilegio temporis potior est Eutychiana, cui primum ea res obligata est, & consequenter in actione hypothecaria superare debet posteriores creditores, inferiores 2. & 3. At cum ageret Eutychiana actione hypothecaria aduersus tertium creditorem, qui pignus possidebat, & de iure suo, id est, priuilegio suo & prærogatiua temporis non doceret, non probaret iudici quicquam, superata est lite, & sententia data secundũ possessorem. Lege in hac lege; Cum Eutychiana de iure suo non doceret, vt significet superatã fuisse Eutychianam, deficientibus iuris sui probationib. Quod est certissimũ. Nam quæ de iure suo docebat, non potuit superari, nisi per iniuriam iudicis, quam nullam interuenisse Paulus ponit. Huic autem sententiæ Eutychiana adquieuit, nec appellauit. Post Turbo secundus creditor apud alium iudicem egit actione hypothecaria aduersus 3. pignus possidentem, & superatus est etiam a 3. at sententiæ non adquieuit, vt Eutychiana: sed appellauit, forte a præside prouinciæ ad Papinianum præfectum prætorio, vt in *l. lecta.* Et in adiutorio eius assidente Paulo, & aliis iurisconsi. quærebatur, vtrum iure contra Turbonem pronuntiatum esset: vel vtrum tertius, qui superauerat Primum, etiam Turbonem 2. creditorem superare deberet, an vero superato & remoto 1. creditore, primave creditrice, 2. deberet quasi prior tempore tertium excludere, fretus priuilegio temporis, quasi 3. prior & antiquior, iuxta id quod vulgo dicitur, priorem tempore esse potiorem iure. Quidam dicebant tertium, *qui primũ superauerat, etiam 2. superare debere*, hac ratione, *quia si tertius creditor hypothecarius, sub eod. pignore obtulisset, & soluisset pecuniam primo creditori hypothecario, succederet ei in priuilegium temporis, quod ille habuit, l. 1. C. eod. tit. & l. vlt. C. de iis qui in prio. cred. loc. suc. ac proinde secundum creditorem quasi potior excluderet.* Hoc est certissimum. Et eadem ratio interuenire videtur, si 3. in vindicatione pignoris primum creditorem superet: nempe, *vt in locum eius & in priuilegium temporis, & in ius omne primi, quod in pignore primus habuit, tertius succedat, & substituatur.* Hæc erat illorum ratio. Non vtebantur illa ratione, de qua infra, quia Tertius *qui vicit primum, qui secundum vincere potest, vincere etiam debet secundum*, quæ ratio falsa est, si non sit eadem ratio vincendi primi & secundi, vt non esse eandem, die crastina demonstrabo. Et non minus falsa est in hac specie ratio illa, quam illa Androcidis ad Alexandrum Magnum: Si vinum cicutæ venenum est, & cicuta homini, & multo magis vinum homini venenum est, quia non eadem vi, eademve facultate agit vinum in cicutam, qua cicuta in hominem. Sed qui erant in ea sententia vtebantur hac sola ratione, quia *tertius, qui primum superauit, intelligitur eius locum subiisse, subintrasse, perinde atque si suis nummis primum dimisisset.* Horum vero sententiam Paulus vt improbet, hypotheses inducit similes, in quibus euidentius appareat, quam iniqua ea sententia sit. Pone, primum creditorem egisse hypothecaria aduersus 3. qui pignus possidebat, & a tertio superatum esse, non quod primus de iure suo non doceret, sed opposita exceptione pacti, aut iu-

iisiurandi, aut alio modo, veluti imprudentia iudicis, an poterit postea tertius secundum agentem hypothecaria repellere exceptione rei iudicatæ? Hoc nemo dicturus est. Non potest autem in casu proposito tertius alio remedio secundum repellere, quam per exceptionem rei iudicatæ, tanquam res iudicata contra primum, in cuius locum tertius successiue intelligitur, secundo quasi inferiori præiudicare debeat, quod tamen si illo casu quem supposuit est iniquum, & hoc quoque quod potissimum in hac l. proponitur. Rursus pone, *post victoriam tertij aduersus primum, egisse secundum hypothecaria aduersus tertium, & vicisse, vel vt ait Paulus, obtinuisse tertium* vt in *l. Paula §. vlt. de leg. 3. obtinuisse fiscum.* An poterit secundus qui vicit tertium, primum agentem hypothecaria repellere exceptione rei iudicatæ inter eum & tertium creditorem, quasi in primi locum successerit tertius, quem secundus vicit? Et hoc quoque nemo dicturus est. Ergo sententia dicta inter primum & tertium, nec priori hypothesi secundo nocet, nec posteriori prodest. Proinde eadem ratio exigit, ne secundum agentem hypothecaria tertius, qui vicit primum, cum de iure suo non doceret, repellere possit exceptione rei iudicatæ, ne res iudicata inter tertium & primum creditorem noceat secundo. Denique quacunque ratione tertius vicerit primum, non ideo vincet etiam secundum, nec primum quoque ideo vincet secundus, quod vicerit tertium, qui deuicit primum. Et in summa tertius qui vicit primum, non intelligitur in eius locum successisse, cui erat primus locus. Et alia est ratio soluentis primo siue dimittentis primum: alia vincentis primum in iudicio. Ergo qui sum posterior creditor soluo priori hoc animo, vt mihi confirmem pignus, & in prioris locum succedam. Vinco autem apud iudicem priorem creditorem, & vinco mihi, aut retineo pignus dante iudice, quasi meliore causa mea, non quasi successor aut substitutus priori: sententia me non substituit priori: si victor succederet in locum victi, id est, si tertius in locum primi, sane 3. vinceret etiam 2. quia obtineret primum locum: & contra secundus deuicto 3. victore primi, vinceret etiam primum, *l. 3. §. vlt. de pign.* At verius est, non succedere 3. in locum primi, quem vicit, non dimisit sua pecunia. Ergo aliam esse personam 3. aliam 1. Si aliam personam, ergo & aliam rem in iudicium deduci, agente primo aduersus 2. vel agente 2. aduersus 3. Mutatio personarum aliam atque aliam rem facit, *l. si cum vno, de except. rei iud.* Et ideo agenti non obstat exceptio rei iudicatæ, quia hæc exceptio tantum obstat agenti de eadem re, vt in formulis nostris præscribi etiam Cicero auctor est 13. *epist. & 5. de finibus & 1. de orat. Quod eadem res antea in iudicium venerat:* non etiam obstat agenti de alia re hoc est, res inter alios iudicata, alij nocere vel prodesse non potest, vt sæpe constituturum esse ait *l. sæpe, de re iudic.* Et pro regula iuris dicitur receptum in *l. Modestinus, de except. l. is qui fundum, de leg. vsufr. l. Lucius, ff. de his qui notant. inf.* Et ideo in specie legis vt concludit Paulus sine præiudicio prioris sententiæ, quæ data est secundum 3. & contra primum, totum ius secundo integrum relinquitur, & illibatum, sine præiudicio prioris sententiæ, id est, sine metu exceptionis rei iudicatæ. Et ita eadem verba accipiuntur in *l. 1. C. quibus res inter. al. iud.* Explicui heri sententiam legis 16. *qui pot. in pign. hab.* nunc vero pauca addam ad eam sententiam, quam Basilica contrahunt in hunc modum: *Si diuersis temporibus rem pignorauero tribus creditoribus, & 3. vicerit 1. recte 2. aget aduersus 3. quia tunc duntaxat quum soluit 1. tertius in eius locum succedit, in ea quantitate quam ex soluit.* Nihil est præterea, neque etiam quicquam amplius legis summa desiderat. Nunc veniamus ad glossas Accursij, quod earum explicatio sit magni momenti. In priore glossa Accursius notat secundum definitionem Pauli euenire, vt 2. a 3. pignus vindicet, quasi prior tempore, & primus æque a secundo quasi prior, & rursus 3. a primo ex auctoritate rei iudicatæ: & rursus 2. a 3. rursusque 1. a 2. atque ita res incidat in vitium illud, quod Græci vocant ἀντίστροφον. Quod quidem vitium male Alciatus 1. *Parerg.* dixit esse prouerbio ὑπέρου περιτροπὴν, *pistilli rotatum*, quia eo ταυτολογία notatur, aut eiusdem facti iteratio continua & frequens, non ἀντίστροφον. Male etiam pistili rotatui iungit quod Hieronymus in epistola ad Occeanum vocat *acumen omni pistillo retusius*, quia neque ad pistilli rotatum respicit, neque (vt ille arbitratur) hoc dicitur in acutum hominem, sed in hebetem. Verum ex definitione Pauli, nullum sequi ἀντίστροφον, verius est: nam secundus quidem a 3. pignus vindicat actione hypothecaria; & primus item a 2. eadem actione. At rursus 3. qui 1. vicit, cum de iure suo non doceret, nulla actione id a primo, qui id recepit, a 2. vindicare potest. Quia vt res non iure iudicata pro possessore, non præbet ei vindicationem, sed retentionem tantum, vt docet aperte *l. 3. §. vlt. de pign.* Ita etiam res iudicata pro possessore in pari causa, cum actor de iure suo non doceret, & quæreretur de iure petitoris, non de iure possessoris, ei nullam vindicationem præbet, *l. pen. §. vlt. de except. rei iudic. l. sed etsi possessori, de iureiur.* Neque etiam actionem in factum ex causa iudicati, quia de iure eius iudicatum non est, sed de iure petitoris tantum, *d. l. sed etsi possessori.* Ergo nullum hic vertitur ἀντίστροφον. Neque etiam (quod asserit Odofredus hoc loco) vllum ἀντίστροφον incurrere ita posita specie: Tertium egisse hypothecaria aduersus primum possessorem pignoris, eumque vicisse non docentem de iure suo. Nam secundus a tertio vindicare pignus potest, quia suum integrum retinuit, & vicissim primus a 2. quo peracto rursus 3. id a primo non vindicabit, videl. si tunc primus de iure suo doceat, repertis nouis instrumentis, quia de iure primi pronunciatum priore iudicio non fuit, quandoquidem in eo primus non opposuit, aut non probauit exceptionem rei sibi ante pigneratæ, sed iudicatum est de iure tertij tantum, de iure actoris, non de iure possessoris, *l. duob. l. pen. §. vlt. de except. rei iud.* Et ita Bartolus recte. Dicamus etiam de alio exemplo ἀντιστρέφοντος, quod hic Accursius exposuit: *Cum bona mea vxori tacite pignorata essent dotis nomine, eadem primo pignoraui, non consentiente vxore, ac deinde 2. qui est 3. si vxor prima numeretur, vt certe est prima, deinde 2. Igitur consentiente vxore, & remittente suam hypothecam,* quæ remissio valet, quia neque intercessio est, neque donatio; *l. quamvis in princ. ad Senatusc. Vellian. l. etiam, & l. iubemus C. eod. tit. l. & si pignus, quæ in fraud. cred.* Hoc vero casu extraneo possidente bona, ea primus a possessore vindicat, & vxor a primo, quia ei non consensit & secundus, quia ei consensit vxor, ab vxore, & retro primus quasi prior a 2. & rursus vxor a primo, & secundus ab vxore, & sic deinceps, quid fiet? Hoc male explicant nostri, sed omnino vt mox planum faciam ex *l. æquissimum, ad Tertul.* in qua proponitur certissima ratio explicandi ἀντιστρέφοντος: quæ sequenda est meo quidem iudicio in casibus omnibus, in quibus ἀντίστροφον occurrit. Hoc igitur casu rectius est, dotis iure vxorem præferri quasi secundo a primo excluso atque remoto, nec iam queunte vxorem excludere, vt in specie *d. leg. æquissimum*, in qua etiam ἀντίστροφον versabatur. hæc species est: *Si nepos ex filio emancipatus & manumissus ab auo paterno vita decesserit intestatus, superstitibus auo, patre, & matre, quis ei succedet ab intestato?* Controuersia est reciproci, quod dicitur ἀντίστροφον. Nam auus patrem excludet iure manumissionis ex edicto prætoris, *si quis a parente manumissus fuit*, & auum excludit mater ex Senatusc. Tertull. Quo facto, id est, admissa matre, statim pater excludit matrem, & rursus patrem auus, rursusque auum mater. Quid fiet? Videamus, quemadmodum hoc explicet Iurisc. in *d. lege æquissimum*, vt in similibus causis exemplum eius sequamur. Et ait rectius esse, auum præferri cæteris omnibus, quasi exclusa matre per patrem, quæ auum excludere potuit, & præferri auum iure manumissionis, & quasi iure patronatus, cum (vt ait l. in fi.) & aduersus heredes scriptos ius suum auus exerceat, aduersus quos mater nullum ius habet.

habet. Potentius ergo eſt ius aui manumiſſoris, quam ius matris. Vincat igitur auus in dubio. Huic diſputationi coniuncta eſt alia, de qua Accurſius tractat in altera gloſſa. Quæro, cur in ſpecie huius legis, qui exiſtimabant 3. qui primum vicit, & ſecundum vincere debere, cur hac tantum ratione vtebantur, quod videretur 3. in locum primi ſucceſsiſſe, quæ tamen a Paulo reiicitur, quia ſententia dicta pro 3. contra primum non facit, vt 3. ſuccedat in locum primi, ſicut nec conſenſus & remiſsio primi, ſi eo conſentiente & remittente ius pignoris, debitor tertio creditori idem obliget pignus, *l. 12. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* Et omnino his duobus caſibus remoto 1. per 3. quod victus ſit a 3. vel quod remiſerit debitori pignus, ſecundus tertio potior eſt, quia 3. non intelligitur ſubiiſſe locum primi. Cur, inquam, illa hac tantum ratione vtebantur, non etiam illa, quod 3. qui vicit primum, qui potior eſt ſecundo, obtinere etiam debeat aduerſus 2.? Omiſerunt hanc rationem, tanquam manifeſto falſam. Quia non eſt eadem ratio tertio vincendi primi, quæ primo vincendi ſecundi. Tertio hæc eſt ratio, quia primus de iure ſuo non docet. Primo autem hæc eſt ratio vincendi ſecundi, quia tempore prior eſt. Non eadem igitur vtrique ratio. Si eſſet eadem, victor primi etiam eſſet victor ſecundi, quia qua ratione vincit ſecundum primus, eadem tertius vincit primum, vt in ſpecie legis *de acceſſionibus, de diuerſ. & temp. præſcr.* quæ eſt huiuſmodi. Si fundum quem mihi pigneraſti, Titio pigneraui creditori meo, quod feci iure: pignus enim pignori dari poteſt, *l. grege §. 1. de pign.* quamdiu pecuniam mihi non exſoluis, in vindicatione pignoris te vinco, quia tu mihi dediſti pignus, me autem, aut eum, cui ego dedi, vincit Titius, an etiam te Titius vincit? Sic ſane, & multo quidem magis, quia eodem iure Titius me vincit, quo ego te: id eſt, iure conſtituti pignoris: ſi alio iure te vinco, puta iure pignoris, quia mihi fundum pigneraſti, alio autem iure vincit me Titius, puta, iure emptionis, quia ei fundum vendidi, non vincit etiam te ob id ſolum, quod vicerit me. Denique nuda hæc ratio: *Si vinco vincentem te multo magis vinco te,* nihil valet: at cum adiuncto huiuſmodi valet, *quo iure vinco eum, qui te vincit, eodem iure, & eodem ipſe vinco te multo magis,* vt ſi primus creditor iure antiquioris hypothecæ vincit ſecundum, qui eodem iure vincit tertium, & tertium quoque primus vincet multo magis. Et recte Cynus in *Auth. licet, C. de nat. liber.* ſpectandam eſſe vincendi cauſam ait, ſit ne eadem in vtroque, an diuerſa: Nam ſi ſit eadem, ſi vinco vincentem te eadem ratione, qua illum vinco, & multo magis vinco te. Si ſit diuerſa cauſa vincendi, vitioſa collectio eſt, quia fit a comparatione maioris, & nulla eſt comparatio inter eos, quorum cauſa & ratio diuerſa eſt. Et ita in ſpecie *d. leg. aquiſsimum,* mater quæ vincit auum iure Senatuſconſulti Tertulliani, ſi ſolus ſit, non ideo etiam vincit patrem, ſi concurrat, quem auus vincit iure manumiſsionis ex edicto prætoris, nec poteſt mater ita ratiocinari, *ſi vinco auum, qui patrem vincit, multo magis vinco patrem.* Ac ſimiliter pater qui vincit matrem iure veteri, non vincit etiam auum, quem mater vincit ex Senatuſc. nec poteſt ita ratiocinari pater, *Si vinco matrem quæ auum vincit, & auum multo magis.* Ac ſimiliter auus qui vincit patrem, a quo vincitur mater, non vincit etiam matrem. Nec ita argumentari poteſt auus, *ſi vinco patrem, qui vincit matrem, ergo & matrem vinco.* Et hoc ſi inter eos ſolos ſit controuerſia, vt recte ſcriptum eſt in *Inſtitut. §. pater, de Senatuſconſ. Tertull.* ſi inter eos ſolos controuerſia ſit, puta inter patrem & matrem, vel inter auum & matrem vel inter patrem & auum: nam concurrentibus his tribus perſonis, patre, matre, auo, emergit ἀντίστροφον, cuius vitandi, aut explicandi cauſa inſpicitur, cuius ius potentius ſit, & is anteponitur omnibus. Potentius autem eſt ius aui, qui & contra heredes ſcriptos valet, cæterorum ius non item. Ergo rectius eſt, auo ius ſuum conſeruare, tanquam patre excludente matrem, & auo patrem, nec iam queunte matre excludere auum. Et hęc eſt ratio, propter quam in *d. § mater,* Paulus ait, patrem præferri matri, non auum, cum inter eos ſolos de hereditate agitur. Nam tribus concurrentibus auus præfertur quaſi a patre excluſa matre. Et ita ſi inter fiſcum, qui ſemper habet tacitam hypothecam, & inter mulierem, quæ etiam habet tacitam hypothecam dotis nomine, ſit controuerſia de hypotheca, fiſcus ſi ſit antiquior, præfertur mulieri, & ſeruatur inter eos ordo temporis, *l. dotis, C. de iur. dot.* Concurrente autem Titio (quod Græci interpretes notant) qui fiſco & muliere eſt antiquior, fiſcus autem antiquior muliere, ne inducatur ἀντίστροφον, melius eſt, mulierem præferri omnibus, quaſi a Titio primo creditore excluſo filio, ne ſcilicet rurſus Titio a muliere excluſo, fiſcus qui muliere eſt antiquior, vocetur, & fiſco admiſſo Titius, qui fiſco & muliere antiquior eſt, quod eſſet ἀντίστροφον. ergo melius eſt, conſiſtere in perſona mulieris: nec vltra progredi, alioqui nullus eſſet rei exitus. Et ita quoque damnato liberto & proſcripto, ſi inter fiſcum tantum, & filium liberti de bonis liberti controuerſia ſit, deducto quadrante, id eſt, deducta legitima, quæ filio proſcripti conſeruatur, in reliquis bonis fiſcus præfertur: concurrente autem filio proſcripti, & filio patroni eius qui proſcriptus eſt, ſiue patrono, & fiſco, filius liberti præfertur in ſemiſſe bonorum, quaſi pro eo ſemiſſe a filio patroni iure patronatus excluſo fiſco, quod proponitur in *l. 8. de bon. damn.* quæ eſt ex iis quæ deſiderantur, ſuppletæ a nobis ex Baſilicis. Hoc ideo ita definitur, ne ſequatur reciprocum incommodum ἀντίστροφον, quod vtique ſemper vitandum eſt, nempe, vt fiſcus excludat filium liberti, qui filio patroni anteponitur, & per hoc inducatur filius patroni, qui fiſco potior eſt in ſemiſſem, & rurſus hoc admiſſo filius liberti vocetur. Ne hoc eueniat, ne in hoc diſcrimen incidamus, rectius eſt filium liberti proſcripti præferri in ſemiſſem, cum & ipſe ius potentius habeat. Et hæc ratio diluendi huius vitij, quæ ita proponitur in *d. l. aquiſſimum,* ſumme notanda eſt. Præterea ad huius legis intellectum faciliorem, nonnulla ſuperioribus addenda ſunt. Primum igitur addam ad hoc genus argumenti nihil pertinere, quod affert Accurſius in hac lege, ex Nou. 89. vel ex *Auth. licet, C. de natur. lib.* Vnde efficit filios naturales inteſtati defuncti ſine liberis iuſtis & legitimis vocari in ſextantem, quod eſt verum, & ab eo ſextante excludere cognatos defuncti, & patronum, qui vxorem defuncti excludunt, quia vxor non vocatur ad inteſtati mariti ſucceſsionem, niſi poſt cognatos, & tamen filios naturales vxorem patris defuncti non excludere, denique victores eorum, qui vincunt vxorem, non vincere vxorem. Dico id omne falſum & vitioſum eſſe. nam vxore relicta ſuperſtite, iuxta eam Nouellam, filij naturales patri nullo modo ſuccedunt ab inteſtato: non poteſt igitur ille caſus exiſtere, quem ponit Accurſius, vt filij naturales excludant cognatos, qui vxori anteponantur, & tamen non excludant vxorem, quia vxore ſuperſtite non patet filiis naturalibus aditus ad hereditatem inteſtati patris naturalis. Quod & Bartolus hoc loco ſuboluiſſe & ſenſiſſe videtur. Nihil etiam ad id pertinet, quod idem affert ex Nouell. 97. vel *Auth. quo iure, C. eod. tit.* ex quo efficit, eum creditorem, cuius pecunia domus reſtituta eſt, qui habet tacitam hypothecam ex SC. vel eum, cuius pecunia refecta aut comparata, ſi habeat expreſſam hypothecam (neque enim habet tacitam) eum, inquam, vincere antiquiorem creditorem, habentem expreſſam hypothecam, qui vincit mulierem habentem tacitam dotis nomine, nec tamen vincere mulierem. Primum enim falſum hoc eſt, mulierem inferiorem, quæ dotem perſequitur, vinci a ſuperiore creditore, qui expreſſam hypothecam habet, quamuis ipſa non habeat niſi tacitam, vt Martinus ſentit recte, non vinci eam ab antiquiore, tametſi antiquior expreſſam habeat hypothecam cum ipſa non habeat niſi tacitam: Martinus, inquam, recte contra Ioannem, aut non tam Martinus, quam ea ipſa Nouella, quæ ex antiquioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus mulieri præfert tantum eum, cuius pecunia domus refecta vel res empta eſt. Ergo cæteros, qui habent expreſſam hypothecam, non ita

præfert mulieri, sed mulierem illis omnino contra Ioannis opinionem tamen, vt mulier præferatur antiquioribus creditoribus talem hypothecam habentibus, qualem ipsa habet, id est, tacitam, non etiam habentibus expressam, vsu inualuisse non nego, sed ita, vt solet plerunque vulgus ex duabus opinionibus arripere falsam potius quam veram. Falsum etiam est, eum cuius pecunia domus restituta, empta vel refecta est, præcise & simpliciter in persecutione hypothecæ vincere mulierem: hoc, inquam, falsum est, quia non vincit eam aliter, quam si antiquior sit, id est, iure communi seruato ordine temporis. Non est igitur alter potior altero, nisi priuilegio temporis, quod proprie priuilegium non est. Quod hic adiicit Accursius non necessariò consequi, amicum amici mei esse amicum meum, verissimum est, quia variæ sunt amicitiarum causæ. Nec semper quæ causa, me tibi conciliauit amicum, eadem etiam tibi conciliabit amicum meum. Qua de causa hoc iure vtimur, vt recte quidem recusem & eiurem iudicem, quod sit amicus aduersarij mei, non quod sit amicus amici aduersarij mei. Et hæc ratio variarum causarum efficit, vt cliens clientis mei, non sit cliens meus: libertus liberti mei, non sit libertus meus, *l. Modestin. de verbor. signific.* affinis affinis mei, quod est certissimum, non sit affinis meus, & sicut est in regula iuris, socius socij mei, non sit socius meus, *l. non socij, pro soc. l. consilij, de reg. iur.* Et similiter, vt victor victoris mei non sit victor meus, nisi vtrinque eadem sit ratio & causa victoriæ omnibus. Ideoque propriis singulorum causis existentibus, non communibus, non est locus regulæ Geometricæ, τὰ τῷ αὐτῷ, ταῦτα καὶ ἀλλήλοις εἶναι ταῦτα, id est, *quæ eidem sunt eadem, & inuicem esse eadem.* Qua tamen regula fretus Synesius scribens ad Phylemonem, conatur persuadere, *duos amicos suos & inuicem sibi amicos esse debere*, in epistola incipiente τῆς γεωμετρικῆς, vbi eius regulæ eadem verba vsurpat. sed ad rem. Est alia in hac leg. pusilla Glossa in verbo, *exsoluit*, quæ Paulo scribente, tertium creditorem, qui de sua pecunia primum dimittit, in locum eius succedere, in ea quantitate quam ei soluit, quæ ei debebatur, non in ea, quæ sibi debetur, in hac esse & manere tertium, in illa esse primum, in id perperam affert *legem creditor §. a Titio hoc tit.* In qua nihil tale proponitur. nam de tertio creditore non est, qui primo soluit, sed de eo qui cum non esset creditor, debitori credidit pecuniam primi creditoris dimittendi gratia. Inter quos est magna differentia: nam inferior creditor, qui soluit superiori, in locum eius substituitur, in ea quantitate quam soluit, etiamsi de eo nihil nominatim conuenerit, *l. 1. C. eod. tit.* Itemque is, qui pignus emit a debitore, ita, vt ex pretio primus creditor dimitteretur, quia etsi ei res empta tradita non possit esse pignorata, quia sua res est, *l.* [illegible] *de pign. act.* tamen in ea obtinenda ex persona primi potior erit inferioribus creditoribus, qui eam rem obligatam habent, si agant hypothecaria, *l. 3. sup. tit. prox. l. 3. C. de his qui in prior. cred. loc. suc.* At is, qui credidit pecuniam prioris creditoris dimittendi gratia, quive cum creditor non esset priori creditori soluit, in eius locum non succedit, nisi de eo nominatim conuenerit, *d. l. 3. tit. prox. d. §. a Titio.* Eum quoque creditorem non succedere in locum prioris, qui priorem iure iudicioque superauit, constat ex hac lege. Idemque est dicendum, si consentiente primo creditore debitor eandem rem tertio obligauerit. Ius enim ille sui pignoris retinuisse videtur, non etiam tertius in locum eius successisse, *l. 12. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.*

Ad l. 9. tit. seq. de distract. pign. vel hypoth.

Quæsitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium seruare non potuisset, an debitor liberatus esset: putaui, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

1. §. *Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: Quod in pignoribus dandis adijci solet, vt, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, superuacuum est: quia ipso iure ita se reo habet, etiam non adiecto eo.*

DVæ sunt partes huius legis. In priore quæritur de eo creditore, qui pignus rite vendidit, & pretium nondum percepit ab emptore, neque vero potest percipere propter inopiam, quæ emptori subito contigit, incendio forte rebus omnibus suis amissis. An hoc casu debitor personali actione creditæ pecuniæ liberatus sit? Et recte Paulus ait, si nulla culpa, nulla negligentia in exigendo emptore creditori imputari possit, debitorem liberatum non esse, quia perceptio pretij, si debito sufficiat, aut quatenus debito sufficit, debitorem liberat, non venditio pignoris per se sola facta a creditore, quia, vt eleganter Paulus ait, ea venditio ex necessitate fit: id est, tunc maxime ad eam decurrit creditor, cum aliter suum a debitore seruare non potest. Et ita *l. 2. hoc tit.* electo & conuento fideiussore pignoris in fideiussorem transferendi causa, venditionem pignoris fieri ait, necessitate iuris, id est, quia aliter ius suum a fideiussore seruare creditor non potest, quam si ei vendat, inque eum transferat pignus quod habet. Igitur prior hæc pars est de creditore, qui nihil redegit ex venditione pignoris. Posterior autem est de eo, qui minus redegit, quam ei deberetur, quia minoris pignus vendidit, quam sit in debito. Et quemadmodum in priore casu debitor in solidum obligatus manet, quia creditor nihil redegit, ita & posteriore æquum est debitorem in id, quod deest, manere obligatum, *l. 3. C. eod. l. aduersus, C. de obligat. & act.* (quod glossa ait apud Venetos non obseruari) *l. creditor, 2. sup. de reb. cred.* vt scilicet idem ius sit in parte non percepta, quod in toto. Et ipso iure ita res se habet, etiamsi de eo nihil conuenerit in dando pignore, vt plane conuentio in dando pignore ea de re interposita, quo minus vænierit, vt in tantum debitor teneatur, sit superuacua, id est, non necessaria. Huic autem contrariam conuentionem si placuerit sane exprimi necesse est: puta vt creditor contentus sit pretio qualicunque pignoris, *l. a Diuo Pio §. si pignora, de re iudic.* Ex diuerso, si ex pignoris venditione plus redegerit creditor, quam ei debeatur, par & æquabile est, eum teneri superfluum pretij debitori restituere actione contraria pigneratitia, & quidem cum vsuris ex tempore moræ: vt etiam si superfluum pretij in vsus suos conuerterit, aut si id fœnori occupauerit & vsuras perceperit, id restituat, *l. 6. §. vlt. & l. seq. l. pen. sup. de pig. act.*

Ad leg. 10. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.

Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, & postea placuit inter eum & emptorem, vt a venditione discederent. Ius pignorum saluum erit creditori: Nam sicut debitori, ita & creditori pristinum ius restituitur: neque omnimodo creditor pignus remittit: sed ita demum, si emptor rem retineat, nec reddat venditori. Et ideo si iudicio quoque accepto venditor absolutus sit: vel, quia non tradebat, in id, quod interest, condemnatus, saluum fore pignus creditori dicendum est. Hæc enim accidere potuissent, etiamsi non voluntate creditoris vendidisset.

1. §. *Creditor quoque si pignus distraxit, & ex venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem reuertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere: Non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore ius eius recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.*

HVic legi adiungam *l. 21. de iur. fisc.* & leg. 84. *de diuers. regul. iur.* quæ sunt ex eodem libro. Certum est, pignus liberari aut solui, si voluntate vel consensu, aut permissu creditoris debitor pignus vendiderit, *l. 7. hoc tit.* Voluntas enim habetur & proprie accipitur pro ratihabitione, *l. 3. § sed si, de in rem verso. l. si fundus, §. 1. de pignor. l. Pomponius §. vlt. de procur. l. 9. §. pen. de donat.* Et hac in re

re ratihabitionem creditoris sufficere certissimum est, vt pignus liberetur, *l. 4. §. pen. hoc tit.* Consensus autem creditoris vel est expressus, vt si debitore petente veniam vendendi pignoris, eam ei palam concesserit: vel etiam tacitus consensus, vt si venditioni interfuerit & subscripserit tabulis emptionis, *l. 8. §. sed si permiserit, & §. non videtur, & l. 1. §. vlt. hoc tit.* Permissus creditoris non est, nisi expressus consensus. igitur si de voluntate, consensu, aut permissu creditoris, debitor pignus vendiderit, certissimum est, pignus liberari, etsi nondum tradiderit rem, vel pretium acceperit, *l. 8. §. si debitor, hic.* At quid dicemus, si post venditionem re integra statim placuerit inter debitorem & emptorem, vt a venditione discederetur, an conualescit pignus? Hæc est quæstio huius legis. Paulus existimat, pignus conualescere. Et recte: quia impleta venditio rei traditione non est. Idemq; est, si impleta sit traditione rei, sed resoluta, restituta re venditori, quia pro non facta habetur, *l. ab emptione, sup. de pact.* Idemque est, si creditor permiserit debitori alij pignus testamento legare, & mortuo debitore legatum repudiauerit legatarius, pignus enim conualescit, quia legatum effectum non habuit, id est, pignus alienatum non fuit, *l. 8. §. venditionis, hoc tit.* aut certe non tam conualescit, quam saluum & integrum manet creditori, quia ipso iure conualescit: quum id quod agitur, effectum non habet, omnia manent in eodem statu perinde atque si de eo immutando nihil actum esset. At non idem est dicendum si perfecta & impleta alienatione consensu creditoris pignus ex noua causa in dominium debitoris redierit, quia hoc casu pignus non conualescit, *l. vlt. C. de remiss. pign.* Et hanc distinctionem comprobat etiam *l. 8. §. superuacuum, hoc tit.* quæ initio ait, frustra quæri, an pignus permissu creditoris vænierit, si debitor repossideat. Dico *repossideat, rehabeat*, vt sit vnum verbum, quoniam & Basilica ita interpretantur ἐὰν πάλιν ἔλθῃ εἰς τὸν χρεώστην, id est, *si iterum redierit ad debitorem*, id est, si repossederit. Frustra autem id quæritur, aut non necessario, quia certum est, videri non veniisse pignus quod venditor, idemque debitor ab emptore statim recepit vel reuocauit rescissa venditione. Non idem omnino dicendum, si id debitor ab emptore vel herede eius postea bona fide redemerit, vel si emptori heres exstiterit, atque ita res iure hereditario ad eum redierit: hoc casu non conualescit pignus. Veruntamen (quam in rem est valde singularis *d. §. superuacuum*) si pretio accepto soluta pecunia creditori non sit, etsi nec dum soluta sit, non inutiliter aduersus debitorem, ad quem pignus rediit ex noua causa, etiam hoc casu creditor agit hypothecaria, quia excipiente debitore in hunc modum, si non voluntate tua pignus veniit, creditor replicabit de dolo malo, hoc pacto: *At si non dolo malo facis, qui rem mihi olim a te pigneratam possides, nondum mihi pecunia soluta; Quum pecunia*, inquit, *soluta non est, doli mali suspicio inest, translata ad præsens tempus, vt possit creditor replicationem doli mali obijcere.* Sensus hic est horum verborum: Præteritum dolum non argui, qui nullus fuit, quia debitor bona fide vendidit permissu creditoris, & postea bona fide redemit, sed argui præsentem dolum: doli suspicionem referri seu transferri a præterito tempore ad præsens, quasi nunc primum debitor in animum induxerit ludificari creditorem, quia ei non soluit, a quo initio facile extorsit, vt consentiret venditioni pignoris. At si a venditione pignoris facta consensu creditoris, discessum sit, statim mutuo consensu ipso iure pignus conualescit, sine beneficio exceptionis, aut replicationis, & vt debitori, ita creditori pristinum ius ipso iure restituitur. Denique omni ex parte omnia in integrum restituuntur, perinde atque si neque emptio, neque venditio intercessisset. Idemq; est dicendum, si qua ratio iuris venditionem perfici aut impleri impediat, propter quam conuentus debitor, qui vendidit, actione ex empto absolutus sit, vt in *l. 4. §. vlt. hoc tit.* Idem dicendum, si debitor conuentus actione ex empto, in litis æstimationem condemnatus sit emptori, id est, quanti interest emptoris rem tradi, atque ita eo præstito rem retinuerit. Nam & hoc casu, quia impleta venditio rei traditione non est, pignus conualescit. Rem tradi exigimus vt omnino pignus perimatur, & non tantum tradi, sed etiam retineri ab emptore, nec reddi aut redhiberi debitori. Reddita vel redhibita res tradita non videtur, & ideo pignus conualescit; aut certe saluum creditori manet, quia consentiendo venditioni, non omnino intelligitur pignus remisisse, sed sub his conditionibus tantum, si venditio perfecta & impleta fuerit: si res tradita postea reddita aut redhibita non fuerit. Addit Paulus aliam rationem, quia, inquit, hæc accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset, scilicet venditio resolui potuisset mutuo consensu vel ratione aliqua iuris, absoluto venditore: vel potuit res a venditore retineri præstita emptori litis æstimatione, etiamsi non voluntate creditoris vendidisset. Voluntas ergo creditoris non fecit, vt hæc acciderent. Ergo nihil ei obesse debet, quo minus cum hæc accidunt ius pignoris saluum habeat. Et in extremo Paulus ostendit, eandem rationem seruari in creditore voluntate debitoris, id est, ex pacto vendente pignus. nam vt debitore vendente pignus voluntate creditoris superioribus casibus, ius pignoris creditori seruatur incolume, aut restituitur, ita creditore vendente voluntate debitoris, si venditio effectum non habuerit, si mutuo consensu resoluta fuerit, si redhibita res creditori fuerit ob vitium aut morbum latentem eum cui eam vendidit, ius dominij ad debitorem reuertitur non ad creditorem, quamuis a creditore translatum sit in emptorem, creditor ipse dominium præstat emptori, quod tamen non habuit, *l. non est nouum, de acquir. rer. dom.* Et tamen dominium ad eum non redit rescissa venditione, sed ad debitorem, cuius etiam voluntate creditor id alienasse intelligitur. Et ita quicunque rem alienam vendit domini voluntate, dominium transfert in emptorem, nec tamen resoluta venditione dominium ad eum redit, vel (vt loquitur Paulus) ab emptore ius eius non recipit (quod idem est) nempe dominium ad eum, qui vendidit, non redit, sed ad priorem dominum, cuius voluntate alienatio facta est. Et hæc est sententia Pauli in hac *l.* cui ex eodem lib. coniungenda est *l. 21. de iu. fis.*

Ad leg. 21. de iure fisci.

Titius qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor soluit mihi quæ debebat. Postea fiscus iure suo vsus, abstulit mihi pecuniam, quærebatur an liberata essent pignora. Marcellus recte existimabat: si id, quod solutum mihi est, fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem. Neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum, quod solutum est, an tantundem repetatur.

HÆc lex, vt ea quæ præcessit, ostendit, restitui pignus in pristinam causam, quod liberatum erat facta venditione voluntate creditoris, si venditio resoluta fuerit: ita ostendit pignus liberatum solutione pecuniæ, restitui in pristinam causam, si solutio reuocata fuerit: vt si fiscus cui idem debitor obligatus erat iure sui priuilegij, quia inter omnes creditores fiscus priuilegium prælationis habet: si inquam, fiscus solutam alij creditori pecuniam abstulerit, quod sibi priori solui deberet, hoc casu ostendit restitui pignoris obligationem, vt & obligationem principalem & obligationem fideiussoris, si & fideiussor intercesserit, *l. 18. §. vlt. l. 20. eod. tit.* Et nihil interesse ait, vtrum id ipsum quod solutum est, an tantundem fiscus reuocauerit, *arg. leg. 7. de condict. indeb. l. pen. de præsc. verbis.*

Ad leg. 84. de reg. iuris.

Cum amplius solutum sit, quam debeatur, cuius pars non inuenitur, quæ repeti possit, totum esse indebitum intelligitur, manente pristina obligatione.

1. §. *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.*

ET rursus his est coniungenda lex 84. *de reg. iur.* quæ etiam ostendit, pristinam obligationem restitui aut remanere, quæ solutione sublata videbatur, si solutio reuocata fuerit per condictionem indebiti, vt in specie *l. si non sortem §. si centum, de cond. indeb.* Debitor 100. per errorem soluit amplius quam deberet, quia solui fundum dignum centum quinquag.nta. Quæ vero pars fundi indebito soluta sit, vt ea repetatur, non inuenitur, Itaque vt definitur in *d.* l. 84. melius est totum fundum quasi indebitum repeti, ipso iure restituta siue manente pristina obligatione. Quod sequitur in ea lege: *is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*, coniungendum est cum eo, quod idem Paulus scripsit eodem lib. in *l. Iulianus, de cond. indeb.* quæ iam a nobis exposita est, verum debitorem iudicio accepto male absolutum, natura debitorem manere: quia res iudicata non perimit naturalem obligationem: vt scilicet Paulus natura debitorem esse interpretetur eum, qui iure gentium debet, id est, æquitate & ratione naturali, etiamsi iure ciuili non debeat, quia res iudicata exstinxit ciuilem obligationem, vt *l. Stichum §. naturalis, de solut. & l. indebitam, & l. si id quod, de cond. indeb.*

Ad leg. 25. de probat. & præsc.

Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est, vt, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam hoc negauerit, & ipse, qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobauerit: sine vlla distinctione ipsum, qui negauit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit. per etenim absurdum est, eum qui ab initio negauit, pecuniam suscepisse, postquam fuerit conuictus eam accepisse, probationem non debiti ab aduersario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim soluit, nunquam ita resupinus est, vt facile suas pecunias iactet, & indebitas effundat, & maxime, si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, & studiosus paterfamilias: cuius personam incredibile est, in aliquo facile errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitas soluisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum. Et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

1. §. *Sin autem is, qui indebitum quæritur vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor, & forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, & desidiæ deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, & debitas ei fuisse solutas: & si non ostenderit, eas redhibere.*

2. §. *Sed hac ita, si totam summam indebitam fuisse solutam, is qui dedit, contendat. Sin autem pro parte, quæritur, quod pars pecuniæ soluta debita non est: vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum soluit, vel exceptione tutus, errore eius, pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persoluit, vel iam solutam pecuniam, per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam, secundum generalem regulam, quæ eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, vel soluisse debita contendunt, hæc ostendere exigit.*

3. §. *In omnibus autem visionibus, quas præposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, aduersario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro calumnia iurante, vt iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendæ religionis ei seruando.*

4. §. *Sed hæc vbi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, & indiscrete loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanauit, pro quibus eandem conscripsit. tunc enim stare eum oportet suæ confessioni: nisi euidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse.*

INscriptio vindicat hanc legem Paulo, & sane cum lib. 3. quæstionum Paulus scripserit de condictione indebiti, vt patet ex *l.* 21. *& 60. de condict. indeb. & l. 84. de reg. iur.* potuit etiam in eo libro de quæstione huius legis tractare, quæ est eiusmodi. Quum agitur de condictione indebiti, cui incumbat onus probandi debitum esse, vel non esse, vtrum actori se soluisse rem vel pecuniam indebitam, an reo se accepisse debitam: Et rursus si non res vel pecunia soluta sit, sed promissa, vtrum stipulator probare debeat, se debitam sibi rem vel pecuniam in cautionem deduxisse; an reus se promisisse indebitam? Potuit, & sane verisimile est lib. 3. de hac quæstione tractasse Paulũ. Cæterum eorum loco, quæ de ea quæstione Paulus scripserat, Tribonianus nobis longe alia supposuit, vel cum a Pauli sententia diuersus abiret, vel cum rem accommodaret ad vsum fori, qui obtinebat ætate Iustiniani. Nam phrasis, quæ Triboniano amica est, & familiare genus dicendi, verba partim humilia & inepta, partim ex Græco idiotismo tradução satis produnt in hac l. quantumvis prolixa (& prolixitas id prodit etiam) nullum esse Pauli verbum, omnia esse Triboniani: vt quum prudentem & attentum patremfam. vocat studiosum, vt Græci σπουδαῖον, & cum pro docere & probare mauult dicere, *ostendere*, vt Græci δεῖξαι vel δεικνύειν, & quum illo loco §. *pen. in omnibus visionibus, quas proposuimus, visiones* appellat species, quæ etiam sic dicuntur ab antiquo verbo specere, id est, videre: quum, inquam, visiones vocat species, vel casus antea propositos, quibus modo actori, modo reo incumbit onus probandi, quum agitur condictione indebiti, vel themata, vt in Basilicis, ἐπὶ πάντων τῶν εἰρημένων θεμάτων, *quia themata in scholis*, vt Quintilianus ait, *in conspectu quodammodo collocantur*. Denique sunt visiones. Verbum visionum inoleuit ætate Iustiniani ex Græco idiotismo, vt patet ex lege 2. *quæ est Iust. §. si quis autem, C. de vet. iure enucl.* illo loco, *visiones exposita veterum*. Hoc est themata & proposita veterum, & vbicunque hæc vox reperitur in Digestis (reperitur autem aliquoties) sane a manu Triboniani est, maxime in *l. si fideiussor §. in omnibus, mand.* vbi eadem sunt verba, quæ in hac l. in omnibus visionibus, quæ propositæ sunt. Item, quum iuramentum dicit pro eo, quod iuris auctores semper iusiurandum, quasi Iouis iurandum, vt Ennius & Næuius loquuntur. Item quum cautionem concipere indiscrete dicit, id est, non expressa causa debiti, ἀδιαστίκτως, ἀσαφῶς. vt idem Iust. in *l. si quis ad declinandam §. vbi autem indiscrete, C. de episc. & cler.* Et quum in fine legis dicit, *nisi*, pro, *si, non* Græcorum more ἀλλ' εἰ μή, vt recte glossa ibi notauit, *nisi*, non facere exceptionem, sed alium constituere vel ponere casum. Et quum etiam, ibidem cautionem vocat *confessionem*, vt Græci ὁμολογίας. Huius rei etiam argumentum est, quod & in hac lege vel interprete Dorotheo notatur monachi conditio, illo loco, vel alias *simplicitate gaudens, & desidiæ deditus*. τῇ ἀπραξίᾳ χαίρων καὶ ῥαθυμίᾳ ἐκδεδομένος, vt & in lege *quidam 26. C. de decurionib.* Ignauiæ sectatores, id est, monachi. quibus verbis significatur eos esse amatores simplicitatis & imperitiæ rerum atque etiam simul desidiæ. Ad quæstionem autem hoc loco propositam ex sententia Iustiniani aut potius Triboniani distinguendum est: Aut agitur condictione indebiti soluti, aut condictione indebiti promissi. Hæc est condictio incerti, id est, condictio cautionis, stipulationis, obligationis, quia eius rei nullum corpus exstat, quod cerni possit. Certum enim dicitur a cernendo. Certa igitur ea res non est, sed ius est incorporale, cautio, stipulatio, obligatio, & contra liberatio. Illa autem, quæ dicitur condictio

indebit

indebiti soluti, est condictio certi, nempe rei certæ, vel quantitatis solutæ. Et de hac quidem condictione indebiti soluti primum dicemus satis multa, deinde paucula de condictione indebiti promissi. Et ita distinguamus ex sententia Triboniani, aut Iustiniani, qui probauit omnia quæ patrauit Tribonianus. Aut agente aliquo condictione indebiti soluti, reus negat omnino se quicquam accepisse, sibi rem cum actore vllam vnquam fuisse, vel forte visum a se eum hominem ante fuisse nunquam, & deinde conuincitur iure proditis probationibus, actore probante, se ei pecuniam dedisse, numerasse, soluisse, inter quas probationes etiam esse iusiurandum, si deferatur, ostendit §. *vlt. huius legis*, quod nescio tamen, cur glossa negauerit ex *l. eum qui, sup. de iureiur.* quæ nihil ad eam rem pertinet. Hoc vero casu, quum reus negauit, se quicquam accepisse, & actore probante conuictus est, amittit præsumptionem, quæ pro illo faciebat, quia nemo præsumebatur ei soluisse indebitum, & actor exoneratur necessitate probandi se soluisse indebitum, & in mendacij pœnam, cuius conuictus est, transfertur probandi necessitas in reum, vt probet, se debitum accepisse, si condemnari nolit. Quod etiam belle confirmat *l. vlt. sup. de rei vindic.* Vnde colligitur, ab actore probata intentione sua & cognitis iam reo probationibus actoris, non prohiberi reum de alio iure suo docere, vel aliarum defensionum suarum probationes exequi, vt *l. 9. C. de except. l. empt. C. de præsc. long. temp.* Nec quicquam obstat *Nou. 9. de test.* qua coercetur tantum multiplex, & varia testium productio, nempe, vt non possit alios producere, qui sæpius produxit, quique ad extremum declarauit se alios non habere, quos producere velit. Hoc enim casu non admittitur noua productio testium quia renuntiauit ampliori productioni, & satis se testium produxisse dixit. Et hæc de priori membro superioris distinctionis. Sequitur alterum. Aut ab initio fatetur reus se accepisse, negat autem indebitum fuisse id, quod accepit: & hoc sane casu onus probandi incumbit actori, vt probet, se per errorem indebitum soluisse, quia non præsumitur homo sanus indebitum soluisse. Et vbi præsumptio aduersus aliquem facit, vt plurimum ab eo contraria probatio exigitur, ab aduersario nulla, pro quo facit præsumptio *legis generaliter §. si petitum, de fideic. libert. l. vlt. in princ. de eo, quod met. causa.* Nemo sanus & sui compos præsumitur indebitum soluisse, videlicet si sit prudens & diligens paterfam. non præsumitur proijcere quod suum est, neque errare in re sua, ideoque ei incumbit probatio indebiti soluti, puta se dolo malo & falsa persuasione aduersarij deceptum ei soluisse, vel per ignorantiam facti probabilem aliquam, quam probationem si non impleuerit, reus absoluitur pro quo præsumptio iusta facit. Hoc, vt dixi, si diligens fuerit, & attentus ad rem is qui agit condictione indebiti. Nam vt subiicit, si pupillus sit, vel etiam minor 25. annis, vel miles, vel rusticus, vel alius simplicitate gaudens & desidiæ deditus, id est, monachus, vt ait Dorotheus, qui quidem monachi plerunque forensium rerum ignari sunt, quibusque pupillis scilicet & minoribus & aliis ius ignorare permissum est, & solutum etiam per errorem iuris repetere possunt *l. pen. inf. de iur. & fact. ignor.* hoc, inquam, credibilius est soluisse indebitum, ij facilius præsumuntur soluisse indebitum, ideoque onus probandi nullum eis incumbit, sed incumbit reo tantum, aduersus quem præsumptio facit, vt scilicet probet, se debitum accepisse, ac proinde condictioni locum non esse, aut reddat quod accepit deficiente probatione. Et hoc in his personis ita obtinet, si omne id quod soluerunt, condicant. Aliud enim dicendum est, si amplius quam debebent, se soluisse dicant, atque ita fateantur se debuisse partem. Nam hoc casu præsumptio pro eis non facit, & probare debent, qui fatentur partem alteram esse indebitam, atque ita se plus debito soluisse. Idem onus eisdem personis incumbit, si dicant se iampridem soluisse eam pecuniam, ergo se debuisse olim, qui denuo soluerunt, prioris solutionis obliti: vel si dicant se soluisse per obliuionem, omissa exceptione perpetua, veluti pacti, aut iurisiurandi, qua se tueri poterant, quia generalis regula est, eum, qui debiti solutionem, vel qui exceptionem aliquam allegat, siue sit actor, siue reus (nam, & reus in exceptione actor est) eam probare debere, *l. 2. l. in exceptionibus hoc tit.* ei qui affirmat, probatio incumbit, inquit l. 2. adde siue sit actor, siue reus. Et quod ait hoc loco his casibus, quum condicit partem eius quod soluit, vel quum allegat, se per obliuionem omisisse exceptionem, aut se iam ante soluisse: quum ait, inquam, his casibus ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persoluit, & cæt. *Illud* omnimodo, in quo laborant glossæ, rectissime Basilica hic interpretantur, *qualiscunque sit is qui soluit*, id est, *siue prudens paterfam. siue paruus ætate, siue mulier, siue miles, aut rusticus, aut simplicitatis amator.* Et Dorotheus apertius καὶ τινῶν εἴη, &c. id est, *etiam si is qui soluit sit ex iis personis, quas paulo ante releuauimus onere probandi.* His distinctionibus expositis, diuersisque casibus, subiicitur, in omnibus iis visionibus & casibus ei, cui incumbit probatio, si inopia probationum laboret, licere aduersario iusiurandum deferre super ea re, qua de agitur, vt vel aduersarius iuret, vel referat iusiurandum, iuxta *l. manifestæ, sup. de iureiur.* sed ita tamen, vt priusquam deferat aduersario iusiurandum, ipse iuret de calumnia, si hoc exigatur, puta se non calumniandi animo, aut vexandi aduersarij causa ei deferre conditionem iurisiurandi, iuxta legem 34. §. *qui iurisiurandum, & l. 37. sup. de iureiur. & l. 11. §. pen. rer. amot.* Alioqui si hoc non præcederet, actio ei denegatur, & pro eo habetur, atque si aduersarius iurasset aut si ipse iusiurandum aduersario remisisset: & ex hoc loco notandum post iusiurandum sequi sententiam iudicis: cum ait, vt iudex iuramenti fidem sequutus, ita suam sententiam possit formare, quod etiam ostendit *l. nam postea §. si damnetur, sup. de iureiur.* Aliquando tamen sententia præcedit iusiurandum, vt quum iudex sententia dicta iurare præcipit, & si iuratum erit, vel non erit, quid fieri velit, etiam decernit, vt in *l. pen. C. de reb. cred. l. cum iudex, C. de sentent. & interloc. om. iud.* Vltima pars huius l. est de condictione indebiti promissi, & in cautionem scriptam redacti, circa quam ita distinguit: Aut cautio indiscrete loquitur, id est, non exprimit causam debiti, & hoc casu reus qui conuenitur condictione indebiti promissi, probare debet sibi deberi, quod cautione continetur, in qua reticuit causam debiti: Aut actor in cautione expressit causam debiti, puta se debere centum ex causa mutui, vel ex causa depositi, & tunc vel stare debet cautioni vel probare alio quodam scripto, se per errorem indebitum promisisse, quoniam scripto præsumitur contineri debitum, quod in eo sit expressa causa. Probare, inquam, id debet alio quodam scripto, non testibus: Nam scriptum non recte refellitur testibus, sed alio quodam scripto opus est, *l. 3. C. si minor se mai. dix. l. 1.* quæ est Græca, *& l. testium, in fine C. de test. l. generaliter, C. de non num. pec. l. pen. C. de contrah. stipulat.* Et ad hæc nonnihil etiam pertinet Nouel. 136. *de argentariorum contractibus.*

Ad l. 126. de verb. oblig.

Si ita stipulatus fuero, si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? *post triennium conditione existente triginta peti potuerunt.*

1. §. *Titius a Mæuio fundum detracto vsufructu stipulatus est, & ab eodem eiusdem fundi vsumfructum. Duæ sunt stipulationes; & minus est in eo vsufructu, quem per se quis promisit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. Denique si ille vsumfructum dederit, eumque stipulator non vtendo amiserit; tradendo postea fundum detracto vsufructu liberabitur. non idem contingit ei qui fundum pleno iure promisit; & vsumfructum dedit: deinde amisso eo, proprietatem sine vsufructu tradidit. Ille liberatus est dando vsumfructum: hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno iure fundum effecerit stipulatoris.*

2. §. *Chrysogonus Flauij Candidi seruus actor scripsit co-*

ram subscribente & adsignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa rem agente Iulij Quintiliani absentis mutua denaria mille, quæ dari Quintiliano, heredive eius, ad quem ea res pertinebit, Calendis Nouembribus, quæ proximæ sunt futuræ: stipulatus est Zosas libertus, & rem agens Quintiliani: spopondit Candidus dominus meus, sub die suprascripta, si satis eo nomine factum non erit: tunc quo post soluetur, vsurarum nomine denarios octo præstari, stipulatus est Iulius Zosas, spopondit Flauius Candidus dominus meus. subscripsit & dominus. Respondi. Per liberam personam, quæ neque iuri nostro subiecta est, neque bona fide nobis seruit, obligationem nullam adquirere possumus. Planè si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam vel nostram, vt nobis solueretur: obligatio nobis pecuniæ creditæ adquireretur. Sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, vt nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quærebatur. Superest, quæramus, an ex numeratione ipse, qui contraxit pecuniam creditam petere possit? nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed vna verborum. planè si præcedat numeratio, sequatur stipulatio: non est dicendum recessum a naturali obligatione. Sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis vsuras stipulatus est, non eodem vitio laborat: neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum vsuras, cui & sortem, videri. Ideoque in liberti persona valet stipulatio vsurarum, & cogitur eam patrono cedere. Plerunque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus, vel conditionem ex eo, quod agi apparebit, intelligendum est: nunquam personam nisi expressa sit.

3. §. *Si ita stipulatus fuero, te sisti, & nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione, prior manet vtilis, & perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.*

IN principio legis proponitur quæstio de stipulatione ita concepta: *si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? spondeo.* An valeat? & ideo post triennium impleta conditione, & Titio facto Consule, an præteriti temporis habita ratione, triginta, peti possunt? Qua de re merito dubitari Africanus scribit in *l. 64. sup. hoc tit.* Dubitandi materia hæc est, quia hæc stipulatio præpostere concepta videtur propter illa verba, *tum vel tunc ex hac die.* Quæ quidem hoc significare videntur, vt si Titius consul factus fuerit, ex hac die dena præstentur in annos singulos. Quo genere datio siue præstatio conditione & obligatione prior est, quæ debet esse posterior, quia hoc agitur vel agi videtur, vt hodie præstentur dena, si quandoque postea Titius Consul factus fuerit; hoc est præposterum, ergo vitiosum. nam πρόθυστερον vitiat stipulationem. Et ita semper obtinuit ante Iustinianum. Stipulatio ex strictis formulis constat, ergò ex rite conceptis tantum. Non est autem rite concepta, quæ præpostera est, quæ dationem præfert obligationi. At recte Paulus & Africanus definiunt, alium esse sensum & plane carentem vitio illorum verborum, *tunc ex hac die*: nempe, vt tunc, quum Titius consul factus fuerit, quum exstiterit conditio, dena præstentur in annos singulos ex die interpositæ stipulationis, qua in re nihil est præposterum. Præstatio enim pecuniæ confertur in tempus existentis conditionis, non pendentis; & hoc agitur, vt existente conditione, verbi gratia, post biennium aut triennium, non præterito tempore, sed tunc demum, cum conditio exstiterit, præteriti temporis pensiones præstentur, non præterito tempore, sed præteriti temporis. Itaque post triennium existente conditione, statim 30. debentur, & peti possunt condictione certi. Et ita in *l. lecta §. vlt. de reb. cred.* Paulus docuit, valere stipulationem ita conceptam: *si Calend. Iuniis mille mihi non solueris, tunc ex hac die promittis dena pœnæ nomine in menses singulos?* quæ vsura est centesima. Et ei nihil aduersari legem *cum quidam, de vsur.* satis ostendi ad African. & non ita dudum ad *d. l. lecta.* & ob eam rem apte videtur initium huius legis posse coniungi cum extremo *d. l. lecta.* Obserua autem hoc loco Glossam non intelligere quid sit *dena.* nam dena & decem idem esse arbitratur, idem δέκα ᾗ αἰὰ δέκα. Et quod peius est, proprie dena esse 20. nesciens latinos dena, quina, sena, & his similia dicere, facientes ea dispartitiua, quæ Græci vocant μεριστικά, & naturaliter siue generaliter pluratiua semper esse.

Ad §. 1.

SEquitur alia quæstio in §. 1. Sciendum est, fundi vel ædium, vel rei cuiusque appellatione plenam proprietatem significari. Ideoque eum, qui fundum promittit aut legat, plenam proprietatem promittere, aut legare, nec liberari dando proprietatem sine vsufructu, *l. eum qui stipulatur §. si a te, sup. hoc tit. l. 26. l. cum filius §. dominus, de leg. 2. l. si tibi, de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Et qui dicit, *fundum suum esse,* hoc dicit, dominum se fundi esse pleno iure, vel se fundi plenam & solidam proprietatem habere. Et hoc quidem quantum ad verborum significationem attinet. Ex sententia enim loquentis vel scribentis, hic sermo, *fundum suum esse,* vt in rei vindicatione, transferri potest ad proprietatem solam, siue dominium, *l. recte dicimus, de verb. signific.* Proprietas & dominium idem est, aut si quid inter ea est, hoc tantum vnum ab altero distat, quo genus a specie. nam dominij nomen latius patet: cum & dominium vsusfructus & dominium possessionis dicatur: dominium proprietatis siue proprietas est species. Verum alia est proprietas nuda, si vsusfructus ab ea separatus & alienus sit. Alia est proprietas plena, si ab ea vsusfructus separatus non sit. Et similiter vsusfructus alias meus est iure proprietatis, si plena proprietas ad me pertineat: alias meus est iure seruitutis, si nuda proprietas alterius sit, *l. si cum testamento §. pen. de except. rei iud.* Hunc vsumfructum, qui meus est iure seruitutis rei discernendæ gratia, interpretes non inepte vocarunt *formalem* vsumfructum: illum *causalem*, a Philosophis mutuati hæc vocabula. Formalis est seruitus, quam fundus, vel alia quæ res personæ debet, vt etiam si dominus non sit, ea re vti & frui possit, tanquam is, qui plenum dominium habet viri boni arbitratu. Causalis autem est ius quod comitatur proprietatem plenam. Ille proprie vsusfructus est, qui est seruitus personalis, *l. cum in fundo, de iur. dot.* Hic qui comitatur proprietatem, proprie vsusfructus non est, sed emolumentum rei, commodum omne rei. Ille item vindicari potest actione confessoria, si paret fundi illius, cuius proprietas aliena est, vsumfructum meum esse. Hic autem, qui cohæret proprietati, eadem actione vindicari non potest. Negatoria tamen actione de eo experiri licet, negando eum esse separatum a proprietate, *l. vti frui, sup. si vsusfr. pet. & d. l. si cum test. §. pen.* Præterea, vt & hoc loco Paulus ait, minus est in formali vsufructu, qui seruitus est, quam in causali, recte: nam formalis non est cum proprietate, causalis est cum proprietate. Et formalis amittitur non vtendo constituto tempore, quo tamen modo causalis non amittitur. nam non amittis plenam proprietatem, si ea re non vtaris, quam possides. Et notandum hoc loco, hunc tantum modum amittendi vsusfructus notari a Paulo, puta non vtendo, quo modo causalis non amittitur, vt dixi, nam aliis modis, veluti capitis deminutione, aut morte, aut in iure cessione aut rei mutatione: quibus formalis amittitur, amittitur etiam causalis, id est, plena proprietas. Docet autem Paulus in hoc §. multum interesse, vna quis stipulatione fundum pleno iure: vel fundum simpliciter, quod tantum potest, quantum fundum pleno iure, stipulanti promisit, an vero duabus stipulationibus, vna fundum detracto vsufructu, altera vsumfructum eiusdem fundi. Hoc enim casu, si promissor stipulanti cesserit vsumfructum, quod potest, licet eum proprie non habeat, potest seruam facere rem suam vsusfructus iure, *l. quod nostrum, de vsufr.* tametsi stipulator vsumfructum amiserit non vtendo, isque redierit

redierit confestim ad proprietatem vt solet semper amissus vel finitus vsusfructus statim recurrere ad proprietatem, vt eleganter Græci ἀεὶ ἡ χρῆσις ἀνατρέχει πρὸς τὴν δεσποτείαν. id est, *semper vsufructus recurrit ad proprietatem*, hoc, inquam, casu ex posterior stipulatione promissor liberatus est, quia semel cessit vsumfructum. nec obstat, quod postea amissus sit non vtendo: ex posteriori stipulatione dando vsumfructum liberatus est, ex priori autem obligatus manet, vt scilicet præstet proprietatem nudam, quam si præstiterit ab vtraque stipulatione liberatus est: Illo autem casu, qui vna stipulatione promisit fundum pleno iure, & vsumfructum cessit stipulatori, qui postea eum amisit, nulla ex parte liberatus est, sed adhuc in solidum obligatus manet, & peti ab eo fundus potest, id est, vt fundum stipulatoris faciat pleno iure. Et rursus non liberatur omnino, si nunc præstet proprietatem nudam, sed ea præstita, adhuc ab eo peti vsusfructus potest, *d. l. eum qui* §. *si a te, hoc tit. & d. l. Manius* §. *pen. de leg.* 2. vsusfructus, inquam, præstita proprietate adhuc ab eo peti potest, non fundus, quia stipulator fundum habet totum, quantum ad proprietatem pertinet. si quid fundi proprietati deesset: fundus peti posset, *l. etiam, de solut. l. huiusmodi* §. *ædes, de leg.* 1. At proprietati, quæ tradita est, si per se spectetur, nihil deest: vsusfructus enim, quem promissor retinuit, pars fundi vel proprietatis non est, sed species seruitutis, quia quasi seruitutis iure eum retinuit, *d. l. Manius* §. *pen. & l. recte, de verb. sign.* Si esset pars fundi, cesso vsufructu promissor liberaretur pro parte, & proprietas tantum nuda remaneret in obligatione etiam amisso vsufructu, *l.* 9. §. *vlt. de solut.* At non nuda, sed plena proprietas remanet in obligatione, & peti potest, quasi nec parte vlla fundi præstita, præstita seruitute vsusfructus quæ non erat in obligatione, videlicet si vsusfructus amissus sit. nam (quod notandum) si vsumfructum adhuc habeat stipulator, solius (vt arbitror) proprietatis petitio competit, qua præstita vsusfructus stipulatoris esse definit iure seruitutis, & ex noua causa eius esse incipit iure proprietatis: formalis fit causalis, *d. l. si cum testamento* §. *pen.* Denique cedendo vsumfructum formalem separatum a proprietate, si is postea amissus sit, nihil eius rei promissor soluisse intelligitur, quam promisit, & debuit. Ergo integra est totius eius rei, aut plena rei petitio. Tradendo autem fundum detracto vsufructu, sane eam ipsam proprietatem, quam debuit soluit, & ideo petitio eius nulla superest, sed petitio vsusfructus tantum, vt proprietati rei iam ante traditæ consolidetur, id est, vt nuda proprietas fiat solida & plena.

Ad §. Chrysogonus.

IN hoc §. proponitur cautio huiusmodi: Chrysogonus seruus actor rerum domini sui scripsit instrumento cautionis nomine domini, eodemque domino præsente & instrumento subscribente & subsignante: scripsit, inquam, dominum suum a liberto quodam gerente rem patroni absentis, accepisse mutua denaria mille, ea scilicet adnumerante liberto suo nomine, ita ponendum est, vel quod tantundem valet: simpliciter sine adiectione nominis, denique ea denaria mille adnumerante liberto, suo nomine, non nomine patroni: ac deinde stipulante liberto scripsit eodem instrumento dominum suum promisisse, se eam pecuniam patrono eius soluturum, atque ita scripsit libertum pecuniam credidisse suo nomine. Patrono autem hæredive eius, eive ad quem ea res pertinebit (sic legendum) stipulatum libertum eam pecuniam reddi Calendis proximis: Itemque si ea pecunia Calendis proximis patrono non solueretur, tunc ex eo die eundem libertum, non patrono, sed simpliciter nullius nomine expresso stipulatum vsurarum nomine, menstrua denaria octo, quæ vsura dextante minor est, vna tertia parte denarij: dextans enim integra redderet menstrua denaria octo, & vnam tertiam partem vnius denarij. Duæ igitur sunt interpositæ stipulationes vt in *l. centum Capuæ, de eo quod certo loco*, vna sortis facta patrono nominatim, puta vt sors solueretur patrono Calendis futuris, altera vsurarum non facta patrono vel sibi, sed simpliciter, & ἀπροσώπως. Et hæc omnia quæ ita scripsit Chrysogonus dominus eius scripsisse, cauisse, promisisse intelligitur, quoniam interfuit, atque subscripsit & signauit serui chirographum. Ex quo, si actio est, non est dubium ea dominum directo conueniri posse, quia ipse promisisse intelligitur. Sed malebant plerunque domini per suos seruos contrahere, & se obligationi subiicere. At dubitatur an patrono absenti actio ex stipulatione liberti adquisita sit. Et recte ponit, patronum fuisse absentem, vt in simili specie *l.* 3. *C. de contrah. stip. & l.* 3. *C. de inut. stip.* nam si præsens fuisset patronus, cum libertus ei stipulabatur, ipse stipulatus videretur, eique daretur vtilis actio, *l. si procuratori, hoc tit. l. si dictum* §. *si præsente, de euict.* At quia patronus fuit absens, liber homo, qualis fuit libertus, inutiler ei stipulatus est, quia per liberum hominem, qui non est in nostra potestate, vt filiusfa. nec nobis bona fide seruit, nulla obligatio nobis vel actio adquiri potest *l. solutum* §. *per liberam, sup. de pig. act. l.* 1. *C. per quas pers. nob. adqu. obl.* Quæ iam nobis competere cœpit obligatio vel actio, retineri quidem potest per liberum hominem, veluti per procuratorem, *l. per procuratorem, de procur.* vel per libertum institorem, vt in *l. vlt. de inst. act.* Potest, inquam, retineri per liberum hominem & conseruari nobis & præparari: imo & perpetuari facto eius vel produci, & prorogari, vt in *l. si quis solutio*, §. *vlt. de vsur.* Breuiter quæ nobis iam competit actio, per liberam personam nobis conseruari potest, & melior quoque efficitur per liberam personam. At quæ nobis nondum competit actio, non potest nobis adquiri per liberum hominem, conuentione facta nostro nomine. Vnus tantum casus excipitur, quo iure singulari receptum est, vt per liberum hominem nobis adquiratur obligatio, vt si suam vel nostram pecuniam mutuo det nostro nomine, id est, ea lege, vt nobis debeatur, nobisque soluatur: obligatio & condictio ex mutuo nobis adquiritur, *l. certi* §. *si nummos, de reb. cred. l.* 2. *C. per quas pers. nob. adq. oblig.* itemque ex promutuo, vt in *l.* 6. *C. de cond. indeb.* Hoc iure singulari vtilitatis causa receptum est, propter crebrum & necessarium creditæ pecuniæ vsum, sicut & alia pleraque, *l. singularia, de rebus cred.* At in specie proposita neque ex numeratione, id est, neque ex mutuo, per libertum patrono adquiritur obligatio creditæ pecuniæ, quia libertus eam non credidit patroni nomine, sed suo nomine. Non adquiritur etiam patrono per libertum actio ex stipulatione, quia alteri liber homo stipulatur inutiliter, adeo, vt nec sibi, nec alteri vlla quæratur actio, nec alteri quoque cui liber homo stipulatus est, soluatur recte, tanquam adiectio solutionis gratia. Ergo nec patrono hoc casu, cui libertus stipulatus est sortem reddi, sors solueretur recte, quia id agebatur, (licet ageretur frustra) vt patrono adquireretur principalis obligatio. Et cum adiicitur aliquis solutionis gratia, semper alius est adiectus solutionis gratia, alius is, in cuius persona consistit principalis obligatio: vt si stipuler mihi aut Titio, ego sum principalis, cui obligatio quæritur, Titius adiectus est solutionis, non obligationis gratia: vnus idemque non potest esse principalis creditor, & adiectus solutionis gratia sicut nec vnus idemque potest esse principalis debitor & fideiussor, vel quæ alia accessio, *l. heres* §. *seruo, de solut.* Ergo ex stipulatione sortis facta patrono, neque agere patronus potest, neque etiam ei solui potest pecunia, quæ in eam stipulationem deducta est, quia nec habetur pro adiecto solutionis gratia, quia id non agebatur, vt esset adiectus, sed vt esset principalis creditor. Hæc omnia sunt certissima. At hoc potissimum quæritur in hac l. an saltem libertus, qui suo nomine credidit pecuniam, habeat actionem creditæ pecuniæ. Dubitationem mouet, quod numerationi pecuniæ mutuatitiæ subiecta ex continenti stipulatione ita agatur, vt non ex mutuo, vel ex muneratione nascatur actio, sed ex stipulatione tantum, id est, vt vnus contractus sit, puta stipulatio, non duo, mutuum & stipulatio, *l.* 6. §. *vlt. & l.* 7. *de nouat.* Et ita

quidem (quod etiam hic proponit Paul.) se res habet omnino, si vtilis fuerit stipulatio, quæ numerationi siue credito subiecta est in continenti. At in specie proposita inutilis stipulatio est, quia libertus patrono, vel liber homo quilibet alteri stipulatur inutiliter, ideoque stipulatio pro non facta habetur, nec subiecta inutili stipulatione videtur libertus recessisse ab obligatione creditæ pecuniæ quam contraxit vtiliter suo nomine, vt *l. certi §. quoniam, de reb. cred. l.* 3. *C. de contrah. stipul.* non videtur, inquam, libertus recessisse ab obligatione naturali, id est, ab obligatione reali creditæ & pernumeratæ pecuniæ. mutui enim obligatio contrahitur re, id est, numeratione naturali, vt solet etiam scribi in instrumentis, naturalem dationem interuenisse. Itaque liberto, qui suo nomine credidit, quia stipulatio inutilis est facta patrono detracta ea stipulatione, salua manet pristina actio, id est, condictio ex numeratione, siue suam pecuniam crediderit, condictio certi, quæ ex mutuo competit, siue pecuniam patroni crediderit condictio incerti, si pecunia extat, id est, condictio possessionis, quæ res incerta est, *l. indebiti §. sed etsi nummos, de condict. indeb.* vel si iam consumpta sit pecunia condictio certi, quia consumptio conciliat, (vt dicunt vulgo) & confirmat mutuum quod ab initio non valuit, quia pecunia non est facta accipientis. Condictio igitur ex consumptione potius (per quam conualescit mutuum) quam numeratione competit, *l. nam etsi fur, de reb. cred.* Sic igitur concludamus: quum nulla est condictio ex stipulatione, quæ numerationi subiecta est, quod sit inutilis, manet condictio ex numeratione, quæ est vtilis, nec per inutilem contractum, ab vtili recessum videtur, quandoquidem non aliter ab vtili, qui præcedit, recedi videtur, quam si valeat, qui sequitur. Atqui non valet: ergo salua manet obligatio ex primo contractu. Et hoc est quod ait hoc loco, plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione, &c. vbi illo loco sequatur, *stipulatio, ἰνδεῖται*, id est, *deficit suprascripta*, vt sit hic sensus: Si præcedat numeratio, vt in hac specie, sequatur stipulatio suprascripta, quæ inutiliter facta est patrono, non est dicendum recessum videri a naturali obligatione mutuæ pecuniæ. Et hæc de obligatione sortis. Restat alia quæstio de obligatione vsurarum, quæ per stipulationem contracta est simpliciter, sine adiectione nominis, nempe hoc modo: *si Calendis proximis sors patrono non soluatur, tunc eo amplius quo post soluetur, vsurarum nomine in menses singulos denaria octo præstari,* non dixit *mihi præstari, vel patrono præstari,* sed simpliciter, *præstari.* Hæc stipulatio vtilis est, quia non est stipulatus patrono nominatim, quod si fecisset, & hæc quoque stipulatio inutilis foret. Denique stipulatio vsurarum non laborat eo vitio, quo laborat stipulatio sortis, quia non potest dici libertum patrono stipulatum vsuras videri, cui & sortem stipulatus est. Quod tamen quis tentare posset, vt qui stipulatus est sorte patrono nominatim, si deinde simpliciter stipuletur vsuras, videatur etiam patrono stipulatus vsuras. Sed, vt ait, maligna est hæc interpretatio, & in dubiis (qua de re sunt multæ regulæ) ea accipi interpretatio debet, quæ benignior est, quæ vitium nullum inducit, quæ facit, vt valeat quod agitur, non pereat. Hæc igitur interpretatio si admittatur, etiam inutilis erit stipulatio vsurarum. Ergo benignius est interpretari, libertum sibi stipulatum vsuras. Itaque stipulatio vsurarum in liberti persona valet, eique condictio vsurarum ex stipulatione competit, sed patrono eam actionem cedere cogitur actione mandati scil. vel negotiorum gestorum. Cur ita? quia gerendo negotia patroni, ita rem contraxit. Proinde debet & cedere ei condictionem sortis ex numeratione, & condictionem vsurarum ex posteriori stipulatione. Prior irrita est per omnia, posterior manet. Et præterea vt magis probet, libertum non intelligi stipulatum vsuras patrono, qui eas stipulatus est simpliciter & ἀπροσώπως, id ita cōfirmat. In stipulationibus verba inspicienda esse, quia ex verbis oritur obligatio verborum etiam si agatur sine re nudis verbis. At verba si inspicias stipulationis posterioris non inuenies libertum patrono stipulatum vsuras nominatim. Ergo nec intelligitur eas patrono stipulatus esse. Nec mutat (quod & ait Paulus in extremo huius §.) quod raro siue interdum etiam sine stipulatione quædam in stipulationibus inesse intelliguntur, licet verbis expressa non sint, veluti dies & conditio, *l. interdum, hoc tit. l.* 4. *§. vlt. de pact.* aut locus quo quid fieri debet, aut genus, vel quantitas, quam reddi oportet, vt in *l. triticum, & l. seq. hoc tit.* hæc subintelliguntur, quum de iis apparet actum fuisse inter contrahentes. Et etiam in stipulationibus, vel aliis strictis contractibus id, quod agi intelligitur, pro tanto & expresso habetur, *l. cum quid, de reb. cred.* cum scilicet id non vitiat contractum, sed corroborat vel explanat. At persona alterius quam contrahentis, cuius adiectio vitiat contractum siue stipulationem, nunquam intelligitur, nisi expressa sit, *l. Titia §.* 1. *inf. hoc tit.* Vitium non intelligitur nisi expressum sit, quia sani homines nihil vitiose & inutiliter agere præsumuntur. Cum his omnibus, quæ definiuntur circa quæstionem propositam quæ in disquisitionem veniebant, cohæret omnino, quod additur in extremo huius legis; si stipuler *te sisti in iudicio, & nisi steteris, hippocentaurum dari, l.* 97. *hoc tit.* quæ tractat eandem speciem. Si igitur stipuler te sisti in iudicio, & nisi steteris, hippocentaurum dari, chimæram dari, tragelaphum, sed solent Iurisconsulti vti hippocentauri nomine & exemplo, pro re quæ non est in rerum natura, & quam præstare impossibile est, vt Stoici quoque apud Diogenem in Zenone, & Sceptici apud Empiricum, & Galenus quoque 4. *de diff. pulsuum.* Cæterum ita interposita stipulatione si iudicio non stares *hippocentaurum dari,* detracta stipulatione posteriore, quæ inutilis est, relinquitur prior te sisti, quæ est vtilis. Nec vtilis vitiatur per inutilem: quod est frequentissimum in iure, vt vtile per inutile non vitietur. Hoc, inquam, cohæret cum superioribus, quia in superiori specie vtilis numeratio non vitiatur per stipulationem inutilem. Ac præterea posterior stipulatio vsurarum, quæ est vtilis, non vitiatur per priorem stipulationem sortis quæ est inutilis, & ait, detracta secunda stipulatione, prior manet vtilis, vt sublata etiam dixit *l. pen. de condit. ob turp. caus.* sublata proxima causa, pristina superest. Et eodem genere loquendi in *l. cum is §. pen. de cond. indeb.* sublata falsa opinione, hoc est detracta, relinquitur pietatis causa. Et nihil est præterea in hac lege.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum IV. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 26. & 27. de leg.

L. 26. Non est nouum, vt priores leges ad posteriores trahantur.

L. 27. Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi vsitatum est, & semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, vt ad eas quoque personas, & ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt.

AIt, *non esse nouum*, quod lex prox. quæ sequitur, ait, *esse vsitatum*, & semper inesse legibus prioribus, vt ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quę quandoque similes erunt, & comprehendentur posterioribus quibusdam legibus. Vnde intelligi possit, quid sit, *priores leges trahi ad posteriores*: aut cuius rei gratia priores leges trahantur ad posteres; certe vt quod cauetur prioribus legibus certis de rebus, cæterisve personis id coniungatur & commisceatur posterioribus

Poſterioribus legibus, quæ iiſdem de rebus aut ſimilibus iiſdemve perſonis, aut ſimilibus latæ ſunt, quaſi ſcilicet Priores leges pertineant etiam ad poſteriores. Et e contrario in altera lege, quæ ſequitur, quæ eſt ex eodem Paulo, ait, ſæpe etiam euenire, vt poſteriores leges pertineant & trahantur ad priores. Si quæſieris in gloſſa vel interpretibus idonea exempla ad hanc leg. 26. vel ad illam 27. fruſtra fueris diligens. Ego ad hanc legem velim vos primum ſumere exemplum ex lege 2. §. *vlt. de noxal. act.* Duæ ſunt leges de noxalibus actionibus, quæ ex delictis ſeruorum aduerſus dominos inſtituuntur. Prior & antiquior eſt lex 12. tab. *Si ſeruus furtum faxit, noxamve nocuerit.* Poſterior eſt lex Aquilia, *l. pen. inf. ſi famil. furt. fec. dic.* §. *ſunt autem, Inſtit. de noxal. act.* Hæ duæ leges conſentiunt inter ſe, ſi inſciente domino ſeruus furtum fecerit, aut damnum iniuria dederit, vt ſcilicet dominus ſerui nomine teneatur noxali actione, puta vt noxæ ſeruum dedat, ſi nolit ſubire & præſtare æſtimationem litis. Altero autem caſu hæ duæ leges inter ſe diſcrepare videntur, puta ſi ſeruus ſciente, & non prohibente aut iubente domino furtum fecerit, noxamve nocuerit. nam lex 12 tabul. ſerui nomine dominum teneri ait actione noxali, nec adiicit dominum teneri ſuo nomine: dicit tantum dominum teneri ſerui nomine noxali actione, quia ſeruus hac in re domino obtemperare non debuit. Lex autem Aquilia ait, eo caſu dominum ſuo nomine teneri in ſolidum, quaſi tacite excuſato ſeruo, qui domino paruit, cum eſſet alioqui periturus. Vnde videtur exiſtere ἀντινομία quædam. Nam lex 12. tab. eo caſu ſerui nomine tantum dat in dominum noxalem actionem. Lex Aquilia hanc non dat, ſed dat tantum in dominum ſuo nomine actionem in ſolidum. Verum ex Iuliano in *d. l. 2. de noxal. act.* ea antinomia componitur tracta lege antiquiore ad poſteriorem, tracta. l. 12. tab. ad legem Aquiliam: vel (quod idem eſt) coniuncta lege priore poſteriori atque commixta, quæ optima eſt ratio tollendarum antinomiarum, nempe coniunctis duabus legibus, quæ inter ſe pugnare videntur, ita ſcilicet vt dicamus cum lege Aquilia agitur quæ ſola hodie viget, de damno iniuria dato eo caſu, non tantum dominum teneri ſuo nomine in ſolidum, vt lege Aquilia cauetur, ſed etiam vt cauetur lege 12. tab. ſerui nomine noxali iudicio, quod & probatur in *l. 4. §. cum dominus, de nox. act.* Et hoc eſt, quod ex Iuliano ait *d. l. 2. ſi ſeruus furtum faxit, noxamve nocuit*, id eſt, hanc leg. 12. tab. ad poſteriores etiam leges pertinere (quo verbo *pertinere*, in hanc rem etiam vtitur lex proxima, quæ ſequitur.) Pertinere igitur etiam ad leg. Aquil. & ibidem Baſilica, ἐκ τῶν προηγησαμένων νόμων οἱ μεταγενέστεροι κανονίζονται. id eſt, *poſteriores leges a prioribus, formam, & regulam accipiunt.* Et nominatim Græcus interpres, τὸν νομοθέτην, τὸν δωδεκάδελτον ἕλκειν εἰς τὴν Ἀκυίλιον. id eſt, *Iuriſconſultum, quod eſt ſcriptum in 12. tabul. trahere ad leg. Aquiliam.* Hinc vero apparet hac Pauli ſententia nos vti, quum inter ſe duæ leges diſcrepare videntur, nec tamen ſunt contrariæ ipſo iure, vt ait Quint. qui ita loqui didicit a noſtris quum exiſtit ἀντινομία, non quum ſunt reuera contrariæ: tunc enim alia non trahitur ad aliam, ſed præualet ea quæ poſterior eſt, poſterior vincit priorem, *l. vlt. tit. ſeq.* & (vt ait Nou. Valentiniani & Marciani *de matrimoniis Senatorum*) quæcunque lex eſt poſterior tempore, validior eſt ſanctione. Longe igitur alia ratione, quam fieri ſoleat in hypothecis ſiue in conuentionibus pigneratitiis, quæ pro lege habentur, in quibus prior hypotheca, ſiue conuentio pigneratitia poſteriore potentior eſt ſemper, ſuperior potentior inferiore, antiquior iuniore. nam his omnibus appellationibus varie iuris noſtri auctores vtuntur. At in legibus publicis poſterior & grauior & potentior eſt. Et recte lex 1. §. *ſi ſeruus, de quæſtion.* ſi torqueantur ſerui quaſi ſceleris participes, & in quæſtione de domino aliquid confiteantur, ex reſcripto quodam Traiani confeſſione ſeruorum grauatur opinio domini: ſed vt ſubiicit, ab eo reſcripto receſſum eſſe oſtendunt poſteriores leges, quæ grauiores ſunt & validiores. Titus Liuius 9. *vbi*, inquit, *ſunt duæ leges contrariæ, ſemper antiquam abrogat noua.* Sumatur autem ad hanc legem aliud quoque exemplum ex *l. quoties lex, de obligat. & act.* de arboribus furtim ſucciſis, & duæ ſunt leges: lex 12. tabular. & lex Aquilia, *l. pen. arbor. fur. cæſ.* quia, etſi lex Aquilia in aliis cauſis damni iniuria dati, derogauit legi 12. tabul. *l. 1. ad leg. Aquil.* non derogauit tamen in hac cauſa cæſarum arborum alienarum. Itaque hac de re lex antiquior (quæ eſt lex 12. tabul.) facile trahitur ad poſteriorem legem Aquiliam, ita vt, quamuis lex Aquilia ex ea cauſa ob cæſas arbores alienas obligationem & actionem nouam introducat, quia nominatim non cauet, vt ea ſola actione vtamur, ſed licet nobis eo nomine etiam veteri actione vti ex 12. tabul. Et ita eſt coniungenda *d. l. quoties*, cum *d. l. pen. arbor. furt. cæſ.* quæ ambæ ſunt ex eodem lib. Quemadmodum autem leges priores interdum trahuntur ad poſteriores, ſi contrariæ non ſint (vt docui) ita & poſteriores trahuntur nonnunquam & ſæpenumero ad priores, vt ait lex 28. inſcripta ad leg. Iuliam & Papiam. Vtamur ergo hoc exemplo: Leges Iulia & Papia de caducis, quæ leges nouæ dicuntur in *l. vlt. inf. de reg. Caton.* trahuntur ad ius antiquum, quod obtinuit ante has leges, quodque poſt eas leges & ex iiſdem legibus conſeruatur liberis & parentibus teſtatoris vſque ad tertium gradum, auctore Vlpiano *lib. reg. tit. 28. & Iuſtiniano in l. vn. §. & cum lex, C. de caduc. toll.* eis, inquam, ſeruatur ius antiquum, puta vt iis heredibus inſtitutis, quæ relicta in teſtamento mortuo teſtatore aliqua ex cauſa deficiunt, non fiant caduca, non recidant in fiſcum, ſed remaneant apud heredes ſcriptos, ſiue inſtitutos, qui ſunt ex liberis vel parentibus vſque ad tertium gradum, vt ſcilicet, remaneant apud eos ea lege & conditione, qua & exteris relicta caduca fiunt, puta cum ſuo onere, vt cum onere præſtandi legati aut fideicommiſſi, ad hunc modum tractis poſterioribus legibus ad ius antiquum, *l. pater §. vlt. coniuncta l. ſi Titio §. 1. de leg. 2.* Aliud exemplum eſt ex *lege Gallus, §. & quid ſi tantum, & §. quid ſi qui filium, de liber. & poſt.* Duæ ſunt leges de poſtumis heredibus inſtituendis vel exheredandis, qui ſui heredes nobis futuri ſunt. Vna eſt lex 12. tabul. quæ ius antiquum vocatur in *d. l. Gallus*, de iis, qui poſt mortem teſtatoris naſcuntur. Altera ex lex Iulia Velleia de iis, qui poſt teſtamentum viuo teſtatore naſcuntur. Et ad ius quidem antiquum accommodata eſt formula Galli Aquilij, qua nepos ex filio inſtituitur, qui naſciturus eſt, & inſtituitur in caſum mortis filij, non etiam in caſum deportationis vel emancipationis filiifam. At lege Velleia nepos ex filio, qui naſcitur viuo teſtatore, inſtituitur fere in omnem caſum. Et hoc eſt, quod ait *d. §. quid ſi qui filium*, legem Velleiam multos caſus rumpendi teſtamenti abſtuliſſe. Et exemplum quidem huius legis, quæ poſterior eſt, trahitur ad ius antiquum, ita ſcilicet, vt inſtituto poſtumo nepote ex filio, omnes caſus rumpendi teſtamenti inſtitutione comprehendendi poſſint, ſiue viuo teſtatore moriatur filius, ſiue deportetur, ſiue emancipetur, deinde poſt mortem teſtatoris naſcatur nepos, & hoc eſt aliud exemplum. Verum addit Paulus in *d. l. 27.* eundem modum, quem & nos adiecimus huic legi, niſi contrariæ ſint inter ſe priores & poſteriores, id eſt, ſi non contrariæ ſint, vt in *l. 2. C. ſi mancip. ita ven. ne proſtit.* Et contra quoque ſi non, pro niſi, in *l. ſi eum, in fine, ſi quis cautionib. iud. ſiſt. l. liber, in fine, ad leg. Aquiliam*, more Græcorum, qui εἰ μὴ, &c. dicunt pro, niſi. Niſi igitur, inquit, ſint contrariæ, nam ſi ſint contrariæ, poſteriores leges ſunt fortiores. Et ita quia primo capite lex Iulia de Adulter. plane derogat prioribus legibus pluribus, vt Paulus ſcribit libro ſingulari de adulteriis apud Licinium Rufinum, ideo neque lex Iulia trahitur ad priores, neque priores ad legem Iuliam.

Ad leg. 36. de neg. geſt.

Si liber homo, bona fide mihi ſeruiens, mutuam pecuniam ſumpſerit: eamque in rem meam verterit: qua actione id, quod

in rem nostram vertit, reddere debeam, videndum est. Non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit, sed negotiorum gestorum actio danda est: quæ desinit competere, si creditori eius soluta sit.

Liber homo, qui mihi bona fide seruiebat, cum rem meam ageret, mutuam pecuniam sumpsit suo nomine, eamque vertit in rem meam. Quæritur, cognita conditione sua, si vindicauerit se in libertatem, qua actione eam pecuniam ei reddere debeam, quam ipse debet creditori? neque enim teneri eo nomine videor contraria actione negotiorum gestorum, quamuis eam verterit in negotia mea, quia non quasi amici, vt procurator voluntarius, qui & amicus voluntarius dicitur a Cicer. pro Cæcinna, cui competit actio neg. gest. non, inquam, quasi amici, sed quasi domini negotia gessit, non sua sponte omnino, sed quasi ex necessitate seruili? Ideoque videbatur ei non esse danda actio negotiorum gestorum. At nihilominus Paulus censet dandam, & in me esse actionem negotiorum gestorum si non directam, vtilem (vt recte Odofredus sentit hoc loco,) qua scilicet eam pecuniam recipiat, cuius nomine obligatus est creditori, si eam ego creditori, a quo mutuatus est, non solui. Nam si eam creditori solui vltro vel agenti in me de in rem verso, libero homini in me nulla competit actio, cum mea opera a creditore ipso iure liberatus sit, *l. soluendo, inf. hoc tit. l. soluere, inf. de solut.* Atque ideo nihil eius amplius interest, eam pecuniam ei a me reddi, cum obligatione creditæ pecuniæ eum ipse liberauerim. Et hanc Pauli sententiam confirmat lex 3. §. *pen.* & lex 5. §. *si quis quasi seruus, hoc tit.* Et valde placet in hanc rem ratio, quam affert lex 19. §. *si libero, hoc tit.* quia & gerendi negotij mei ille affectum habuit, & is fuit, cui ego obligari potui, & vicissim ipse mihi, fuit: nempe liber homo. Amici sunt quidem plerumque nostri, qui vltro nobis absentibus aut ignorantibus ad negotia nostra accedunt, eaque vtiliter & fideliter administrant, *l. liberto* §. *pen. hoc tit.* Sed non est necesse, vt hæc actio nascatur vltro citroque: eos, qui gerunt negotia nostra amicitia duci ad ea gerenda, satis est, si alio quocunque affectu ducantur. At sicut soluendo creditori, a quo liber homo bona fide mihi seruiens pecuniam mutuatus est, hunc liberum hominem a creditore ipso iure liberari constat, quæritur, an & ego a libero homine, cui teneor negotiorum gestorum soluendo creditori ipso iure liberatus sim? Et ita sentire Paulus videtur: nam actionem negot. gestor. ait competere desinere, si creditori eius pecuniam solui. Desinere competere actionem plane est ipso iure peremptam esse actionem solutione. Verum obstat *l. si opera, de doli mali & met. except.* quæ eum, qui creditori creditoris sui soluit, creditore suo ratum non habente, ait per except. doli mali liberari, opposita, scilicet, compensatione agenti creditori suo, per exceptionem doli, non ipso iure. In hac autem specie liber homo est creditor meus, quia ei teneor actione neg. gest. creditor autem eius est is, a quo pecuniam mutuam sumpsit, quam vertit in rem meam. Huic ergo creditori eius, si creditam pecuniam soluam, non liberor ipso iure a creditore meo, sed per exceptionem doli mali, scilicet, si agat negotiorum gestorum pensando siue reputando, quod pro eo solui creditori eius. Quæstio igitur hæc est, quæ frequens est & quotidiana, vtrum qui soluit creditori creditoris sui ipso iure liberetur a creditore suo, an per exceptionem doli mali, vel an aliquo casu nullo modo liberetur? Qua in re breuiter ita distinguendum est: Aut nulla mihi fuit causa soluendi creditori creditoris mei, quia ei non eram obligatus, nec res vlla mea ei erat obligata, sed malui ei soluere, quam creditori meo; & hoc casu ipso iure non liberor statim a creditore meo nisi ratum habeat, quia potuit eius interesse pecuniam non solui creditori suo, vt in *l. cum pecuniam, inf. hoc tit.* Nec omnino igitur recte soluo creditori tuo, te nec mandante, nec ratum habente, quod tibi debeo. Cur enim non tibi potius soluo? Videor quodammodo inuidere tibi pecuniam debitam, & in ea re non bona fide versari. Si tamen bene & vtiliter res cesserit in rem tuam, nec tua interfuerit pecuniam solui creditori tuo, æquum est, liberari me a te per exceptionem doli mali, vsque ad concurrentem quantitatem, vel etiam hodie ipso iure, quod addi velim ad *l. si opera,* quia quæ in strictis iudiciis ex constitutione Diui Marci inducebatur compensatio per exceptionem doli mali, §. *in bonæ fidei, Inst. de act. l.* 78. *de hered. inst. l.* 22. *ad leg. Falcid.* & vt placuit Iurisconsultis omnibus, hodie inducitur ipso iure, *l. postea quam, inf. de compens. l. vlt. C. eod. tit. l. inter, de adm. tut.* Et omnino ita est, nulla alia ex causa quam ex causa compensationis exceptio doli mali inest strictis iudiciis, bonæ fidei iudiciis inest ex omni causa, nec opponi eam vel allegari necesse est: inest potestate iudicij. Strictis autem iudiciis doli exceptio non inest, nisi ex causa compensationis. At si interfuerit creditoris mei pecuniã, quam ei debebam, non solui creditori suo, hoc casu puto me ab eo nullo modo liberari, nec ipso iure, nec per exceptionem. Et hunc esse sensum *legis inuito, C. de solut.* dum ait, inuito vel etiam ignorante creditore, si alij soluatur, puta creditori creditoris soluentem non liberari ab obligatione, adde, & quidem nullo modo liberari, si interfuerit creditoris sui pecuniam alij non solui, sed sibi. Et hæc quidem de priori membro huius legis. Sequitur aliud membrum. Primum fuit de eo, cui nulla fuit causa soluendi creditori creditoris sui. Secundum est de eo, cui fuit causa soluendi creditori creditoris sui, vt in specie huius legis fuit mihi causa soluendi creditori creditoris mei, quia ex eadem causa ei tenebar actione de in rem verso, vt glossa notat recte ex *l.* 1. §. *vlt. de pec.* non recte ex *l. eum qui in fine, C. quod cum eo qui in alien. potest. est.* quæ non loquitur de libero homine, qui nobis bona fide seruiebat, quo de agimus, nec de actione de in rem verso. Itaque nihil ad eam rem facit. Et hoc quidem casu recte solui creditori creditoris mei, quia ei obligatus eram, & vna solutione tam creditorem meum quam meipsum a cõmuni creditore, & me rursus a creditore meo ipso iure liberaui. Vna solutio dissoluit tres obligationes. Idem euenit in specie legis *solutum* §. *solutam, de pigner. act.* Species hæc est: Si domum tibi a domino locatam tu mihi relocasti, quod iure permittitur certa mercede, qua ex causa friuola & vasa quæcũque mea in eam domum induxi, intuli, importaui, inuexi, tacite mercedis nomine, non tantum tibi locatori meo, sed etiam locatori tuo pignorata sunt, vt in *d.* §. *solutam.* Et ideo si mercedem locatori tuo soluero, non tibi, recte solui, quia friuola mea ei quoque pignorata erant, atque ita iusta mihi fuit causa ei soluendi. Proinde quia recte solui, consequens est, me a te recte liberari, atque adeo me posse experiri aduersus te pigneratitia actione de pignerat. recuperandis, de friuolis inuectis, illatis in eam domum recuperandis, te autem liberari a locatore tuo pari pecunia. Et hæc distinctio summe notanda est.

Ad l. 10. vlt. de eo, quod certo loco.

Si post moram factam, quo minus Capuæ solueretur, cum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine: videamus ne ea pecunia, quæ ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione, adeo vt nunc quoque sorte soluta, vel si Capuæ petatur, arbitrium iudicis cesset: nisi si quis dicat, si iudex centum & viginti condemnare debuerit, centum solutis ex vniuersitate, tam ex sorte, quam ex pœna solutum videri, vt supersit petitio eius, quod excedit sortem: & accedat pœna pro eadem quantitate, quod non puto admittendum; tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videtur.

Sciendum est, debitorem, qui certo loco veluti *Capuæ,* centum stipulanti promisit, non posse alio loco, puta Romæ soluere, inuito stipulatore, aut inuitum stipulatorem non cogi accipere centum, quæ Romæ offeruntur, aut non accipientem minime, culpari *l.* 2. §. *idem Iulianus, l. pen. hoc tit.* Volenti creditori certum est, debitorem alio lo-

co poſſe ſoluere, *l. continuus* §. *cum ita, de verb. oblig.* Sciendum etiam eſt, eum debitorem non poſſe alio loco, quam quo dari promiſit, conueniri pure & ſimpliciter, nulla facta mentione loci, quo dari debuit, puta nulla facta mentione Capuæ: alioquin actor plus peteret loco, & in periculum veniret amittendæ litis, ſiue rei ſuæ. At facta mentione Capuæ, poteſt Romæ vel alio loco conueniri, hoc modo, *ſi paret te mihi centum Capuæ dare oportere.* Quoniam hoc genere non ſupprimit locum, non aufert reo vel actori vtilitatem loci, ſiue non impedit, quin iudex habeat rationem loci, quo dari debuit. Et hæc actio eſt prætoria auctore Theophilo in §. *loco, de act.* non autem ciuilis ſiue vtilis ex ſtipulatu, vel ex alio negotio ſtricti iuris, *l. 1. h. tit.* & proprio nomine arbitraria appellatur, quia in ea arbitrio iudicis, qui huic actioni addictus eſt, permittitur vt æſtimet ex bono & æquo quanti interſit rei vel actoris Capuæ pecuniam dari, *l. 2. in princ. & §. vlt. h. tit. l. vlt. C. vbi conuen. qui cert. loc. dare promiſit,* vt, inquam, æſtimet, quanti interſit rei, Capuę potius dari centum, quam alibi, videlicet, ſi per actorem mora fuerit, quo minus Capuæ oblatam pecuniam acciperet, & eo deducto in reliquum condemnatio fit. Ergo minoris pecuniæ condemnatio fit, vt ſi rei interſit in 20. condemnatio fit in octoginta tantum, vel etiam vt æſtimet, quanti actoris interſit Capuæ potius dari, quam Romæ vel alio loco, quam in quo dari ſtipulatus eſt: videl. ſi per reum mora fuerit, quo minus Capuæ ſolueret centum, & eo amplius condemnatio fit, maioris pecuniæ igitur. Nam & in centum reus condemnatur, quæ ſunt in obligatione, & in quantum actoris intereſt Capuæ dari, vt in hac *l. & l. centum Capuæ, hoc tit.* id eſt, ſorti, quæ eſt centum ex ſententia iudicis, hoc caſu accedit æſtimatio eius quod intereſt. Hoc præmiſſo, finge: poſt moram rei qui mihi promiſerat, ſe centum daturum Capuæ, cũ vellem Romę cum eo agere actione arbitraria, is vt eam actionem paulisper differret, eius actionis nomine mihi fideiuſſorem dedit, eius actionis nomine, id eſt, in omnem cauſam arbitrariæ actionis. Quæritur vtrum fideiuſſor obligetur tantum in ſortem, id eſt, in centum, an etiam in id quod ratione eius, quod intereſt actoris ex ſententia & arbitrio iudicis, accedere potuit, vel poteſt? Et verius eſt fideiuſſorem obligari tantum in centum, quia fideiuſſor acceſſio & ſequela eſt principalis obligationis. In obligatione autem principali ſunt centum tantum, non etiam id quod huic ſummæ accedere potuit arbitrio iudicis conuento reo, vel conuento fideiuſſore, qui rei locum obtinet, & actione arbitraria ſimiliter, atque reus, conueniri poteſt vt ait lex *centum*, quia mora rei, & fideiuſſori nocet, *l. mora, de verb. obligat. l. ſi quis ſolutioni* §. 1. *de vſur. l. quæro, loc.* Aliud vero eſt aliquid eſſe in obligatione, aliud venire aut præſtari poſſe arbitrio ſiue officio iudicis, *d. l. quæro, d. l. centum, & l. qui per colluſionem* §. *vlt. de act. emp. l. deducta, in princ. ad Trebell.* Illud debetur, quod ſcilicet eſt in obligatione. hoc proprie non debetur, antequam iudex arbitratus fuerit, in cuius poteſtate eſt de eo, ſi velit, nihil arbitrari, aut decernere. Denique illud eſt certum & finitum obligatione, hoc autem eſt arbitrarium & incertum. Denique quod arbitrio iudicis ſorti accedere poteſt, & adiungi ſorti, non eſt in obligatione principali, ergo nec in fideiuſſoria, quia fideiuſſoris non poteſt durior eſſe conditio, quam rei principalis. Nec mutat, quod reus iam fecerit moram in ſorte ſoluenda Capuæ: nam mora rei, neque rei, neque fideiuſſoris eius obligationem auget, id eſt, quod moram reus fecerit, non ideo in plus obligatur reus, vel fideiuſſor: ſed ſi conueniatur in plus, damnari poteſt arbitrio iudicis propter moram rei, quæ vtique ſemper vtrique nocet. Effectus huius legis ſententiæ hic eſt, quia ſi poſtea creditor a reo vel fideiuſſore Capuæ petat, quod loco dari debuit, ſortem duntaxat petere poteſt, pura actione, ſine adiectione loci, cum non petat alio loco, quam quo dari debet. Iterum dico, ſortem duntaxat petere poteſt pura actione, *d.* §. *loco, Inſtit. de act.* non etiam petere poteſt id, quod eius interfuit pecuniam Capuæ maturius ſibi dari, quodque

ſi egiſſet alibi arbitraria actione, officio iudicis a reo vel fideiuſſore, quem elegiſſet, conſequi potuiſſet, quia id etiam, ſi debitor moram fecit, neque debetur pura & directa actione, quæ ſola inſtitui poteſt Capuæ, neque eſt in obligatione, *l. 4. en princ. h. tit.* Et ſimili modo poſt moram quoque debitoris quocunque loco ſorte ſoluta a reo vel fideiuſſore eius volenti creditori: quo genere tollitur omnis obligatio, nullum ſupereſt officium, nullum arbitrium iudicis, quia nec vlla ſupereſt obligatio cui accedere aut ſubſeruire poſſit. Denique nullus actioni arbitrariæ locus ſupereſt, quia creditor petendo Capuæ vel accipiendo ſortem eodem vel alio loco, tacita conuentione videtur remiſiſſe debitori pœnam, id eſt, vtilitatis ſuæ æſtimationem, ſiue id, quod arbitrio iudicis accedere potuit, ſi alibi egiſſet actione arbitraria in reum vel fideiuſſorem. Pœna dicitur in hac lege, quia moræ coercitio eſt: qua ratione & vſura, quæ propter moram infligitur, pœna dicitur in *l. lecta, de reb. cred. l. qui ſine vſuris, de neg. geſt. l. 90. de verb. oblig.* Denique creditor nunc quoque, vt ait Paulus, id eſt, poſt moram debitoris, quod ſolum Gloſſa recte interpretata eſt, petendo Capuæ pura actione vti poteſt, vel alibi ſortem oblatam accipiendo videtur remiſiſſe & perdonaſſe commodum arbitrariæ actionis. Et ita Paulo videtur hoc loco & Africano in *d. l. centum*, & Marcello in *l. 2.* §. *idem Iulianus, hoc tit.* Duos ergo lex ponit caſus, quibus creditor intelligitur remiſiſſe pœnam, id eſt, id quod intereſt ratione loci: vnum, ſi Capuæ ſortem petat: alterum ſi quoquo loco ſortem ſolutam accipiat. Textus βασιλικῶν addit tertium caſum, ſi alio loco agat arbitraria, & iudex ratione eius, quod intereſt non habita, reum damnet in ſortem tantum. Primum ait, εἰ λάβῃ τὸ κεφάλαιον. *ſi acceperit ſortem.* Hic eſt primus caſus. Deinde ἢ ἐναγάγῃ ὅπου καταβληθῆναι συνέδοξεν, id eſt, *vel ibi petatur, vbi ſolui placuit*: Hic eſt ſecundus caſus. Tertius eſt, ἢ εἰς μόνον τὸ κεφάλαιον ὁ ἐναγόμενος καταδικασθῇ, id eſt, *vel ſi in ſortem tantum reus condemnatus ſit.* Itaque auctores Baſilicῶn, quorum Pandectæ erant integriores, vt ex aliis locis oſtendimus, videntur legiſſe in hac lege hoc modo, adeo vt nunc quoque ſorte ſoluta, vel ſi Capuæ petatur, qui ſunt duo caſus. Præterea videntur legiſſe, *vel ſi in ſortem duntaxat reus damnetur a iudice addicto arbitrariæ actioni,* & ſequitur, *arbitrium iudicis ceſſet,* id eſt, vt his tribus caſibus arbitrium iudicis ceſſet. Recte: Nam & hoc caſu tertio certum eſt petenti id, quod intereſt, obſtare exceptionem rei iudicatæ, vt fit in bonæ fidei iudiciis, in quibus vſuræ, quæ officio iudicis præſtantur, non debentur ex obligatione, ſi ſortis tantummodo facta ſit condemnatio, earum vſurarum petitio ceſſat, aut ſane petenti obſtat exceptio rei iudicatæ, *l. 4. C. depoſ. l. in bonæ fidei, C. de vſur.* (quia vt eleganter ait l. 4. ſicut & in hoc tit. *l. centum.*) non ſunt duæ obligationes, duæve actiones, vna ſortis, altera vſurarum, ſed vna ſortis tantum, cui tamen officio iudicis ex mora accedere poſſunt vſuræ, vel ſi habeatur ratio loci aut temporis, quo dari debuit, etiam æſtimatio eius, quod intereſt, ratione loci vel temporis. Nam vis huius actionis arbitrariæ, quæ aptata eſt iudiciis tantum ſtrictis, ipſo iure ineſt omnibus iudiciis bonæ fidei, *l. 7. hoc tit. l. 5. in princ. commod.* At quia in ſpecie propoſita vna eſt obligatio ſolius ſortis poſt moram debitoris facta condemnatione in ſortem tantum, ceſſat arbitrium iudicis, ſiue de vſuris tractetur, quæ venire ſolent officio iudicis, ſiue tractetur de æſtimatione, quod intereſt ratione loci vel temporis, quæ officio iudicis committitur: Eademque prorſus ratio eſt ſortis ſolutæ poſt moram: nam vſuræ quæ in bonæ fidei iudiciis officio iudicis accedere poſſunt, non debentur, neque peti poſſunt, *l. qui per colluſionem* §. *vlt. de act. emp.* Ac ſimiliter, quum quid bonę fidei iudicio certo loco dari oportet, ſoluta ſorte poſt moram debitoris arbitrium iudicis ceſſat, ſicut in iudiciis ſtrictis obſeruandum eſſe Paulus docet hoc loco, improbata ſententia illorum, qui poſt moram ſoluta ſorte exiſtimabant ſupereſſe petitionem pœnæ, id eſt, eius quod intereſt. In qua ſententia fuit Iulianus & Vlpianus, *d. l. 2.*

§. *idem Iulianus*. Improbata etiam media sententia, quæ tamen erat probabilior, ercifcundorum (fic vocantur a Seruio, qui in dubiis quæstionibus eligunt mediam viam) qui dicebant fummam folutam post moram imputari pro rata debere tam forti, quam pœnæ, quæ arbitrio iudicis accedere potuit, vt fi forti centum accedere potuerunt viginti, centum folutis, foluta ea fumma videatur ex vniuerfitate, id eft, tam ex forte, quam ex pœna pro rata, & fuperfit petitio refiduæ fortis, eique pro modo eius accedat pœna officio iudicis. Quo loco in hac l. horum fententiam refert Paulus. Eft modicum vitium ab interpunctionibus, quia post hæc verba, *centum folutis*, oportet defigere virgulam, non post illa, *centum folutis ex vniuerfitate*. Horum fententia, vt ait Paulus, fequenda non eft, quamuis fequatur mediocritatem ratione fupradicta, quia creditor accipiendo fortem, intelligitur omnino remififfe pœnam. Quod fi hanc fententiam Paulus non admittit, quæ media eft, & probabilior, multo minus admittit fuperiorem Vlpiani & Iuliani, quæ præcedit, forte foluta fupereffe integram petitionem eius, quod intereft. Quod Paulus destricte negat, quia folutione fortis, fublata eft omnis obligatio, & pœna non eft in obligatione. Ac præterea fortem accipiendo eam condonaffe creditor intelligitur: quam rationem lex *centum* oftendit etiam feruandam effe, foluta parte fortis, eandem fcilicet rationem feruari foluta parte fortis, quæ feruatur foluta tota forte, quia & foluta parte non totius fortis, fed partis tantum non folutæ, quod intereft arbitrio iudicis præftatur.

De erroribus Doctorum in hanc quæftionem & fententiam, dixi fatis abunde, deque re tota fufius ad Africanum in *l. centum*. Illinc affumes cætera, quæ ad hunc locum pertinent.

Ad leg. 18. de peculio.

Cui confequens eft, vt fi Sticho peculium fuum legatum fit, ifque ex teftamento agit: non aliter cogetur id quod vicarius eius teftatori debet, relinquere: nifi is, id eft, vicarius peculium habeat.

Agitur hac l. de feruis qui vocantur ordinarij, & vicarij, & de peculio eorum. Quæftio fubtilis. Seruus ordinarius eft maioris cuiufdam actus feruus, veluti difpenfator, vel actor rerum domini, qui ponitur fupra rationes, & plerunque fub fe habet alium feruum, qui vicarius eius dicitur, vel plures alios feruos vicarios, *l. 12. fup. de inftit. act.* Vicarius igitur eft, quafi feruus peculiaris ferui ordinarij: ficut peculium ordinarij, in quo eft vicarius, eft quafi patrimonium eius, vt dicitur, *l. feq. l. 39. hoc tit. l. fi decem 2. de ftatulib.* §. *actiones, Inftit. de act.* quafi patrimonium, non vere patrimonium eius, quia feruus nihil in bonis proprium vel in patrimonio habere poteft. Quamobrem etiam peculium non poffidet ciuiliter, *l. quod feruus, l. poff. quoque, de adq. poff.* fed id quafi poffidet: & non patrimonium, vt dixi, fed quafi patrimonium habet, concedente domino. Et vfque ad eum finem, dum id ei dominus ademerit, quod adimit vel nuda voluntate, *l. ftatim, h. t.* Alioqui fi peculium non intelligeretur effe in patrimonio ferui, non poffet a domino ei legari vel donari. Nam res mea mihi legatur, & donatur fruftra. Ergo interim, dum patitur dominus, eum habere peculium, quidquid eft in peculio, intelligitur effe non in dominio domini, fed quafi in dominio ferui, puta feruus vicarius intelligitur effe feruus ferui ordinarij, non domini, *l. fuos* §. *vlt. de leg. 3. l. 16. de pec. leg.* Denique feruus ordinarius intelligitur effe quodammodo dominus ferui vicarij, & ita appellatur in *l. prox. fup.* quamuis reuera vterque fit in eiufdem domini poteftate, inuicemque conferui fint, vt etiam in *l. fup.* vicarius dicitur conferuus ordinarij, & illo loco Horatij:

Siue vicarius eft, qui feruo paret, vti mos
Vefter, ait, feu conferuus.

Proinde ficut in Comœdiis Plauti fæpe duo domini vnius ferui conftituuntur, maior & minor, id eft, paterf. & filiusf. ita recte dices vicarium duos habere dominos maiorem & minorem: dominum & dominulum, vel dominum, & quafi dominum. Ad hæc fciendum eft, eum, qui eft vicarius vnius cuiufdam ferui ordinarij, poffe alteri ordinarium effe, id eft, vicarij vicarium effe poffe, ergo & vicarium peculium habere poffe. Nam feruus vicarius nihil aliud eft, quam ferui feruus peculiaris. Quod fi vicarius feruum in peculio habere poteft, hoc eft vicarium feruum, & aliam igitur quamcunque rem & generaliter peculium. At ficut vicarius ipfe, ita vicarij vicarius, peculiumque omne tam fuum quam vicarij fui intelligitur effe in peculio primi ferui ordinarij, vt oftendit lex fuperior, *& l. quam Tuberonis* §. *in peculio, h. tit. & l. pen. de pec. leg.* Ac proinde, qui agit aduerfus dominum de peculio ordinarij, videtur fimul agere de peculio vicarij eius: Nec amplius de peculio vicarij agere poteft, qui de peculio ordinarij egit femel, quia peculium vicarij eft in peculio ordinarij: ex diuerfo peculium ordinarij non eft in peculio vicarij: ficut patrimonium fummi domini non eft in peculio ordinarij. Et ideo, qui agit de peculio vicarij, non agit etiã de peculio ordinarij, vel poftquam egit de peculio vicarij, non prohibetur agere de peculio ordinarij, quod proponitur initio legis feq. Sicut poftquam dominus perfecutus eft peculium ferui fui, non prohibetur poftea perfequi fuum patrimonium, quoniam fuum patrimonium non eft in peculio ferui fui. Et ita hac in re multum intereft de peculio ordinarij agatur in iudicio, an de peculio vicarij. Itemque in alia re intereft multo magis. Certum enim eft dominum ex perfona ferui ordinarij conuentum actione de peculio in primis deducere, & detrahere, id quod fibi feruus ordinarius debet naturaliter, quia ciuilis obligatio in feruum non cadit, *l. nec feruus, h. tit.* idque deducere tam ex peculio ordinarij quam ex peculio vicarij. Nam & peculium vicarij eft in peculio ordinarij: ficut peculium ferui eft etiam in patrimonio domini, & ordinarius vicario pro domino eft, *l. prox. fup.* At, vt ead. lex oftendit, non deducit tamen dominus conuentus actione de peculio ex contractu ordinarij, ex peculio ordinarij: non deducit, inquam, quod fibi ordinarius debet, fed ex peculio vicarij tantum & feorfim. At quod fibi ordinarius debet, id fane deducit ex vniuerfitate, id eft, ex peculio vtriufque. Itemque id quod ordinarius debet conferuo fuo, non vicario, id eft, qui ei vicarius non eft, id etiam dominus deducit ex peculio vtriufque, quia id etiam fibi debere ordinarius intelligitur, quod conferuo fuo debet, *l. 9.* §. *1. hoc tit.* Neque vero huic deductioni proponi vllum priuilegium vlufve creditor priuilegiarius poteft, *l. 52. inf. h. tit.* quia cæteros omnes ferui creditores etiam priuilegiarios dominus præueniffe, & cum feruo fuo egiffe, ac fibi debitum abftuliffe creditur, *d. l. 9.* Et ideo hoc minus eft in peculio ferui, quod feruus domino vel conferuo non vicario debet, quia nec verifimile eft, dominum id concedere feruo in peculium habere, quod fibi vel ei quem habet in poteftate debetur, *d. l. 9.* §. *præterea.* Hoc igitur deducto quod fupereft, id folum peculium intelligitur, & ad modum finemque eius dominus, qui ex contractu ferui de peculio conuenitur, condemnatur. Dixi dominum ante omnia deducere id, quod feruus, ex cuius perfona conuenitur, conferuo debet, fi is conferuus non fit vicarius eius. Sane ita eft: Nam fi fit vicarius eius, dominus conuentus de peculio ordinarij non deducit quod ordinarius vicario debet, quamuis fit conferuo debitum. Nam & vicarius, conferuus eft. Et hoc oftenditur in §. *cum autem, Inft. quod cum eo qui in alien. pot.* Et a Theophilo perelegans ratio redditur, iam ante vexata fæpe, quia feruus vicarius eft in peculio ordinarij, & in computatione peculij, quod ad feruum ordinarium fpectat, vicarius eius fuo pretio peculium ordinarij auget: fi auget, non poteft igitur id etiam minuere ob id quod fibi ordinarius debet: Nam hæc funt contraria, augere & minuere. Et duo contraria eodem momento ab eodem, in re eadem effici non poffunt. Et eadem eft ratio qua vtitur Vlp. in *l. prox. fup.* cum ait, ideo de peculio ordinarij non deduci, quod ordinarius vicario debet, quia, inquit, peculium vicarij in peculio

culio ordinarij eſt. Imperfecta eſt ratio, quæ ſic abſoluatur. In peculio autem vicarij eſt quod ordinarius, (qui quaſi dominus eſt ei vicario,) debet: ſicut in peculio ſerui cuiuſque eſt quod dominus ei debet, *l. quam Tuberonis §. vlt. hoc tit.* Denique id quod ordinarius vicario debet, eſt in peculio vicarij, ergo auget peculium vicarij, & conſequenter auget peculium ordinarij. Rurſus ſi auget peculium ordinarij, ergo minuere id etiam non poteſt, & conſequenter deduci id a peculio ordinarij non poteſt. Nam omnis deductio minuit: aut ſi deducatur vna manu (quod recte Accurſ. ait) id mox altera manu reponetur in peculio ordinarij, quia auget peculium ordinarij: qua ratione etiam ſeruo ordinario legato peculio cum libertate (alioqui eſſet inutile legatum) heres non poſſet deducere, quod ordinarius vicario debet quodve aliudcunque in peculio vicarij eſt, *l. id quod, de pecul. leg.* Et hæc ſi dominus conueniatur de peculio ſerui ordinarij. Videamus nunc, quid ſit dicendum ſi dominus conueniatur de peculio vicarij? Et conſtat deduci quod vicarius debet domino, qui conuenitur quique dominus eſt maior tam vicarij quam ordinarij. Deduci etiam quod vicarius debet ordinario, qui minor eius dominus eſt, quaſi conſeruo debitum, vt in *l. ſuper.* palam Vlpianus ſcribit. Excipiendus eſt tantum caſus, quo locus eſt actioni tributoriæ, non de peculio, vt cum vicarius eſt negotiatus in mercede peculiari, ignorante maiore domino, ſciente minore, id eſt, ordinario ſeruo, *l. 5. § 1. de trib. act.* Hinc exiſtunt hæ differentiæ, quæ rem omnem finient, quibus amplius intelligemus, multum intereſſe, vtrum cum domino agatur de peculio ordinarij, an de peculio vicarij. Differentiæ hæ ſunt. Si agatur de peculio ordinarij, dominus non deducit, quod ordinarius vicario debet, quia id auget peculium vicarij. Ergo & peculium ordinarij, & ſi auget, non minuit. Igitur ſi non minuit, nec deductioni locus eſt, quia deductio, diminutio & detractio eſt. At ſi agatur de peculio vicarij, dominus deducit, quod vicarius ordinario debet, quia id ſane minuit peculium vicarii. Item eſt alia differentia: Si agatur de peculio ordinarii, dominus deducit ex peculio vtriuſque quod ſibi vel conſeruo non vicario ordinarius debet. Sin autem agatur de peculio vicarij, dominus non deducit ex vtriuſque peculio, quod ſibi vicarius debet: quia peculium ordinarii non eſt in peculio vicarii, ſed id deducit tantum ex peculio vicarii, non ex peculio ordinarii. Quamobrem in hac lege dicitur, etiam peculio cum libertate legato ordinario ſeruo, ſi ordinarius ex teſtamento petat legatum, heredem non deducere ex peculio ordinarii, quod vicarius teſtatori debet, ſed ex peculio vicarii tantum, vel ſi vicarius exſpeculiatus ſit, id eſt, non habeat peculium, id cedit dãno heredis, ſicut ceſſiſſet damno etiam teſtatoris, quia id heres non poteſt deducere ex peculio ordinarii. Quæ ſententia huius legis confirmatur etiam *l. depoſui §. Stichum, h. tit. & l. Stichus, de pecul. leg.*

Ad l. 52. eod.

Ex facto quæritur, qui tutelam quaſi liber adminiſtrabat, ſeruus pronuntiatus eſt: an ſi conueniatur dominus eius a pupillo (cuius quidem potiorem cauſam, quam creditorum cæterorum ſerui habendam reſcriptum eſt) an vel id deducatur ex peculio quod domino debetur. Et ſi putaueris poſſe deduci, an interſit, vtrum, cum adhuc in libertate ageret, domini debitor factus eſt, an poſtea; & an de peculio impuberi competat. Reſpondi. Nullum priuilegium præponi patri vel domino poteſt, cum ex perſona filij vel ſerui de peculio conueniuntur. Plane in cæteris creditoribus habenda eſt ratio priuilegiorum: Quid enim ſi filius dotem accepit, tutelam adminiſtrauit? merito igitur & in ſeruo, qui pro tutore egit, id reſcriptum eſt. Et quia occupantis melior ſolet eſſe conditio, quam cæterorum, inhibebitur actio. Plane ſi ex re pupilli nomina fecit, vel pecuniam in arca depoſuit, datur ei vindicatio nummorum, & aduerſus debitores vtilis actio; ſcilicet ſi nummos conſumpſerunt. Hic enim alienare eos non potuit. Quod & in quouis tutore dicendum eſt. Nec tamen intereſſe puto, quando domino debere cœpit, vtrum cum in libertatis poſſeſſione eſſet, an poſtea. Nam & ſi Titij ſeruo credidero, eiuſque dominus eſſe cœpero, deducam quod prius credidi, ſi conueniri de peculio cœpero. Quid ergo eſt? quia de peculio actio deficit, vtilis actio in dominum quaſi tutelæ erit; vt quod ille pro patrimonio habuit, peculium eſſe intelligatur. §. 1. Si dos filiofamil. ſit data, vel tutelam adminiſtrauerit: habenda erit ratio priuilegiorum in actione de peculio, dilata interim cæterorum creditorum actione, vel interpoſita cautione, ſi priores agant, qui priuilegium non habent, reſtitutum iri quod acceperunt, ſi inſeratur poſtea cum patre actio priuilegij.

HÆc l. eſt de peculio, & in ea quæſtio huiuſmodi proponitur: Seruus quidam cum haberetur, & ſe ageret pro libero, vtereturque ſuo peculio, tanquam patrimonio, non peculio, geſſit etiam ſe pro tutore, ac pupilli cuiuſdam tutelam, quod liberale tamen, non ſeruile officium eſt, adminiſtrauit, deinde in ſeruitutem petitus & ſeruus pronuntiatus eſt. Quæritur, ſi cum domino eius pupillus agat tutelæ, vel potius protutelæ de peculio, an dominus, quaſi potior pupillo, prior deducere poſſit & detrahere, quod ſibi ſeruus debet? Mouet dubitationem priuilegium exactionis, quod pupillus habet, ſiue agat tutelæ, ſiue protutelæ, *l. dabimus, de reb. auct. iud. poſſid. l. vlt. de tut. & rat. diſtrah. l. aliam, de nouat. l. ex plurib. de admin. tut.* Et tamen Paulus ait, dominum pupillo eſſe potiorem, & (quod amplius eſt) nullum priuilegium poſſe præponi domino, neque tutelæ priuilegium, neque fiſci priuilegium (vt opinor) neque dotis, vt eſt proditum euidenter in *l. ſi cum dotem §. vlt. ſol. matr.* Priuilegium deductionis, quod domino competit cætera omnia priuilegia ſupereminere. Priuilegium deductionis dicitur in *l. 1. in princ. & l. 5. in tributum, de tribut. act.* & prærogatiua deductionis, *l. circa, de admin. tut.* Prior ergo dominus deducet, quod is ſibi ſeruus debet. Idque verum eſt (vt docet) indiſtincte, id eſt, ſiue id ei ſeruus debere cœperit, cum eſſet in poſſeſſione libertatis, ſiue poſtea. nam & dominus deducere poteſt, quod ſibi ſeruus debere cœpit, antequam veniret in ſuam poteſtatem, cum eſſet in poteſtate alterius, *l. 9. §. ſed & creditor, hoc tit.* Denique priuilegium deductionis, quod domino competit omnimodo potentius eſt priuilegio tutelæ, quamuis huic priuilegio tutelæ coniuncta etiam ſit tacita hypotheca in bonis tutoris aut protutoris, *l. pro officio, C. de admin. tut. l. vnica §. & vt plenius, C. de rei vxor. act. l. vn. C. rem alien. ger. l. vlt. C. de legit. tut.* Priuilegium, inquam, deductionis eſt potentius priuilegio tutelæ, quamuis priuilegio tutelæ iuncta ſit hypotheca omnium bonorum tutoris & protutoris. Et alia eſt ratio *l. 5. §. qui tamen, ſup. de tribut. act.* quæ domino præfert creditores ſerui hypothecarios, quia (vt breue faciam) ea lex non eſt de actione de peculio, ſed de actione tributoria, in qua ceſſat priuilegium deductionis, & longe alio ordine ac iure res geritur & regitur, quam in actione de peculio. At deducto eo, quod domino debetur, ex eo, quod in peculio ſupereſt, pupillo ſatisfiet iure ſui priuilegii: ſi alii ſint creditores, ante omnes, eiſque omnibus pupillus præfertur, circa de peculio vtilem protutelæ actionem. Dico vtilem, quia vt Paulus ait, qui initio id in quæſtionem deduxerat, tandem concludit, & infert ex longiori diſputatione ſua, quæ præcedit, his verbis, *quid ergo eſt?* Summo & directo iure pupillo in dominum non competit actio de peculio, quia quo tempore ſeruus tutelam adminiſtrauit, in poſſeſſione libertatis fuit, & peculio quaſi ſuo proprio patrimonio vtebatur. Non igitur geſſit tutelam, ſed quaſi liber. Verum ex reſcripto Diui Seueri, vt eſt proditum in *l. 1. §. proinde, inf. de eo qui pro tut. geſſit.* in dominum ex hac cauſa pupillo datur, quaſi tutelæ ſiue protutelæ vtilis actio de peculio: vt ſcilic. quod ille ſeruus pro patrimonio habuit, cum tutelam adminiſtraret, peculium eſſe intelligatur. Idque Seueri reſcriptum Paulus in hac l. proculdubio intelligit, illo loco, *merito igitur hoc in ſeruo, qui pro tutore egit, id reſcriptum eſt.* Proinde deducto eo,

quod domino is seruus debet, habebitur ratio pupilli agentis de peculio vtili actione, & pupillus præferetur cæteris omnibus serui creditoribus. Et hoc est quod ait; *in cæteris creditoribus*, id est, post dominum, siue post priuilegium deductionis, quod dominus exercuit conuentus de peculio, tum demum absoluto scilicet & adimpleto domino, in cæteris creditoribus, haberi rationem priuilegiorum, sicut fit, quum pater conuenitur de peculio ex persona filiifam. Nam deducto in primis eo, quod patri filiusfamil. debet naturaliter, inter cæteros creditores seruatur priuilegiorum ratio, & ex residuo peculio primitus satisfit mulieri, quæ nupsit filiofam. diuortio facto dotem suam repetenti, aut primitus satisfit pupillo, si filiusfam. eius tutelam gessit. Et hoc est, quod subiicit Paulus: *Quid enim si filius dotem accepit, tutelam administrauit?* quæ oratio soluta accipienda est pro disiuncta, vt indicat §. vltim. in quo ea verba plenius ab eodem explicantur. Itaque quoad mulieri dos, aut pupillo tutela restituta sit, interim cæterorum creditorum, qui priuilegium non habent actio differtur, sustinetur, inhibetur, vt Paulus loquitur. pro *inhibetur*, male vulgo ante Florentinam legebatur, *in id dabitur*, pro *inhibebitur*. Et inhibetur actio cæterorum creditorum, qui priuilegium non habent, quoad priuilegiariis satisfactum sit. Qua ratione? ne alij creditores occupent agere, retinere & suum recipere: Quia hoc est certissimum, & præcipue notandum ex hac lege, inter plures creditores occupantis, vigilantioris, diligentiorisque meliorem esse conditionem, quam cæterorum, etiamsi cæteri priuilegiarij sint, id est, melior est conditio eius, qui iam suum recepit. Et hoc est potissimum quod dicitur, *vigilantibus ius ciuile scriptum est, l. pupillus, inf. quæ in fraud. cred. l. summa §. 1. hoc tit. l. 2. C. de ann. except.* Vigilantibus, inquam, non, vt Basilica addunt, iis qui graui somno sepulti sunt, ἀλλ᾽ οὐ τοῖς βαθέως, &c. Nam præcepta viuendi, obtinendæque rei suæ ius ciuile dat, quibus ciues vtantur, non quæ negligant. Igitur ne vigilantia & festinatio quorumdam creditorum, qui priuilegium non habent, priuilegiarios occupatione præueniat, melius est interim quoad priuilegiariis satisfactum sit, illorum, qui priuilegium non habent, actionem inhiberi: aut si forte agere eis permittatur, cautionem ab iis initio litis exigi, cautionem, inquam, huiusmodi, pecuniam quam acceperint, si post ea cum patre vel domino priuilegiarij agant de peculio, eis restituiri, vt est scriptum ab eodem in fine huius legis. Cautione opus est, quia non idem datum est priuatis creditoribus, quod fisco. Nam priuilegiarius priuatus creditor priuilegiario non præfertur, sed occupantis melior est conditio, vt notatur in *l. priuilegia, de reb. auctor. iud. possid.* & in *l. vn. C. de priu. do.* Fiscus autem, qui vtique semper est priuilegiarius creditor in actionibus personalibus, præfertur omnibus aliis creditoribus etiam priuilegiariis, quia non nisi post fiscum priuilegiarij sunt, *l. quod quis, de reb. auct. iud. possid.* Qua ratione etiam fiscus pecuniam, quam alij creditores, qui priores egerant, & sibi vigilarant, in solutum acceperunt, etiamsi nulla ea de re cautio præbita sit eis, extra ordinem per prætorem auferre potest, nec occupantium, aut vigilantium aduersus fiscum melior conditio est, *l. deferre §. vlt. de iure fisci, l. 5. C. de priuil. fisci.* Non est omittendum, quod ad hæc Paulus adnotauit: si is seruus, qui se pro libero & pro tutore gerebat, ex pecunia pupillari nomina fecerit, ea scilicet pecunia fœnori occupata, pupillo præter vtilem actionem de peculio, quam habet in dominium, dari etiam vtilem actionem creditæ pecuniæ, vel ex stipulatu aduersus debitores eius, licet tutor, aut protutor eam pecuniam suo nomine, non pupilli nomine crediderit, vel sibi stipulatus fuerit. Hoc enim in pupillo & in adolescente, & in milite, & in mente lapso vulgo receptum est, *l. si pecuniam, de rebus cred. l. 2. quand. ex facto tutor. vel curat. l. 2. C. eod. tit.* Quod ita procedit, si debitores iam pecuniam consumpserint, quia consumptio conciliat mutuum siue creditum, atque confirmat, quod non conciliarat numeratio, *l. non omnis, in fine, l. nam etsi fur, de reb. cred. l. si quis pro eo §. si nummos, de fideiussor.* Nam si ea pecunia adhuc extet apud debitores, pupillus eius pecuniæ quasi suæ vindicationem habet, quia eam is seruus alienare non potuit, nec ex ea rite facta nomina, mutuumve rite contractum est, quia non est factum de meo tuum. Fuit enim pupilli pecunia, non peculiaris serui. Certissimum etiam est, pecuniæ pupillaris, quam is seruus quasi tutor in arca pupilli deposuit, vel etiam aliarum rerum quas ex pecunia pupilli comparauit, vindicationem pupillo competere, nec in ea pecunia, eisve rebus dominum conuentum de peculio, vti posse priuilegio deductionis, *l. circa, de admin. tut.* quia ea pecunia, vel eæ res, non sunt etiam in peculio serui, nec veniunt in actionem de peculio, *l. deposui, in princip. sup. hoc tit.* Et hæc sufficiant ad explicationem huius legis.

Ad leg. 19. de in rem verso.

Filiusfamilias togam emit. mortuo deinde eo, pater ignorans, & putans suam esse, dedicauit eam in funus eius. Neratius libro responsorum ait, in rem patris versum videri. In actione autem de peculio, quod in rerum natura non esset, vno modo æstimari debere, si dolo malo eius, quo cum agatur, factum esset. Atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est: non nunc, quo funerabitur: sed quo tempore emit. Funus enim filij æs alienum patris est. Et hoc Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putauit, ostendit, negotium hoc (id est, sepulturam & funus filij) patris esse æs alienum, non filij. Factus est ergo debitor peculij, quamuis res non extet, vt etiam de peculio possit conueniri. In quam actionem venit, & quod in rem versum est. Quæ tamen adiectio tunc necessaria esset, cum annus post mortem filij excessit.

HÆc lex breuis est, explicatu vero difficilis, quia imperfectæ sunt rationes Pauli, & Glossæ huius l. sensum expedire non possunt. Vt perspicue intelligatur, sciendum & repetendum hoc est in primis ex *tit. prox. sup.* post mortem filij vel serui habentis peculium (quod de filio, idem existimato obtinere in seruo) post mortem, inquam, filij ex contractu serui habito cum alio, quamvis morte filij extinctum sit peculium, adhuc tamen patrem teneri actione de peculio, non quidem in perpetuum, sed intra annum vtilem tantum, & si quid dolo malo patris factum est, quo minus peculium esset, *l. 1. tit. prox. sup.* quia morte filij extinguitur peculium. Satis abundeque est, produci actionem de peculio vsque ad annum, quæ extincto peculio, & reipsa prorsus extincta videbatur. Viuo filio perpetua est actio de peculio in patrem, mortuo filio est annua: agenti post annum vtilem obstat præscriptio anni. Et hoc distat actio de peculio ab actione de in rem verso. Nam etiam post mortem filij in patrem est perpetua actio vel adiectio de in rem verso, *l 2. sup. tit. prox.* Item alia in re differt actio de in rem verso ab actione de peculio, quia actio de in rem verso competit vltra peculij quantitatem in solidum, quatenus versum est in rem patris. Et quod ait *l. si pro patre § 1. hoc tit.* patrem teneri de in rem verso vsque ad peculij quantitatem, hoc ideo, quia vsque ad eam quantitatem tantum in rem patris versum est, filio scilicet quasi defensore patris suscipiente iudicium de peculio. Actio enim de peculio datur vsque ad peculij quantitatem vel (vt vno verbo dicunt) peculio tenus. Actio de in rem verso, vt dixi, datur vltra peculij quantitatem, eo non inspecto, quantum sit peculio, sed quantum sit versum in rem patris. Et in id omne, quod versum est, datur actio in solidum, etiamsi nullum sit peculium. Hanc autem actionem de in rem verso Paulus in fine huius leg. vocat adiectionem. Cur ita? Quia actioni de peculio inest semper vel adiicitur actio de in rem verso, quia non aliter de in rem verso in patrem agi potest, quam si filius principaliter negotium patris gesserit, & animum habuerit obligandi patrem sibi, & peculio suo, forte pecuniam, quam ab alio mutuam sumpsit, conuertendo in rem & patrimonium patris, & locupletiorem faciendo patrem, vel dimittendo creditores paternos,

ternos, vel ruentia paterna ædificia fulciendo, & sufflaminando: atque ita quod filius vertit in rem patris, id pater filio debet naturaliter: quod conuertitur in rem patris, id pater naturaliter filio debet. Ergo id in peculium filij computatur, vt quodcumque aliud nomen, *l. 7. §. vlt. & l. 17. in fine, de pecul.* Denique quod in rem patris conuersum est, & in peculium conuersum est, quasi debitum filio, *l. 1. hoc tit.* Et ideo, quum agitur de peculio, agitur etiam de in rem verso, id est, de eo quod eo nomine pater filio debet, quia versum, atque eo nomine debitum filio a patre, pars peculij est. Et ita cum hac iungenda *l. 1. hui. tit.* & lex 2. *sup. tit. pr.* & lex 2. § *apud Iulian. de hered. vend. & l. in bonæ fid. de pecul. & § licet, Instit. quod cum eo.* quæ palam ostendunt simul agi de peculio, & de in rem verso, vel potius vnam actionem esse, qua agitur de peculio & de in rem verso. Est & alia adiectio in actione de peculio, puta de dolo malo patris, si dolo malo minuerit peculium in fraudem creditorum peculiarium, vel si qua alia in re creditorem peculiarem deceperit & fraudarit, *d. l. in bonæ fidei, in fi. & l. si tamen, in fi. de pecul. l. 1. § filiusfam. depos. l. 1. sup. tit. prox.* Huius adiectionis fit etiam mentio in hac l. Sunt igitur tres clausulæ in actione de peculio, vna de peculio: altera de in rem verso: tertia de dolo malo. Aliquando tamen separatim agitur de in rem verso tantum, vt si quid dolo malo factum sit, vel si deficiat actio de peculio, veluti post mortem filij, si actio de peculio anno vtili finita sit, (vt finiri ante dixi) vel etiam si filius non habeat peculium, vel si habet minus idoneum ad dimittendos creditores peculiarios, *l. 1. in princip. hoc tit. l. 2. sup. tit. prox.* His cognitis, finge, quæ est species huius legis, filiusfam. ex nummis peculiaribus togam emit, & tradita ei est togæ possessio, fide habita de pretio, atque ita togæ dominium in eum translatum est. Deinde mortuo filio pater existimans suam esse vestem, eam dedicauit in funus filij: nam togati inhumabantur & sepeliebantur, *l. 14. §. funeris, de relig. & sumpt. fun.* Et non vestis impensa in funere improbatur in *l. seruo alieno §. vlt. de leg. 1.* sed vestium superuacuarum tantum impensa, vt in funere Achillis, Odyss. vlt. & in Nigrino Luciani. Quæritur autem in hac lege, an toga, quam pater impendit in funus filij, quæ quidem erat in peculio filij, videatur versa in rem patris: non omne quod est in peculio, est versum in rem, sed contra, omne quod est versum in rem, est in peculio. Quæstio igitur est, an ea toga, quam pater ex peculio filij dedicauit in funus filij, videatur versa in rem patris, eoque nomine pater teneatur venditori pretij nomine, quod nondum ei solutum est, actione de in rem verso? Neratius dicebat, in patrem venditori pretij nomine, quanti filio togam vendiderat hanc actionem dari, eique competere de in rem verso, etiam veste consumpta. De peculio autem eo nomine venditori actionem non competere veste consumpta sine dolo patris (vt in hac specie) qui per errorem eam quasi suam dedicauit in funus filij: neque enim re consumpta, aliter de peculio actionem competere mortuo filio, quam si res extet, aut dolo malo patris consumpta sit, *l. 1. in princ. sup. tit. prox.* Ideo autem de in rem verso actionem venditori dabat Neratius, quia funus filij est æs alienum patris, quod scilicet pietati debet & memoriæ seu manibus filij sui, quod est certissimum, *l. in patrem, sup. de relig.* adeo vt si quis alius funerauerit filium, & iusta persoluerit filio, competat ei actio funeraria aduersus patrem, quæ imitatur actionem negotiorum gestorum, quia negotium gessit patris, quia hoc ære alieno liberauit patrem, *d. l. in patrem.* Atque ea ratione Neratius dicebat, patrem teneri de in rem verso, quod ex peculio se pater eo ære liberasset aliqua ex parte, toga filio vendita dedicata in funus filij. Et hæc est sententia Neratij. Porro dat quidem Paulus etiam in patrem actionem de in rem verso, sed non ea ratione, qua nititur Neratius, quæ paulo remotior est: non, inquam, hac ratione, quod eam vestem pater impenderit in funus filij. Nam & viuo filio iam ab eo tempore, quo eam filius emit, intelligitur versa in rem patris, quia pater filio vestem emere debuit, vti consueuerat. Quod & aperte ostenditur in *l. 3. §. proinde, hoc tit.* Ergo toga versa est in rem patris, quia eam pater debuit dare filio, vestire filium, non quia eam in funus filij impendit. Hæc causa remotior est. Non probat etiam Paulus, quod Neratius negat, eo nomine venditori competere actionem de peculio, quia pater dedicando vestem in funus filij, suam rem, suum negotium gessit, non negotium filij, quia liberauit se ab ære alieno funeris, & supremi officij filio debiti, quod & Neratius censuit. Et ideo peculio filij imputatur sumptus funeris & solemnium, quæ pater debet: quia hoc nomine pater est debitor filij, quum eum sumptum fecit non de suo, sed de peculio filij vt in specie proposita, quia sua non erat toga, sed peculiaris; & quamvis vestis non extet, quia tamen patris nomen restat in peculio, consequens est, eatenus patrem venditori teneri de peculio, vt rei venditæ pretium, quod nondum venditori solutum est, quæ res (vt dixi) peculiaris non sua erat, venditori reddat. In quam actionem de peculio veniat etiam adiectio de in rem verso, quasi pars peculij. Et hæc adiectio maxime erit vsui maxime necessaria quum extincta erit actio de peculio anno vtili post mortem filij. Et nihil est præterea. Malim tamen illo loco, (funus enim filij æs alienum patris est:) malim, inquam, funus autem filij: quia hæc non est ratio superioris sententiæ, vt quo tempore togam emit filius, toga versa sit in rem patris; quod funus sit æs alienum patris, neque concludit, aut congruit. Sed ratio huius sententiæ hæc est, quia pater filio vestem emere debuit. Ex hac vero ratione, quia funus est æs alienum patris, postea colligit, quod ex peculio pater impendit in funus, non de suo interim debere peculio & eatenus de peculio conueniri posse a creditore peculiari, vt a venditore, quamvis id ita impenderit, vt nusquam sit in rerum natura.

Ad leg. 58. mandati.

Si præcedente mandato, Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares: ego puto mandati actionem aduersus heredem Titij competere: quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio soluitur. Quod si sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras; & quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici & heredem eius eadem actione teneri.

1. §. *Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore, maiore parte creditorum consentiente, a prætore decretum est, vt portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator extiterat. Quæro, si mandator conueniatur, an eamdem habeat exceptionem, quam heres debitoris. Respondi, si præsens apud prætorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa, eaque exceptio & fideiussori danda esset, & mandatori. Sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut priuilegium, qui potuit præsens idipsum proclamare, nec desiderare decretum prætoris. Nec enim si quis dixerit, submouendum creditorem, heredi consulitur: sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem præstiturus est. Plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem conuenire, dubitatum est. Sed videbitur consentire decreto, conueniendo heredem.*

HÆc lex tres habet quæstiones: vnam, de eo, qui ex mandato alterius post eius mortem, quam ignorabat, suscepit in iudicio eius defensionem: alteram, de eo qui idem fecit ignorans, sine mandato: & tertiam longe alia de re in §. Lucius, puta an absenti creditori noceat conuentio facta in portionem crediti ab herede ante aditam hereditatem cum maiore parte creditorum interposito decreto prætoris: an scilicet adeo noceat, vt & creditor, qui erat absens, non possit in solidum conuenire mandatorem, aut fideiussorem defuncti debitoris, sed in

partem crediti tantum, de qua conuenit cum maiori parte creditorum, quoque decreuit prætor, vt creditores contenti eſſent? Quantum ad primam quæſtionem attinet, ſciendum eſt, mandatum diſſolui atque finiri, tam morte mandatarij, quæ modo accidat re integra, id eſt, antequam res aliena ab eo geri cœperit, *l. ſi quis alicui* §. *morte, hoc tit.* quam etiam morte mandatoris, quæ ſimiliter contingat re integra, *l. prox. ſup. hoc tit. l. mandatum, C. eod. l. vlt. de ſolut. l. 6. ſup. de iuriſdict.* Et ratio hæc eſt, quia qui mandatu alieno gerit aliquid, id gerit alieno nomine, nihil autem geri poteſt nomine eius, qui non eſt in rebus humanis, qui fuit, non eſt. Et ideo, ſi quis, antequam inchoaret negotium ſibi mandatum, ſciens mandatorem vita deceſſiſſe negotium illud inſtituerit, impleuerit, vt puta ſi defenſionem litis ſibi mandatam iudicio accepto ſuſceperit poſt mortem mandatoris, & condemnatus ex cauſa iudicati ſoluerit: neque mandati eo nomine in heredem mandatoris, neque vllam aliam actionem habet, quia ſciens inſtituit negotium poſt mortem, ſciens ſolutum eſſe mandatum. Sed ſi ignorans eum vita deceſſiſſe, defenſionem ſuſceperit, impleueritque mandatum, quamvis & hoc caſu morte domini finitum ſit mandatum, & ipſo iure nullus ſit effectus eius, quod geritur poſt mortem domini, tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, ne ſcilicet in damno verſetur, qui bona fide negotium geſſit, ductus iuſto errore facti, vt ei competat in heredem mandatoris vtilis actio mandati eius, quod ex cauſa iudicati condemnatus ſoluit recuperandi cauſa, *l. inter cauſas, ſup. h. tit.* Quia (vt eleganter Paulus ait hoc loco) morte domini ſoluto mandato, non ideo ſoluitur etiam obligatio & actio mandati, ſicut nec ſocietate finita morte ſocij vnius, non ideo finitur aut ſoluitur actio pro ſocio. Nam ex contractibus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, duo ſunt, qui ſoluuntur morte re integra, mandatũ, & ſocietas, nec tranſeunt in heredem igitur: obligatio tamen etiã poſt mortem durat, & ſequitur heredem ſi procurator vel defenſor, vel ſocius ignorans domini vel ſocij mortem, negotium alienum, vel commune inchoauit, vel expleuit ſuis ſumptibus. Et ita eſt proditum de actione pro ſocio in *l. actione* §. *morte, &* §. *ſeq. tit. prox. inf.* Cæteri contractus qui conſenſu perficiuntur, vt emptio, venditio, locatio, conductio, tranſeunt in heredem, *l. viam, C. de loc.* Idem de ſtipulatione dicendum eſt, *l. 25.* §. *ſi operas, de vſuf.* Idem de contractibus, qui re contrahuntur, excepto precario, quod non tranſit ad heredem eius, qui precario rogauit, *l. cum precario* §. *vlt. de precar.* Huic autem ſententiæ, *Mandatum ſolui morte mandatoris, quæ contingat re integra,* hoc loco Accurſius opponit *l. defunctus, ſup. de procur.* parum apte, quia in eius legis ſpecie res non erat integra tempore mortis mandatoris: quia iam ipſe mandator pro procuratore ad litem defendendam cauerat iudicatum ſolui, ſciente & non contradicente procuratore; quod pro eo eſt, ac ſi ipſe procurator eam ſtipulationem interpoſuiſſet, & ideo litem conteſtari, & peragere poteſt. Et vero cogitur, *l. 8.* §. *vlt. eod. tit.* quia poſt inchoatum & deintegratum mandatum ſiue negotium, mors non ſoluit mandatum, *l. nulla,* quæ eſt Iuliani, *C. de procur.* Et eam intelligit Symmachus in epiſt. dum ait, *ſanctionem Iuliani iubere, vt ſtent procuratorum officia cauſarum dominis viuentibus inchoata.* Item Accurſius opponit *l. 4. inf. de manum. vind.* quæ lex, etſi non ſit de mandato, ſed de voluntate, aut permiſſu patris, filio permittentis ſeruum ſuum manumittere, tamen idem iuris eſt in vtroque: Nam & voluntas ſiue permiſſum finitur morte, ſicut & iuſſum de adeunda hereditate, finitur morte eius qui iuſſit, *l. ſi per epiſtolam, de acquir. hered.* Et ceſſio quoque legitimæ tutelæ facta in iure, finitur morte eius, qui ceſſit, auctore Vlp. *lib. reg. tit. de tutel.* Et tamen illud additur in ſpecie *d. l. 4.* libertas, quam ſeruo patris filius ignorans mortem patris impoſuit, valet. Sed lex ipſa reſpondet huic argumento, quoniam ait hoc eſſe receptum fauore libertatis: ſi fauore, ergo contra rigorem iuris. Et ita demum, inquit, hoc omnino requiritur, ſi non appareat mutatam eſſe patris voluntatem, antequam diem ſuum obiret. Id igitur fauore libertatis receptum eſt iure ſingulari, non iure communi. In aliis cauſis ipſo iure nullus eſt effectus negotij, quod poſt mortem domini, vel mandatoris inſtituitur a ſciente vel ignorante, & mandatum morte mandatoris ſoluitur, non etiam actio mandati. Et hæc de prima parte huius legis, ſi quis præcedente mandato defenſionem mortui ſuſceperit, cum hoc ignoraret. Quæritur in ſecunda parte, quid ſit dicendum ſi non præceſſerit mandatum, ſed vltro quis acceſſerit ad negotium aut quaſi negotium mortui, quem viuere exſtimabat? & viuum quidem vltro ſuſcepta defenſione ſine mandato, & ſecuta condemnatione, & ſolutione ipſo iure liberaſſet, & competeret ei actio negotiorum geſtorum ſoluti recuperandi gratia, *l. ſi pro patre* §. *1. de in rem verſo,* quam latius expoſuimus *lib. 2. ad l. qui ſeruum, de interrog. in iur. fac.* Poſt mortem vero eius, cum eam ignoraret, ſuſcepta defenſione, ſi condemnatus ſoluerit, heredem quidem eius ipſo iure non liberat, quia non heredis, ſed quaſi viuentis negotium geſſit, liberatur tamen heres eius oppoſita exceptione doli mali, *l. de qua re, in fine, de iudic.* quia dolo malo facit actor, qui ab herede petit, quod iam a defenſore conſequutus eſt: dolus eſt, præda eſt, bis idem conſequi, *l. ſi minoris, de admin. tut.* Et ideo defenſori aduerſus heredem datur etiam actio neg. geſt. ſoluti recuperandi, quamvis id ſoluerit mortuo domino ignorans, *d. l. de qua re* §. *vlt.* quæ eſt Iuliani & omnino conſentit cum hac 2. parte. Primam quoque partem huius legis conſtat eſſe Iuliani ex *d. l. inter cauſas,* & ex his, quæ per cauſam huius quæſtionis idem Iulianus tractat in *d. l. 4. de manum. vind.* quæ etiam in eam rem a Paulo adducitur in *l. quæſitum* §. *Iulianus, qui & a quibus manum. lib. non fiant.* Recte autem dicit Paulus hoc loco, defenſorem inſtituiſſe, incœpiſſe gerere quodammodo negotium defuncti. Recte, inquam, quodammodo negotium, quia proprie nullum eſt negotium eius, qui nullus eſt, id eſt, qui exceſſit e vita. Et ideo ſi quis extraneus defuncto funus fecerit de ſuo, non quaſi heredis, ſed quaſi defuncti negotium gerens, non competit ei in heredem quaſi ex perſona defuncti actio neg. geſt. ſed propria actio quæ funeraria dicitur, quæ tamen eſt ſimilis actioni neg. geſt. *l. etſi quis* §. *& generaliter, ſup. de relig. & ſumpt. fun.* Et in propoſito etiam caſu, puto in heredem defenſori competere vtilem neg. geſt. non directam, ſicut & in prima parte vtilem mandati. Et placet valde ſumma hæc Cyrilli in vtramque partem: *Qui mortuum ignorans defendit, ſi quidem ex mandato, mandati actionem: ſi abſque mandato, neg. geſt. actionem habet.* Ad 3. & vlt. partem, quæ eſt in §. *Lucius,* hoc tantum adnotandum eſt: ſolere heredes plerumque, quum hereditas pluribus creditoribus de fœnerata eſt, antequam adeant hereditatem, atque ita ſe obligent oneribus hereditariis, certa parte debiti, qua contenti ſint, paciſci cum creditoribus hereditariis, puta 3. vel dimidia, atque ita adire hereditatem, quam alioqui repudiaturi eſſent. Hæc pactio iuſta eſt, vt indicat Paulus illo loco, *pactus videtur iuſta ex cauſa,* pactio iuſta eſt, ergo ſeruanda: videlicet ſi facta fuerit conſentiente maiore parte creditorum, & interpoſito decreto prætoris, vel præſidis, vt in *l. iuriſg.* §. *vlt. de pact. l. 23. in fine, quæ in fraud. cred.* Et prodeſt ea pactio non tantum heredi debitoris defuncti, ſed etiam ei, qui pro defuncto interceſſerat, veluti mandatori, aut fideiuſſori. Ergo ſi præſente creditore, qui mandatu tuo pecuniam defuncto crediderat, ea pactio interpoſita fuerit, aduerſus creditorem ſi agat in ſolidum, non tantum heredi competit exceptio pacti, ſed etiam tibi, vel alij fideiuſſori, aut acceſſioni defuncti debitoris. Hæc ſunt certiſſima. At quæritur, an etiam hæc conuentio maioris partis creditorum, vel exceptio pacti huius noceat creditori abſenti, id eſt, qui pactioni faciendæ non interfuit? Et ſane nocet etiam abſenti vel abſentibus, ſi qui abſens fuerat heredem debitoris conueniat in ſolidum: nam ſequi deberet exemplum & pactionem maioris partis creditorum, maxime confirmatam decreto, prætoris.

Nocet

Nocet igitur etiam absenti, si agat aduersus heredem debitoris, quia non potest in eum agere, nisi in partem, de qua conuenit, non in solidum. At sane non nocet absenti, si mandatorem vel fideiussorem eligat, & conueniat in solidum: absenti creditori salua est electio mandatoris, vel fideiussoris, vt omisso herede debitoris eligat, & conueniat in solidum mandatorem vel fideiussorem sine metu exceptionis pacti habiti cum herede a maiori parte creditorum, secundum ius scil. quod obtinuit ante Nouellam Iustiniani, quod obtinuit iure Pandectarum & iure Cod. quo electionis potestas permittitur creditori, puta, vt conueniat accessionem si velit, inexcusso reo principali, *l. 3. C. de fideiuss.* Addit saluum etiam esse creditori absenti pignus, si pignus acceperit in sui crediti causam, nec liberari pignus posse, nisi soluta omni pecunia. ac præterea saluum etiam esse absenti creditori priuilegium exactionis, si creditor priuilegiarius fuerit, veluti ex causa tutelę vel dotis: vel vt Grçci ponunt hoc loco, *ex causa funeris sua expensa facti.* Recte, quia & hæc causa priuilegiaria est, *l. pen. de relig. & l. 2. de priuil. credit.* Et hac in parte valde pugnare videtur cum hoc §. quum ait, Saluum esse priuilegium, lex, *rescriptum, sup. de pact.* quæ absenti creditori concedit quidem seruari pignus in solidum, sed non etiam priuilegium, si pignus non habeat. Nam habenti pignus, beneficio pignoris & priuilegium conseruatur. Verum, (vt breue faciam) & perspicue respondeam, Paulus hoc loco, quum ait, *seruari priuilegium absenti,* iuris ratione nititur: quia, vt ait: sicut electionem, & pignus iniquum est auferri absenti creditori, quo præsens vti potest: ita iniquum est ei auferri priuilegium, quo præsens proclamare & iure vincere poterit aduersus cæteros creditores. Nititur & rescripto D. Marci, quo hodie omnium creditorum præsentia exigitur, vt omnibus ea pactio per omnia noceat. Vlpian. autem in *d. l. rescriptum,* loquitur tantum de rescripto D. Pij, quod obtinuit ante formam huic rei a D. Marco datam, quæ sunt verba legis *rescriptum.* Quo quidem Pij rescripto absenti nec hypothecario creditori priuilegium aufertur, perinde ac præsenti, quasi ex ea pactione omnibus creditoribus pariter soluenda pecunia pro parte, de qua conuenit. At hodie (vt ait *d. l. iurisgentium in fine*) id est, post formam datam a D. Marco, quæ sequuta est rescriptum D. Pij, priuilegium absenti creditori non aufertur, quia pactio præsentibus tantum nocet per omnia. Et hæc de priuilegio. Nunc de electione. At quia dicere quis posset, non esse absenti creditori seruandam electionem in solidum aduersus mandatorem, vel fideiussorem, hac ratione, quod si a mandatore, vel fideiussore solidum exigatur, vi ipsa, & effectu ipso, & heres debitoris in solidum tenetur, cui tamen initio diximus proficere pactionem, quia id quod soluit mandator, vel fideiussor in solidum, videtur posse repetere ab herede. Hoc argumentum vt remoueat Paul. ait, heredem debitoris, etiam mandatori vel fideiussori, licet solidum exsoluerint, non teneri, nisi in portionem, de qua conuenit. Ac postremo vno tantum casu ostendit, absenti creditori non seruari electionem aduersus mandatorem, vel fideiussorem in solidum, puta si reuersus consenserit maiori parti creditorum, & decreto prætoris: vel si ab herede partem, de qua conuenit, acceperit: vel si heredem in eam partem tantum conuenerit (nihil enim refert) consenserit ab initio, an ratum habuerit. Et, quod notandum, tacite consensisse intelligitur. qui ergo ab herede eam tantum partem petit, vel accipit & pepigisse intelligitur cum herede. Pactum autem heredis quasi debitoris, etiam fideiussori prodesse constat, *l. & heredi, in fine, & l. quod dictum, supra de pact.*

Ad l. 77. Societatem & 79. Vnde si, Pro soc.

L. 77. Veluti cum lege locationis comprehensum est, vt opus arbitrio locatoris fiat.

L. 79. Vnde si Neruæ arbitrium ita prauum est, vt manifesta inquitas eius appareat; corrigi potest per iudicium bonæ fidei.

Pendent hæ leges ab iis, quæ proponuntur in leg. superiori: Societas negotiationis cuiusdam coita est inter me & te, ea conditione, eoque pacto, vt arbitrio Neruæ communis amici nostri partes societatis constituerentur, partes damni & lucri. Ille constituit, vt tu ex triente socius esses, ego ex besse, id est, vt altero tanto plus sentirem ego ex societate lucri, vel damni, quam tu: vel quæ est proportio eadem, vt tu ex parte millesima socius esses, ego ex duobus millesimis, vt est scriptum in l. 80. infra, exemplo Græcorum, qui dicunt δύω, & duo millesimas. Et in ea lege 80. secundum vulgi captum facta mentione maioris summæ, puta, millesimæ vnius, vel duarum, manifestior quodammodo iniquitas apparet in arbitrio Neruæ, quam si secundum partem mentionem fecisset tantum trientis vel bessis, vt *initio, sup. l.* Itaque in *l. 80.* Proculus vulgo se accommodat, vt ei manifestiorem arbitri iniquitatem faciat, dum ait: *quid enim si Nerua constituisset, vt alter ex millesima parte, alter ex duomillesimis socius esset?* Et inepte Iacobus de Arena, illo loco constituit tres socios, vnum ex millesima, alterum ex duomillesimis, & tertium ex reliquo, quia lex ait, *alter ex millesima, alter ex duomillesimis, & alter* dicitur tantum de duobus, non de pluribus, vnus de pluribus. Quæritur autem, an huic supradicto Neruæ arbitrio standum sit? Et docet, non omnino vtique vel semper ei standum esse. Quid enim si prauum, si in re ipsa iniquum sit? Hoc vero vt declaret Paulus, duo arbitrorum genera facit. Vnum, eorum qui arbitri recepti vocantur, vel arbitri aut iudices compromissarij, vel honorarii, de quibus est titulus De receptis, vt quum ii, qui inter se aliqua de re controuersantur, certum hominem eius controuersiæ disceptatorem eligunt, quasi virum bonum, pœna vice mutua compromissa, siquis arbitrio & sententiæ eius non steterit, quæ pœna committitur & peti potest etiamsi quis iniquæ sententiæ stare noluerit, *l. diem §. stari, eo. tit. de recept.* Et ratio. hæc est, quia id agere videntur, qui pœnam inuicem compromittunt, vt omnimodo qualicunque sententiæ stent, quod inferius euidenter demonstrabimus. Denique sententiæ arbitri siue iudicis compromissarii obtemperandum est, siue æquum statuerit, siue iniquum, nisi dolus malus interuenerit eius vel aduersarii, *l. ita demum, sup. eod. tit. l. 3. C. Theod. eod. tit.* Aut sane qui non obtemperat, incidit in pœnam, de qua conuentum est constitutione & compromissione mutua. Alterum genus arbitrorum est eorum, qui a DD. nostris discretionis causa arbitratores vocantur, quorum scilicet arbitrio id permittitur sine vinculo pœnæ, vt puta si, vt ait *l. 77.* in lege locationis, operis faciendi, domus ædificandæ caueatur arbitrio L. Titii opus fieri vel approbari, *l. si in lege 7. inf. loc.* vel in testamentis arbitrio L. Titii filiæ dotem dari, vel alimenta præberi, *l. 1. de leg. 2. l. si filiæ, de leg. 3. l. 5. de alim. leg.* Et apud Horat.

Arbitrio Arij epulum populo dari. Sat. 2.

Et in *l. vlt. de aur. & ar. leg. Arbitrio viri boni funerari me volo.* Vnde sane dicuntur *arbitraria funeris.* Cic. in orat. pro Cornel. & in ea quæ est pro domo sua ad Pontifices. Et in proposita etiam specie, in proposita pactione siue lege societatis, arbitrio Neruæ societatis partes constitui: quorum arbitrorum arbitrio & sententiæ non aliter standum est, quam si æquum sit & iustum. In causa hoc est, quia non tam in certam personam arbitrium conferri intelligitur, etsi nominetur persona certa, cuius arbitrio quid fiat, quam generaliter in arbitrium boni viri, id est, quasi in certam personam & arbitrium certum tantum. Nam arbitrium boni viri semper est certum: sicut æquitas ipsa & bonitas semper est certa, cuius bonus vir est magister & sacerdos, *d. l. 1. de legat. 2.* Bonus vir est verus æstimator & arbiter æquitatis, & vt Virgil. ait.

Qui iusto trutina se examine pensat,
Ne quid hiet, ne quid protuberet, angulus æquis
Partibus vt coeat, nihil vt deliret amussis.

Et qui quid permittunt arbitrio alterius, id sane faciunt, vt ait *l. si libertus, de oper. libert.* quia existimant, sibique

persuadent, eum ex æquo & bono arbitraturum. Ideoque arbitrio eius ita demum stare volunt, si rectum sit & æquum. Si iniquum sit, & prauarum, vt loquitur Cicero quodam loco, ad æquitatem & rectitudinem redigitur bonæ fidei iudicio. Vt in specie proposita, arbitrium Neruę, si fuerit iniquum in partibus societatis constituendis, ad boni viri arbitrium, quale id esse debuit, redigitur actione pro socio, quæ bonæ fidei est. Nam finis actionis bonæ fidei est, iniqua corrigere, & praua. Et eleganter *l. 3. C. comm. vtriusque iudic. in bonæ fidei iudiciis*, inquit, *quod inæqualiter factum est, in melius reformatur.* Denique vis actionis bonæ fidei & potestas est iniqua corrigere: sicut & in strictis iudiciis eadem vis est clausulæ doli mali, puta, *Dolum malum abesse, absuturumque esse, l. ex ea parte, in princip. de verb. obligat.* quæ clausula etiam in aliis plerisque iudicium strictum origine sua bonæ fidei facit, *l. Seiæ, de mort. caus. donat. l. 3. C. de exception.* Et hoc est quod ait l. 79. quæ est eiusdem Pauli: *Prauum aut iniquum arbitrium Neruæ corrigi per iudicium bonæ f.* hoc est per iudicem addictum actioni pro socio: φαῦλην αὐτοῦ δοκιμασίαν ὁ δικαστὴς διορθοῦται, vt est in Basilic. *iniquum arbitrium iudex corrigit.* Et recte, *bonæ fidei.* Quibus tamen iudiciis bonæ fi. hac in re comparantur legata & fideicommissa relicta in testamentis, arbitrio L. Titij, quorum exempla quidem iam ante posuimus. Sicut & in aliis plerisque constat, legatorum & fideicommissorum actiones, licet sint strictæ, comparari bonæ fidei iudiciis, *l. 3. C. in quibus caus. in integ. rest. non est necess.* Hæc ergo dicimus de bonæfid. iudiciis tantum & legatis & fideicommissis. Nam in stipulationibus strictis si quid reddi vel dari cauetur arbitrio L. Titij, arbitrium etiam accipitur stricte, puta vt non egrediatur personam L. Titij, vt est in compromissis, nec transferatur in personam alterius, *l. si quis arbitratus, & l. seq. de verb. oblig. l. in compromissis, de recept. qui arb. recepe.* Quod tamen ita procedit si contrahentes stipulationem extranei arbitrium eligant. Nam si stipulatoris, vel promissoris arbitrium eligatur, puta dari arbitrio promissoris vel stipulatoris, hoc sane casu arbitrium accipitur pro arbitrio boni viri, alioquin promissoris arbitrio perexigua constitueretur obligatio, aut stipulatoris arbitrio immensa, *d. l. si libertus, de oper. libert. l. 3. C. de dot. promiss. l. cum post §. gener. de iur. dot.* In iudiciis autem bonæ fidei arbitrium in alterius cuiuscunque personam collatum, personam egredi potest, vel cessante eo, qui nominatus est, vel non arbitrante ex æquo & bono, nisi id ipsum actum sit nominatim, vel satis euidenter, ne a persona eius, qui nominatus est, recederetur, vt est scriptum in *l. 75. hoc t.* nisi id ipsum, inquit, actum sit, ne aliter societas sit, quam vt Titius arbitratus fuerit. Et id quidem agi videtur etiam in bonæfid. iudiciis, ne a persona recedatur in constituendo pretio emptionis, vel locationis, quia certissimum id esse oportet. Et ita a Iustin. definitur in *l. vlt. C. de contr. emp.* cuius sent. etiam a Triboniano sub nomine Caij expressa est in *l. si merces, inf. de locat.* Denique vt scilicet non recedatur a persona arbitri, agi videtur, si sit adiecta pœna: nam vt in compromissis, ita in negotiis bonæ fidei, vel in legatis, vel in fideicommissis, quæ illis comparantur, pœnæ adiectio argumentum est destrictæ voluntatis: puta si heres iussus sit sepulchrum testatori extruere arbitrio L. Titij, & ni ita extruxerit, pœnæ nomine certam pecuniam inferre arcæ Pontificum, vel ærario ciuitatis. Nam & hoc casu arbitrium non potest egredi personam L. Titij, quin pœna committatur, *l. 6. in pr. de cond. & demonst.* Proinde aliud est simpliciter iubere, sepulchrum extrui arbitrio L. Titij, non adiecta pœna, vt apud Horat. Sat. 5. 2. *lib. Sepulcrum permissum arbitrio sine sordib. extrue.* Et in antiqua inscriptione Pisana: *Titulum poni iussit arbitratu Lucillæ & Iucundi filij.* Hoc casu arbitrium, pro boni viri arbitrio accipitur, & personam egredi potest, si L. Titius non fungatur in arbitrando officio boni viri. Longe aliud est, si sub pœna, quod est destricte, iubeatur heres sepulcrum extruere arbitrio L. Titij, vt in *d. l. 6.* quia hoc arbitrium personam L. Titij egredi non potest. Hæc est certissima huius l. definitio. Non est omittenda admonitio legis 80. in specie proposita boni viri arbitrio conueniens esse, vt non semper æquales partes societatis constituantur; quia sæpe euenit, vt quæ sunt æquæ, sint maxime iniquæ: quia (vt Aristot. docet) æqualitas non quantitate æstimatur, sed merito & dignitate magis. Vt si vnus ex sociis plus in societatem conferat pecuniæ, vel plus operæ & artis, vel plus factionis & industriæ, vel plus gratiæ, sane iniquum fuerit inter eos æquas partes constituere. Et gratiam vocat lex 80. copiam amicorum, quod in idiotismo vocamus (*credit*) vt Cic. in Quintiana cum dixisset initio, contra se facere gratiam aduersarij, ex diuerso subiicit: *sibi esse tenues opes, nullas facultates, exiguas amicorum copias*, id est, *exiguam gratiam. peu de credit.*

Ad l. Debitor 59. Ad SC. Trebell.

Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogauit restituere hereditatem filiæ suæ, id est, testatoris. Cum nollet adire vt suspectam, coactus iussu prætoris adit, & restituit. Cum emptorem pignoris non inueniret, desiderabat permitti sibi, iure dominij id possidere. Respondi, aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem ne & pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin siue possidet creditor, actor, idemque heres, rem, siue non possidet: videamus de effectu rei. Et si possidet nulla actione a fideicommissario conueniri potest. Neque pigneratitia, quoniam hereditaria est actio: neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur. Quod eueniret, si nullum pignus intercessisset. Possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, & hic Seruiana actio tenebit. Verum est enim non esse solutam pecuniam. Quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, & solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum, vel soluta pecunia esset. Nam & cum de lucro heres scriptus adsit, quod forte legatum accepit, si heres non extitisset: responsum est, non esse cogendum adire, nisi legato præstito. Vbi quidem potuit dici, nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adiisset, in ipsius voluntate posuit aditionem. Sed cum testator alterutrum dederit, nos vtrumque ei præstamus.

1. §. *Ea quæ dotem dabat, pacta erat cum marito, vt mortua se in matrimonio, dotis pars matri eius redderetur: nec eo nomine stipulatio a matre interposita est: moriens deinde matrem & maritum suum heredem fecerat, & a matre petierat, vt hereditatem Titio restitueret. Iudex addictus de hereditate diuidenda, partem dotis quasi ex vtili pacto, pro parte matri adiudicauerat. Quærebatur, an & ea portio ex causa fideicommissi præstanda sit? quam non esse restituendam puto. Quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit. Nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit.*

DVæ sunt in hac l. quæstiones. Prior est de confusione obligationis, & a Paulo tractatur perquam erudite. Confusio obligationis fit, quum in vnam eandemque personam concurrit ius debitoris & creditoris, vt puta: quum debitor creditoris, vel contra creditor debitoris, vel quum vtriusque tertius quidam hereditatem adit, etiamsi, vt in hac l. ostenditur, coactus hereditatem adeat, fideicommissario postulante, cui rogatus est hereditatem restituere, & iubente prætore. nam aditio etiam coacta confundit obligationem. Et hoc genere, perinde atque genere solutionis tollitur omnis obligatio, tam naturalis quam ciuilis, *l. Stichum §. aditio, de solut. l. heres §. quod si idem stipulator, de fideiussor.* Et tollitur, vel in solidum, si fuerit heres ex asse, vel pro parte, ex qua heres fuit, non pro parte coheredis, aut coheredum, *l. pen. C. de hered. vel act. l. si ab eo, C. de neg. gest.* Ratio confusionis euidens, & naturalis est,

est, quia idem homo non potest esse debitor & creditor, idem non potest esse actor & reus, nemo sibi ipsi debere potest, nemo secum agere & experiri potest. Et ideo confusio etiam est pro solutione, aut pro pensatione cedit. Videtur enim hereditas ipsa heredi, vel heres hereditati, quod debet soluere protinus in ipso articulo adeundæ hereditatis, *l. quæ dotis, sol. matrim. l. si ei, cui vendidi §. pen. de euict. l. si id quod, de liberat. leg. l. debitori, l. Granius, de fideiuss.* Tollitur, inquam, confusione omnis obligatio principalis, atque etiam obligatio fideiussoris, aut mandatoris, *d. l. Granius*, denique omnis obligatio personalis. Realis tamen obligatio, veluti pignoris obligatio manet. Itaque (vt in hac l. Paulus ostendit, & Africanus in lege *cum quis §. vlt. de solut.*) propter pignus naturalis obligatio remanet, quæ alioqui confusione extingueretur, sicut & propter pignus (quod maxime notandum) priuilegium manere significatur, quod alioqui non maneret ex rescripto Diui Pij, *l. rescriptum, de pactis.* Igitur aditione hereditatis confunduntur nomina & iura personarum, non causæ rerum, non obligationes rerum, non pignorum obligationes, & propter pignorum obligationes quæ manent, etiam manet naturalis obligatio: & confusione interueniente pignore tollitur sola ciuilis. His cognitis facilis nobis erit aditus ad speciem huius l. quæ est eiusmodi. Creditor pignoratitius siue hypothecarius a debitore heres institutus est, & rogatus hereditatem restituere filiæ debitoris, eiusdemque testatoris. Post mortem debitoris, creditor dicit, hereditatem sibi esse suspectam, quasi minus idoneam, locupletem, aut luculentam minus, & recusat eam adire. Postulante filia iussu prætoris coactus tamen est eam adire, & filiæ restituere. Coactus igitur eam adiit & restituit, non habita ratione eius, quod sibi defunctus debuit, quia id prætermisit, nec prætori allegauit, siue deduxit in ius. Quod si allegasset & deduxisset in ius, non statim fuisset coactus adire, quia, qui sua interesse dicit, ne adeat, puta vt confusione non amittat quod sibi defunctus debuit, vel vt non amittat legatum, quod ei, si heres non esset, defunctus a coherede reliquit, sane hoc casu non cogitur adire, nisi ei primum a fideicommissario sarciatur damnum, vel lucrum, damnum quod facit adeundo, vel lucrum quod amittit adeundo, *l. 11. §. 1. hoc tit.* At cum hoc non allegaret creditor, idemque heres coactus est adire & restituere filiæ hereditatem totam, aut hereditatis suæ partem totam. Quæritur, an post aditionem & restitutionem ita factam, possit exequi ius pignoris, quod habuit, an possit pignus retinere, si id possideat, nec possit ei auferri a fideicommissario: vel an possit persequi pignus actione hypothecaria, si id non possideat possessionis obtinendæ gratia: an possit, vt suum consequatur, id venale proscribere & vendere, vel non inuento emptore, an possit a principe desiderare, vt fieri assolet, vt sibi permittatur pignus iure dominij possidere, vt leg. *eleganter, de pign. act. & l. si is qui aliena, §. vlt. de adq. rer. dom. & in tit. C. de iur. dom. impetr.* Et respondet Paulus, aditione hereditatis sublatam quidem esse obligationem personalem, nec redintegrari posse aut restitui: pignoris tamen obligationem non esse sublatam, ideoque creditori competere pignoris retentionem & persecutionem, & executionem: puta pignus ab eo distrahi posse, aut non inuento emptore, pignus ei a principe iure dominij addici posse. Neque vero potest dici pignus sublatum esse adquisitione dominij, puta aditione hereditatis, in qua fuit pignus: quia pignus non abscedit dominio debitoris, non potest hoc dici, etiamsi videatur posse dici, quod pignus rei suæ non consistat, *l. pen. §. vlt. de except. rei iud. l. neque pignus, de reg. iur.* Verum dici id non potest, quia facta restitutione hereditatis, pignoris desiit esse dominus, & pro eo est, ac si nunquam eius dominus fuisset, *l. 139. §. vlt. de regul. iur. l. non quocunque, de leg. 1.* Etiam post restitutionem id habere incipit, non vt dominus, sed vt creditor iure suo pristino, & ideo quasi saluo iure pignoris, si id possideat creditor idemque heres, vt ait (in Florentinis hoc loco abundat vox, *actor*, quum legunt *creditor actor*, quia legendum est *creditor, idemque heres*, circumscripta voce illa, *Actor*, quia nec possessor pignoris potest esse actor, id est, non potest agere hypothecaria: & abest quoque ea vox ab omnibus aliis libris) creditor igitur idemque heres quasi saluo iure pignoris, si possideat, eius retentionem habet, nec potest a fideicommissario conueniri actione pignoratitia, vt pignus restituat, quasi soluta pecunia: quia etsi actio pignoratitia soluta pecunia debitori detur, & hoc casu confusio solutionem imitetur, tamen ea actio pignoratitia, non fuit actio hereditaria, id est, non cœpit a defuncto, non competiit defuncto. ergo nec fideicommissario competit, quia ad fideicommissarium ex Senatusconsulto Trebelliano restituta hereditate transeunt tantum hereditariæ actiones, quæ cœperunt a defuncto, *l. postulante §. sed & in huiusmodi, de vsur. & l. prox. §. qui post, hoc tit.* Vnde hoc loco videtur esse legendum, *quia hereditaria non est actio*, vt sit sensus, *ideo fideicommissarium non posse agere pignoratitia directa, quod ea actio non sit hereditaria.* Nam vt mox reddit rationem, cur etiam non possit fideicommissarius agere actione fideicommissi, par est vt & hoc loco reddat rationem, cur fideicommissarius non possit agere actione pignoratitia. Non potest autem (vt subiicit) creditor, idemque heres debitoris etiam a fideicommissario conuenire actione fideicommissi, quasi minus ex hereditate restituerit, cum non restituerit rem pignoratam, quæ fuit in hereditate debitoris. Nec hac quidem actione conueniri potest, quia vt ait eam rem possidet vt creditor iure pignoris, non vt heres iure hereditario, & id tantum fideicommissario restituere tenetur, quod possidet iure hereditario. Si non esset ei ea res pignorata, & ei minus restituisset, eo nomine teneretur actione de fideicommisso, *l. huiusmodi §. heres, de leg. 1.* At quia ei res pignorata est, eam retinebit iure pignoris, nec vlla ratione ei a fideicommissario poterit auferri. Denique si eam possidet, eius plenam retentionem habet. Quod si creditor ipse, idemque heres pignus non possideat, sed fideicommissarius, aut filia fideicommissaria, hoc casu competit etiam creditori, eidemque heredi in fideicommissarium actio Seruiana, id est, quasi Seruiana, siue persecutio pignoris, quæ formula hypothecaria dicitur, quia cum reuera ei soluta pecunia non sit, sane nec hypotheca siue pignus liberatum esse intelligitur. Manet ergo pignus, quia reuera soluta pecunia non est, & consequenter propter pignus (vt initio dixi) manet naturalis obligatio, adeo vt si vltro ei fideicommissarius pecuniam soluerit, eam condicere non possit, quia eam natura debuit. Pignoris enim causa conseruat causam naturalis obligationis, *l. cum quis §. vlt. de solut.* Denique in specie proposita aditione hereditatis obligatio ciuilis tollitur: obligatio autem naturalis manet propter pignus, quæ non maneret, si nullum pignus esset, sed confunderetur etiam aditione. Nam & ita hac comparatione recte Paulus vtitur, ne cuiquam hoc videatur nouum. Ita, inquam, amissa actione per exceptionem qualemcunque, etiam per exceptionem pacti conuenti, vel doli mali, vel Senatusc. Vell. per quas tamen exceptiones alias tollitur etiam obligatio naturalis, *l. qui exceptionem, de condict. indebit.* si tamen pignus interueniat, propter pignus naturalis obligatio conseruatur, nec infirmatur per exceptionem. Et in hanc rem hic locus valde singularis est. Loquitur enim generaliter de qualicunque exceptione. Et ita est igitur accipiendum, siue quæ expungat, siue quæ non expungat naturalem obligationem. nam quæ exceptio alias expungit naturalem obligationem, existente pignore eam non expungit. Summa huius rei definitio hæc est: sublata obligatione personali manere realem, id est, pignoratitiam, sicut & in specie *l. 1. & 2. C. de luit. pign.* & in specie *l. seruum quem, de pignoribus.* manere, inquam, pignoratitiam & consequenter propter pignoratitiam, manere quoque naturalem obligationem. Nec obstat regula iuris: Cum

principalis causa non subsistit, plerunque ne ea quidem quæ sequuntur locum habent. Dices, principalis causa, principalis obligatio sublata est confusione, ergo pigno-ratitia locum non habet, quæ est sequela principalis. Respondeo, eam regulam esse accommodandam ad obligationem tantum principalem, quæ ab initio non consistit, cuius nec sequela, puta pignus, consistit: non autem est accommodanda ad obligationem principalem, quæ cum initio constitisset, postea sublata est: nam non ideo & eius sequela sublata est. Nihil etiam obstat lex *eos, C. de vsur.* quam adducit Accursius, & si quæ sunt aliæ similes, quibus dicatur, sublata obligatione principali, tolli etiam vsurarum obligationem, quia vsuraria obligatio est personalis obligatio, non realis, & nos solam realem manere dicimus. Omnem autem in personam actionem confusione tolli, etiam vsurarum obligationem aut accessionum obligationem, veluti fideiussoris, aut mandatoris, *d. l. Granius.* Et hæc quidem omnia ita se habent, si creditor idemque heres coactus hereditatem adierit, & restituerit fideicommissario, prætermissa aut omissa ratione, vel detractione eius, quod sibi defunctus debuit. Quo casu confunditur actio personalis & extinguitur, & quartæ detractionem etiam amittit, quam detraheret, si sua sponte adiisset hereditatem suo periculo, & coactus eam non adiit suo periculo, sed periculo fideicommissarij, *l. 4. sup. hoc tit.* Nunc videamus, quid sit dicendum (quæ est posterior pars huius prioris quæstionis) si res sit integra, id est, si creditor, idemque heres nondum adierit hereditatem. Et tunc eleganter Paulus docet, ei esse integrum & liberum inducere rationem eius, quod sibi defunctus debuit, vt scilicet non ante cogatur adire, quam exsoluta ei sit pecunia, quam ei defunctus debuit, aut ei satis cautum eo nomine, de indemnitate scilicet vel de ea pecunia ei soluenda post aditionem & restitutionem. Et sane, si hoc desideret, æquissimum est ei consuli solutione vel cautione, vt indemnis damno seruetur. Neque mirum est, si eum indemnem damno seruari dicamus, cum etsi de lucro agat, id ei seruari oporteat. Et hoc loco legendum, cum de lucro agit, vt in *l. si mulieri soluero, ad Vellcian.* Si *mulier de lucro agat*, male Florentiæ hoc loco, *cum de lucro assit*, quod secundum scripturam Florentinam est *absit*, nam scribunt affuisse pro abfuisse, & *absit*, pro *absit.* Ne legamus *assit*, vel vt alij habent *absit*, sed *agit*, nihil est euidentius. Cui autem lucrum seruatur, & multo magis debet is damno seruari indemnis. (Et ita argumentatur Paulus hoc loco.) Seruatur autem ei lucrum, vt puta si ab eodem testatore legatum ei relictum sit sub conditione, si heres non extitisset. Et ita in fine huius legis responsum esse Paulus ait. Responsum autem ita est a Iuliano in *l. ita tamen §. si præceptis, sup. h. t.* vt & Vlpiano, in *l. 11. h. t.* Neque vero hoc casu, quo proponitur legatum ei relictum, si heres non extitisset, non potest dici ex tacita voluntate defuncti, quia dixit, *heres esto, vel si heres non erit, legatum illud capito:* non potest, inquam, dici ex ea voluntate defuncti in eius arbitrio esse adire, vel repudiare hereditatem, nec posse eum a fideicommissario compelli, vt adeat & restituat, quia vt concludit in fine huius l. cum testator alterutrum ei dederit, puta vt adiret hereditatem, & restitueret, vel vt repudiaret hereditatem, & caperet legatum: quod arbitrium iure heredi a testatore dari hic locus ostendit. Cum, inquam, testator alterutrum ei dederit, nos inquit Paulus, vtrumque ei præstamus. Quæ verba sane obscura, vt redigas ad facilitatem, ponere debes, quod & Iulianus ponit in *d. §. si præceptis*, eum fuisse ex parte heredem scriptum, non ex asse, & legatum ei relictum a coherede sub conditione, si heres non esset. Alioqui si heres esset ex asse, legatum ei relictum prorsus inutile esset. Legatum ergo ei a coherede relictum est sub conditione, *si heres non esset*, quod tamen si coactus adierit hereditatem, ei heres præstare non tenetur, quia defecit conditio legati. Aditione enim etiam coactus factus est heres *d. l. 11.* Sed tamen æquum est, vt quantitas legati, quod adeundo amissurus est, ei a fideicommissario præstetur, & prærogetur, antequam adire cogatur. Atque ita ratione quadam æquitatis fit, vt quem testator alterutrum habere voluerit, is habeat vtrumque, id est, hereditatem habeat, & legatum capiat. non quidem a coherede, vt testator voluit, quia aditione defecit conditio legati, sed a fideicommissario, quo postulante & vrgente adiit, ne coacta aditio (quod est æquissimum) ei lucrum, quod sperabat, intercipiat. Vnde postremo (vt iam ante dixi) ita argumentatur: quod si non potest coacta aditio heredi lucrum intercipere, puta legatum: ergo nec damnum ei adferre potest pecuniæ suæ, id est, sibi a defuncto debitæ, sed prærogari eam oportet, aut prænumerari, vel de ea caueri re integra, priusquam adire cogatur, & restituere hereditatem. Et ita hæc quæstio omnis explicata est.

Ad §. ea quæ.

Species huius §. est eiusmodi: mulier in danda dote pacta est cum marito, vt si se maritus vita superaret, id est, si ipsa moreretur in matrimonio superstite marito & matre, dotis partem dimidiam maritus matri restitueret, & forte subiecit stipulationem conceptam in personam matris: mater autem eo nomine nullam stipulationem interposuit: mater non est stipulata dotis partem sibi reddi mortua filia in matrimonio. Itaque filia pacta tantum est, & stipulata matri absenti in eum casum, partem dotis reddi, quæ conuentio est inutilis & inanis, quia alteri paciscimur & stipulamur inutiliter, *l. quo tutela §. vlt. de reg. iur. l. stipulatio ista §. alteri, de verb. obl.* Etiam matri paciscimur inutiliter, *l. inter §. pen. de pact. dotal.* At moriens filia matrem & maritum suum heredes scripsit, & matrem rogauit, vt hereditatem, id est, portionem suam L. Titio restitueret sub conditione aliqua, vel ex die aliquo certo. Post mortem eius inter matrem & maritum, inter socrum & generum sumptus est arbiter vel iudex familiæ erciscundæ: iudex, inquit, addictus, hoc est, datus est de hereditate diuidenda inter matrem & maritum, qui quidem iudex imperitia lapsus, quasi vtile esset pactum factum matri quod iure profecto est inutile, partem dotis matri pro parte adiudicauit, id est, pro parte hereditaria, ex qua mater heres scripta est. Glossa pessime pro *parte mariti coheredis*, quasi pro sua parte mater alteram dotis partem capiat iure hereditario, quod est prorsus vitiosum & falsum. Nam in matrimonio mortua vxore tota dos, quia inutile pactum est, iure præcipuo & proprio, non iure hereditario remanet penes maritum, siue sit dos aduentitia, siue profectitia, si modo pater non extet, neque veniat in diuisionem vxoriæ hereditatis, *l. 23. sup. de euict. l. mulier, de cond. instit. l. cum pater, C. de iure dot.* Et Vlpianus aperte, quod nescierunt interpretes *lib. singul. regul. tit. de dotibus.* Quæritur autem hoc loco, an ex causa fideicommissi, mater eam partem dotis, quæ sibi pro parte hereditaria adiudicata est, L. Titio fideicommissario restituere teneatur? Et respondet, non teneri. Optima ratione, quia hereditatem tantum L. Titio restituere rogata est, & pars illa dotis, non hereditati accepta fertur, sed errori & imperitiæ iudicis, qui eam quasi ex pacto debitam matri perperam adiudicauit: & mater quoque eam accepit, non vt heres, sed vt mater ex pacto. Multum autem interest, quo animo, quoque iure quid quis accipiat vel habeat, vt & in priori quæstione huius legis: Creditor pignoratitius adita hereditate debitoris, licet eadem opera adquisierit dominium pignoris, quod fuit debitoris, tamen restituta hereditate ex causa fideicommissi, ius pignoris saluum habet, quia id nunquam ipse sibi habuit vt dominus, sed vt creditor: nec fuit etiam, vt id sibi haberet vt dominus, qui mox dominium amissurus erat restituta hereditate, quia restitutio mutat dominium, *l. facta in princip. hoc tit.* Quod autem dixi, matri filiam pacisci inutiliter, ei forte obiicies

l. Caius,

l. Caius, *sol. matrim*, *& l. pater C. de pact. conuent. & l. Publia*, *depos.* vbi ex pacto vel stipulatione dotis reddendæ, vel depositi reddendi filio vel filiæ, nepoti vel nepti interposita a patre vel matre, vel ab auo paterno vel materno, liberis ex æquitate accommodatur vtilis actio. Sed contra id obiicies, aliud esse filiam pacisci matri, vt longe, in proposita specie, quod sit inutiliter aliud patrem vel matrem, vel auum pacisci filiis vel nepoti, quod non fit prorsus inutiliter, quia liberis ex æquitate accommodatur vtilis actio: hoc datur iure speciali summo affectui, atque enixæ beneuolentiæ parentum erga liberos, ne liberi eorum beneficio, liberalitate, affectione propensissima defraudentur. Natura certe maior est parentum affectio, quam liberorum. Parentes enim liberos diligunt quasi partem sui: filij autem patres, quod ab iis profecti & procreati sint. Propior autem est genito genitor, quam genitus genitori. Et adiicit Arist. *Certius parentes scire, qui sui liberi, quam liberos, qui sint sui parentes.* Ac præterea, *antiquiorem esse amorem parentum quam liberorum*, natos enim ex nobis statim amplectimur & diligimus: nati autem non statim, sed procedente ætate, tempore, & consuetudine. Denique summis affectionibus parentum est cur plus iuris tribuant auctores quam filiis.

Ad leg. 71. Granius, de fideiussor.

Granius Antoninus pro Iulio Pollione & Iulio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita vt duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit. Iulij bona ad fiscum venerunt. Similiter & creditori fiscus successerat. Mandator allegabat, se liberatum iure confusionis: quia fiscus tam creditori, quam debitori successerat. Et quidem si vnus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fideiussorem, ita & mandatorem liberatum esse. Quamvis enim iudicio conuento principali debitore mandator non liberetur: tamen vbi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione, etiam mandator liberatur: vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint, & alteri heres extitit creditor: iusta dubitatio est, vtrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione. Et puto aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam. Sed & accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse: vt quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eiusdem pecuniæ non liberari: & per hoc nec fideiussorem, vel mandatorem eius. Plane, quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si cœperit conueniri. Cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socij fuerunt, posse creditorem agere. Quod si creditor fideiussori heres fuerit, vel fideiussor creditori, puto conuenire, confusione obligationis non liberari reum.

1. §. *Si ponamus, vnum ex reis promittendi pactum esse, ne a se peteretur, deinde mandatorem soluisse: mandati iudicio conuenire potuit etiam eum, cum quo pactum est. Non enim pactum creditoris, tollit alienam actionem.*

2. §. *Placet mandatorem teneri, etiamsi fœneraturo creditori mandet pecuniam credere.*

GRanius pro quo nomine ante Florent. editionem legebatur *Vranius*, vt P. Granius quidam Codices habent in Bruto Ciceroni, vt *Granius Flaccus* apud Censorinum. Quæstio autem huius legis est etiam de confusione obligationis. Species est huiusmodi: Quidam mandatu Granij pecuniam credidit Pollioni & Rufo, ita vt essent duo rei eiusdem debiti, id est, vt singuli obligarentur in solidum, & in partem virilem. Postea Pollionis vnius ex reis debendi bona confiscata sunt ex causa criminis cuiusdam. Deinde confiscata etiam sunt bona creditoris, atque ita fiscus successit creditori, & debitori. Et facta ergo videtur confusio obligationis, non principalis tantum, qua Pollio tenebatur, sed etiam mandatoris, qua Granius tenebatur obstrictus. Et sane, si vnus tantum fuisset debitor, confusione huiusmodi liberaretur, non debitor tantum, sed & mandator & fideiussor, *l. 2. de solut.* Quia etsi electo siue iudicio conuento principali debitore, non continuo mandator aut fideiussor liberatur, antequam pecunia persoluta sit, l. 13. hoc tit. confusa tamen obligatione debitoris, consequens est, mandatorem quoque eius, vel fideiussorem liberari, non tam, quia confusio solutionem imitatur, quam quod natura non patitur, vt quis pro fisco & apud fiscum obligatus sit ex causa mandati vel fideiussionis, vt in *l. heres §. quod si stipulator, & l. si quis pro eo §. 1. hoc tit. l. tutor, ad Vellcian. l. qui hominem §. quidam, de sol.* quia res in eam causam deducta est, a qua nec incipere poterat. neque enim potuit initio idem esse creditor & debitor, *l. pro parte*, *de seruit. l. existimo, de verb. oblig.* Et ita quidem (vt dixi) res se habet, si vnus tantum esset debitor. At quia in specie proposita duo sunt rei debendi, Pollio & Rufus, & Pollionis confusa obligatio est publicatione bonorum eius, non etiam obligatio Rufi, dicimus propter Rufum, mandatorem ipso iure obligatum manere, neque enim per omnia confusio solutioni comparatur. Solutio facta ab vno liberaret vtrumque reum debendi, & accessiones siue intercessores omnes: confusio liberat tantum personam eius debitoris, cui creditor successit, & ex persona eius mandatorem vel fideiussorem. At non liberat etiam alterum correum, puta Rufum, neque ex Rufi persona, mandatorem, proinde Rufus tenetur in solidum, si non fuerint socij Pollio & Rufus: vel tenetur in partem virilem tantum, si socij fuerint, quia communis obligatio pro parte confusione sublata est. Mandator autem ex persona Rufi, licet ipso iure non liberetur, tamen (vt rectissime docet) liberatur per exceptionem doli mali, si fiscus ab eo petat vt creditor, quia quod ei soluerit, id mox a fisco vt debitore repetere potest actione mandati, & dolo malo facit qui petit, quod redditurus est, *l. dolo*, *de doli except.* Quod & Quintil. ait, Declamat. 273. *idem es reus, a quo fui repetiturus, si quid tanquam sponsor soluissem.* Ad hæc notandum & in aliis plerisque causis confusionem non sequi ius solutionis, vt in priore quæstione, *l. debitor*, quam sup. exposuimus, & *l. cum quis §. vlt. de solut.* nam solutio liberat pignora: confusio non item. Et quod ait lex *in omnibus*, *de solut.* in omnibus speciebus liberationum etiam hypothecas & pignora liberari, id falsum est in confusione. Non sequitur etiam confusio ius solutionis in specie proposita in hac l. illo loco, *Quod si creditor, &c.* Solutio fideiussoris, vel mandatoris, id est, si fideiussor soluerit creditori, vel mandator, liberat debitorem, nihil est euidentius. Confusio, vt puta, *si creditor fideiussori*, vel contra, *fideiussor creditori heres extiterit*, fideiussor solus liberatur, non debitor, vt *d. l. in omnibus*; *& l. heres §. vlt. hoc tit.* Cætera quæ sunt in hac leg. non sunt de confusione & sunt satis aperta. In §. *si ponamus*, vno ex reis debendi paciscente cum creditore, ne a se pecunia petatur, quod pactum personale est proculdubio, & postea mandatore soluente creditori, hoc casu, id quod mandator soluerit creditori, actione mandati repetere potest, non tantum ab eo, qui pactus non est, sed & ab eo, qui pactus est, ne a se creditor peteret, quia solutione mandator vtrumque liberauit: & pactum quod cum creditore correus habuit, non potuit tollere alienam obligationem, puta obligationem mandatoris, sed suam tantum, per exceptionem pacti scilicet quia nec sua ipso iure pacto tollitur. Postremo videamus, quid sit quod ait: *Placet mandatorem teneri etiam si, &c.* quid hoc sibi vult? an mandatum posse præcedere obligationem quod est certo certius, vel posse sequi, vt in *l. si vero non remunerandi §. si post, & l. si præcedente §. Lucius, mand.* sicut & fideiussio præcedere aut sequi

poteſt obligationem principalem, *l. 6. §. vlt. hoc tit, §. ſi fideiuſſor, Inſtit. de fideiuſſ.* An igitur in fine huius l. hoc ſignificat, mandatum poſſe præcedere principalem obligationem, & mandatorem accipi poſſe ante creditam pecuniam debitori principali futuro? minime. Hoc non vult Paulus ſed Pauli ſententia hæc eſt: credendi verbo etiam fœnus ſignificari, & ideo eum, qui mandauit creditori pecuniam credere, teneri etiamſi creditor eam fœnerauerit, non ſimpliciter crediderit.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad librum V. Quæſtionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 43. de Pactis.

In emptionibus, ſcimus, quid præſtare debitor debeat, quidque ex contrario emptor. Quod ſi in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id ſeruari debebit.

Initium huic libro 5. dabit *l. 43. de pactis.* Cui adiungam etiam *l. 6. de hered. vel act. vend. & l. 7. de reſcind. vend.* In l. 43. Florentini ita ſcriptum habent perperam, *in emptionibus ſcimus, quid præſtare debitor debeat.* vulgo rectius, *quid præſtare venditor debeat*, vt & in Baſilicis, ἔξεστιν ἀπὸ συμφώνου μειοῦν τὰ παρὰ τοῦ πράτου, ἢ τοῦ ἀγοραστοῦ ὀφείλοντα γενέσθαι. id eſt, *licet pacto imminuere, & immutare ea, quæ a venditore, vel emptore præſtari debent.* Scimus, inquit, id eſt, compertum & exploratum nobis eſt, in emptionibus, quid iure venditor conuentus actione ex empto, vel quid emptor conuentus actione ex vendito præſtare debeat, ſed id pacto imminui & immutari poteſt. vt ſi paciſcantur inter ſe emptor & venditor, ne venditor caueat, aut teneatur de euictione, *l. pacta, de contrah. empt.* vel ne conueniatur actione redhibitoria, aut quanti minoris, *l. paciſci, hoc tit.* vel vt emptori remittatur pars pretij, de quo initio conuentum eſt, *l. emptor, in princip. hoc tit.* vel vt emptori non præſtentur dolia in horreo vendito defoſſa: vel ne præſtentur lapidicinæ, quæ ſunt in fundo vendito, quæ alioquin ſequerentur emptorem, *l. dolia, l. in venditione, de contrah. empt.* Scimus, inquit, iure quid debeat præſtare venditor, quid emptor viciſſim, ſed ſi quid in contrahendo exceptum fuerit pacto conuento ex his, quæ iure empti & venditi continentur, id ſeruari debet. Vlpianus in *l. contractus, de reg. iur.* Id ſeruatur, inquit, quod ab initio conuenit: legem enim contractui dedit, ſiquid, inquit, exceptum fuerit. Qua ratione fortaſſe hæc pacta etiam dicuntur exceptiones in *l. iuriſgentium §. adeo, ſup. hoc tit.* Vt autem in Florentinis hoc loco perperam, ſcriptum eſt, *Debitor* pro *Venditor*, ita contraria ratione in *l. ſiquis dolo §. 1. de re iud. Venditor* pro *Debitor.* Similiter male in Florent. *l.* 18. de *furtis, cum debitore*, & vulgo rectius, *cum emptore*, vt in Baſil. μετὰ τοῦ ἀγοράζοντος, &c.

Ad leg. 6. De hered. vel act. vend.

Emptori nominis etiam pignoris perſecutio præſtari debet: eius quoque, quod poſtea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodeſt emptori.

Coniungenda nobis hæc lex eſt cum ſuperiori, & ex ea, aut occaſione eius poteſt apponi exemplum ad leg. 43. & ambæ coniungi hoc modo: *Venditor nominis*, id eſt, crediti, cautionis, obligationis, actionis, ſi fuerit creditor pigneratitius, debet emptori cedere & præſtare non tantum principalem obligationem, ſed & hypothecariam, id eſt, perſecutionem pignoris: & non tantum pignoris accepti ante venditionem, ſed & eius quod poſt venditionem accepit antequam emptori vllam cederet actionem: nam beneficium venditoris prodeſſe debet emptori: quæ eſt ſententia legis 6. Ideoque etſi mandatorem vel fideiuſſorem venditor a debitore, cuius nomen vendiderit, acceperit, actionem mandati, vel ex ſtipulatu aduerſus mandatorem, vel fideiuſſorem, cedere debet emptori. Verum hoc ita accipiendum eſt, niſi aliud actum ſit, *l. venditor actionis, inf. h. tit.* Nam vt ait lex 43. ſi quid in emptionibus exceptum fuerit, id ſeruari oportet. Et ita venditor nominis præſtat debitorem eſſe eum, cuius nomen vendidit: ſed non debet præſtare idoneum eſſe & locupletem debitorem, niſi id actum ſit, *l. 4. hoc t.* Præſtare tantum debet eſſe debitorem, & quidem nulla exceptione ſuffultum eſſe, niſi aliud in contrarium actum ſit, *l. 5. hoc tit.* quia in emptionibus, quod excipitur, omnimodo ſeruatur. Et nihil eſt præterea in hac l. 6.

Ad leg. 7. De reſcind. vend.

Si id, quod pure emi, ſub conditione rurſus emam, nihil agitur poſteriore emptione.

1. §. Si pupilli perſona interuenit, qui ante ſine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur, renouata venditio efficit, vt inuicem obligati ſint. Quod ſi ante tutoris auctoritas interuenit, deinde ſine tutore auctore emit, nihil actum eſt poſteriore emptione. Idem poteſt quæri, ſi ſine tutoris auctoritate pactus fuerit, vt diſcedatur ab emptione: an proinde ſit, atque ſi ab initio ſine tutoris auctoritate emiſſet, vt ſcilicet ipſe non teneatur, ſed agente eo, retentiones competant. Sed nec illud ſine ratione dicetur: quoniam initio recte emptio ſit contracta, vix bonæ fidei conuenire, eo pacto ſtari, quod alteri captioſum ſit, & maxime, ſi iuſto errore ſit deceptus.

Sequitur *l. 7. de reſcind. vend.* Si quod pure emi, rurſus emam ſub conditione eodem pretio, non maiore, vel minore, vt recte Odofredus addit (alioqui renouata emptio eſſet, *l. pacta, de contrah. empt.*) ait Paulus initio huius legis, nullam eſſe poſteriorem emptionem, quæ eſt conditionalis: nec a priore, quæ pura eſt, receſſum videri: a priore, quæ perfecta eſt, receſſum non videri per imperfectam, qualis eſt conditionalis, *l. neceſſario, inf. de per. & comm. rei vend.* Itaque ſiue defecerit conditio poſterioris emptionis, prior emptio manet integra: ſiue extiterit conditio poſterioris emptionis, ea ſane nihil prodeſt, nihil immutaſſe vel adieciſſe intelligitur. Et ita, ſi te pure heredem inſtituero, deinde ſub conditione te eundem inſtituam, nihil valet ſequens inſtitutio, quia prior ſatis fuit plena, *l. ſi te ſolum §. 1. de hered. inſt.* quam miror nullum interpretem adducere in hanc rem. At ex diuerſo, ſi quid emi ſub conditione, rurſus eodem pretio emam pure, credo Paulum ſubſcripſiſſe, poſteriorem emptionem eſſe potiorem, & priorem infirmari: ſicut ſi quem ſub conditione heredem feci, deinde faciam heredem pure, verum eſt poſteriorem inſtitutionem eſſe potiorem, quia eſt hæc plenior quam prior, *l. 67. de hered. inſtit.* Et ita congruenter & conuenienter ſubiicit Paulus in hac l. ſi quod pupillus emit tutore auctore, rurſus emat ſine tutoris auctoritate, nihil agi poſteriore emptione. Contra, ſi quod pupillus emit ſine tutoris auctoritate, deinde emat tutore auctore, poſteriorem emptionem valere, quia plenior eſt: obligat enim vtrunque venditorem & pupillum. Prior emptio claudebat, quia ex vno tantum latere conſiſtebat: Nam qui vendidit pupillo ſine tutoris auctoritate, obligat ſe pupillo, pupillum autem ſibi non obligat, atque ita venditio claudet, *l. Iulianus §. ſi quis a pupillo, de act. emp. l. 1. hoc tit.* Pupillus ſcilicet habet actionem ex empto, vt res vendita ei præſtetur, venditor

ditor non habet actionem de pretio, ex vendito, non habet A actionem pretij. Sed pupillo agente ex empto, & petente ſibi tradi rem venditam, ſane venditor habet retentionem rei venditæ, veluti iure quodam pignoris, quoad pretium offeratur, *l. Iulian. §. offerri, de act. emp. l. quod ſi nolit §. Marcellus, de ædil. ed.* Et hoc eſt, quod infra ait Paulus, pupillum non teneri ex vendito: ſed pupillo agente venditori retentionem competere, id eſt, venditorem pretium ſeruare non poſſe actione, ſed retentione rei tantum, qui locus eſt valde ſingularis. At finge pupillus emit tutore auctore, rite contracta emptio eſt, deinde re integra ſine tutoris auctoritate pactus eſt cum venditore, vt diſcederetur ab emptione. Quæro, vtrum conſiſtat prior emptio, quæ recte contracta eſt tutore auctore, nec reſoluta intelligatur contrario conſenſu, an vero perinde ſit, atque ſi ab initio rem pupillus emiſſet ſine tutoris aucto- B ritate, vt ſcilicet ipſe pupillus liberetur obligatione empti & venditi, non etiam venditor, vt *l. 1. h. t.* vel quod idem eſt, vt venditor non habeat aduerſus pupillum actionem pretij, ſed agente pupillo habeat tantum retentionem rei, quoad ei pretium ſoluatur, vt expoſui paulo ante. Et reſpondet hic Paulus, melius eſſe, vt dicamus, non reſolui emptionem initio recte contractam, quia bonæ fidei non conuenit, vt ſtetur poſteriori pacto, vt ſeruetur poſterius pactum, quod pupillus fecit cum venditore, ſine tutoris auctoritate in fraudem venditoris, id eſt, vt ait, quod venditori captioſum eſt, quod venditori fraudi eſt, & maxime quod omnino exigitur. Alioqui ſeruatur pactum & reſoluitur venditio, ſed non maxime, ſi venditor iuſto errore deceptus ita pepigerit, vt puta cum C puberem eum eſſe exiſtimaret. Hoc igitur caſu, vterque obligatur ex priſtina emptione & venditione iure perfecta, nec ſtatur pacto poſteriori facto ſine tutoris auctoritate, ſi venditor iuſto errore deceptus fuerit: alioqui reſoluitur emptio, & venditio, ſi nullus error venditoris fuerit.

Ad l. 9. Titius, de ſeru. export. & l. 9. Latinus Largus, Qui ſine manum. ad libertat. perueniant.

L. 9. Titius ſeruum vendidit ea lege, vt ſi Romæ moratus eſſet, manus iniicere liceret. Emptor alij eadem lege vendidit: Seruus fugit a ſecundo emptore, & Romæ moratur: Quæro an ſit manus iniectio, & cui? Reſpondi in fugitiuo non eſt D *dubitandum, nihil contra legem factum videri, quia nec domino auferre ſe poteſt, nec qui in fuga eſt, ibi moratur. Quod ſi ex voluntate ſecundi emptoris contra legem moratus ſit, potior habendus eſt, qui auctor fuit legis: Et poſterior, magis admonendi emptoris & liberandi ſe, eandem legem repetierit: nec poterit aliquo modo auferre legem ſui venditoris, cuius conditio extitit: Nam & ſi pœnam promiſiſſet, tenetur: licet ipſe quoque ſtipulatus eſſet. Sed in pœna promiſſa duæ actiones ſunt: manus autem iniectio in ſeruum competit. Quod ſi prior ita vendidit vt proſtituta libera eſſet: poſterior, vt manus iniicere liceret, potior eſt libertas, quam manus iniectio. Plane ſi prior lex manus habeat iniectionem, poſterior libertatem, fauorabilius dicetur liberam fore: quoniam vtra-* E *que conditio pro mancipio additur. Et ſicut manus iniectio, ita libertas eximit eam iniuriam.*

L. 9. Latinus Largus vendidit ancillam ita, vt manumitteretur, non addito tempore. Quæro, quando ex conſtitutione incipit ei libertas competere, ceſſante emptore in manumittendo. Reſpondi: inſpiciendum eſt, quid actum ſit, vtrum, cum primum potuiſſet, vt manumitteret: an vt in poteſtate eſſet emptoris, quando vellet manumittere. Priore caſu facile tempus deprehendi poterit. Poſteriore vtique moriente emptore competit libertas. Si non appareat quid conuenerit: fauor priorem inducet opinionem: id eſt, vt intra duos menſes, ſi ambo præſto ſunt, tam ſeruus quam emptor eius: Seruo enim abſente, niſi emptor intra quatuor menſes impoſuerit libertatem, ex conſtitutionibus ad libertatem eripitur.

Paul.

SPecies hæc eſt: Quidam ciuis Romanus ſeruum vendidit ea lege ne Romæ moraretur: vel propter ſuam ſecuritatem, quia ſibi ab eo ſeruo timeret, ne quod is ſibi crearet periculum, *l. 1. hic.* vel quia oculi ſui conſpectum eius ſerui ferre non poterant: vel qua alia ratione, & huic pacto addidit denunciationem, vt ſi is ſeruus Romæ moraretur, ſibi liceret manum iniicere, & eum abducere quaſi ſeruum ſuum ſine iudicis auctoritate. Poſt emptor eundem ſeruum alij eadem lege vendidit, vt ſi Romæ moraretur, voluntate emptoris ſibi liceret in eum manum iniicere: deinde ſeruus fugit a ſecundo emptore, & Romæ moratur. Quæritur an competat manus iniectio, aut cui competat, priori an poſteriori venditori? Et reſpondet Paulus, in fugitiuo ſeruo manus iniectioni locum non eſſe, quia nihil factum videtur contra legem venditionis, contra pactum venditioni inſertum. Ideo autem nihil contra legem venditionis ſupradictam factum videri, quia, inquit, ſeruus nec domino ſe auferre poteſt, nec qui in fuga eſt, ibi moratur: Vtitur ἐνστάσει & ἀντιπεριστάσει: ἐνστάσει, quia ſeruus, inquit, domino ſe ſubducere & auferre non poteſt: vel (vt dicam apertius) ſeruus dominum poſſeſſione ſui priuare non poteſt per fugam, ſiue dominum ſubuertere non poteſt poſſeſſione ſui, *l. Pomponius, in princ. l. rem quæ, de adquir. poſſeſſ. l. vlt. §. ſeruus, de public. & vectigal. l. non ſolum §. ſi rem, de vſurp. & vſucap.* ἀντιπερίστασις, quia, inquit, etiam ſi ſe domino auferre poſſet, tamen qui eſt in fuga, ibi non moratur, vbi agitat fugam, vt in *l. ſeruus, de leg. 3.* Hæc enim ſunt contraria morari, & eſſe in fuga, ſtare, & fugere aut currere. Ergo nihil factum videtur contra legem venditionis, quia Romæ non intelligitur morari, qui Romæ fugam agit, nec certam ſedem fixit Romæ. Ex quo efficit Albericus, hoc loco, exſulem, cui interdictum eſt ciuitate ſub pœna grauiſſima, ſi in ciuitate moraretur, non incidere in pœnam, ſi tranſeat ciuitatem, aut in ea diuerſetur, quod æquiſſimum eſt. Paulus autem ex eo efficit, in ſpecie propoſita, manus iniectionis locum non eſſe, ſi ſeruus fugerit a ſecundo emptore, quia cum quis in locum fugit, ibi morari non videtur: fugitiui aut erronis nullæ ſunt ſedes certæ & ſi voluntate ſecundi emptoris, hoc eſt, citra fugam Romæ moretur, tametſi manus iniectioni locus ſit hoc caſu, tamen ea non competeret primo emptori, eidemque ſecundo venditori, ſed primo venditori tantum, qui auctor eſt legis ſupradictæ, etiam ſi poſtea ſeruus cucurrerit per plures dominos & emptores, vt in *l. ſi quis ſub hoc pacto, de contrah. empt.* Secundus venditor non eſt eius legis conuentionis auctor, quia ipſe in vendendo eam legem repetiit magis admonendi ſecundi emptoris, & ſe liberandi gratia, & exonerandi, quam quod nollet & ipſum ſeruum Romæ morari. Et ideo non poteſt eſſe potior ſuo venditore in ea lege exercenda, in manu iniicienda: non poteſt præripere, vel auferre legem ſuo venditori, cuius conditio iam exſtitit. Idque comprobat, ducta ſimilitudine a ſtipulatione pœnæ: nam ſi primus venditor non excepiſſet manus iniectionem, ſed ſtipulatus eſſet pœnam ſub eadem conditione, ſi ſeruus Romæ moraretur voluntate emptoris, ac deinde emptor eundem alij ſub eadem lege & pœna vendidiſſet, voluntate ſecundi emptoris, ſeruo Romæ morante, primo venditori aduerſus ſuum emptorem, pœnæ petitio ex ſtipulatu competeret. Ergo & in propoſita ſpecie primo venditori competit manus iniectio, & in eo iure præferetur ſecundo. Sed aliquid intereſt inter hæc duo, vtrum primus emptor ſtipulatus ſit pœnam, ſi ſeruus Romæ moraretur, an ſibi exceperit manus iniectionem: nam priore caſu ſi ſtipulatus ſit ſibi pœnam non tantum primo venditori, ſed etiam ſecundo venditori aduerſus eum qui ſub eadem lege & pœna ſeruum vendidit, competeret pœnæ petitio, atque duæ eſſent actiones pœnales. Vna, primo venditori in ſecundum: altera ſecundo venditori in ſuum emptorem cuius voluntate ſeruus Romæ moratur. Ergo hac re diſtat pœnæ exceptio ab hac exceptione manus inie-

ctionis, quia manus iniectio competit tantum primo venditori; pœnæ persecutio vtrique aduersus suum emptorem. Et ratio differentiæ hæc est, quia secundus venditor etiam sibi pœnam stipulatus est; manus autem iniectionem sibi non recepit, sed quæ suo auctori competeret, quave lege obstrictus esset suo auctori, eadem obstrinxit suum emptorem. Et hæc sunt, quæ pertinent ad priorem partem huius legis. Sequitur alia species in posteriori parte. Prior venditor ancillam vendidit ea lege, vt si prostitueretur ab emptore, protinus libera esset, emptor vero idemque posterior venditor eandem ancillam ea lege vendidit, non vt libera fieret, sed vt manum iniicere liceret, videlicet si prostitueretur: ea vero prostituta a secundo emptore, quæritur, an libertas, quam denuntiauit prior venditor, manus iniectione potior sit, quam sibi recepit posterior venditor? Et respondet Paulus libertatem esse potiorem, nec manus iniectioni locum esse si prostituta sit a secundo emptore. Idemque dicendum ait ex diuerso, si prior lex prioris venditionis habuerit manus iniectionem, posterior libertatem. nam & hoc casu libertas potior est, quamvis libertatis lex sequatur legem manus iniectionis, non præcedat, sicut seruo legato eodemque in eodem testamento libero esse iusso, siue legatum siue libertas præcedat. In obscura voluntate verius est potiorem esse libertatem, *l.* 10. *§. vlt. de manum. test. l.* 14. *de leg.* 2. Et in proposito casu ratio respondendi secundum libertatem probabilis & fauorabilis hæc est, quia vtraque lex siue conditio libertatis siue manus iniectionis additur venditioni pro ancilla ipsa, vt vel per libertatem, vel per manus iniectionem eximatur ab iniuria prostitutionis, & fauorabilius est eam eximi per libertatem, quam per manus iniectionem. Recte Grammatici notant *manum iniicere*, esse verbum iuris. Est enim ex 12. tabul. illo loco: *Manus iniectio esto, in ius ducito.* & alio loco, *Si caluitur, pedemve struit, manum endo iacito.* Sed in l. 12. tabul. eo sermone manus iniectio significatur, quæ fit aduersarij in ius ducendi, vel rapiendi gratia: alias manus iniectio fit in dominum suum, serui vindicandi gratia, vt in priore parte huius legis, cum venditor sibi excepit manus iniectionem, si seruus Romæ moraretur, vt *l.* 1. *C. si seru. export. ven.* In hac autem posteriori parte, manum iniicere, est manum mancipio porrigere, ne prostituatur, vel ne prostitutum maneat, auxilij ferendi gratia, vt in *l. causam §.* 1. *de manumiss.* manus iniectio, inquit, plerunque auxilij ferendi gratia interuenit. Et hoc est, quod ait in fine huius leg. tam libertatem, quam manus iniectionem eximere seruam ab iniuria, auxilium seruæ ferre vel pudicitiæ eius. Arbitror autem cum hac lege esse coniungendam ex eodem libro, *l. vlt. inf. qui sine manum. ad libertat. peru.* quia & ea lex est de legibus mancipiorum vendendorum. Duas iam habuimus, vnam, ne Romæ moretur, alteram, ne prostituatur: tertiam proponit, *d. l. vlt.* videlicet vt manumittatur. In vendendo scilicet mancipio conuenit, vt manumittatur ab emptore, non addito tempore, intra quod manumittatur. Seruus ea lege venditus, vt manumittatur intra certum tempus, transacto illo tempore, cessante emptore manumittere, ipso iure liber fit, ex constitut. D. Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, cuius mentio fit in *l. vlt. sup. tit. de seru. export.* & in aliis plerisque locis iuris nostri. At quum non est adiectum certum tempus, sed dictum simpliciter vt manumittatur, cessante emptore in manumittendo quæritur, quando ex ea constitutione seruus perueniat ad libertatem? Et respondet Paulus inspiciendum esse, quid actum sit inter contrahentes. nam si vel tacite actum sit, vt quum primum poterit, emptor seruum manumittat, facile certum tempus definiri & comprehendi potest, quo debuerit, & potuerit manumitti, vt *l. rogo. inf. quando dies leg. ced.* Ideoque etiam tempus constitutionibus definitum est huic rei, id est, explendæ manumissioni, datis emptori duobus mensibus, si ambo præsentes sint seruus & emptor: vel quatuor mensibus, si seruus absit, quo tempore transacto, ipso iure seruus in libertatem eripitur. Sin autem actum sit, vt cum placeret, cum liceret emptori, cum volenti emptori liberum esset seruum manumittere, vt manumitteretur, libertas differtur in tempus mortis emptoris, quia non intelligitur cessasse in manumittendo cum in eius potestatem reiecisse videatur venditor, quando vellet manumittere. In obscuro autem quum non apparet, quid actum sit inter emptorem & venditorem, ait sequendam esse priorem opinionem quasi fauorabiliorem, vt scilicet si tantum temporis consumptum sit, vt potuerit, debueritque seruus manumitti, puta duo vel quatuor menses, seruus secundum superiorem distinctionem, tum ipso iure liber fit, ex constitutione Marci, vt in *l. naturalis §. at cum, de præsc. verb.* In obscura voluntate, quantum potest, fauendum est libertati semper, vt in *l. pen. in fi. de seru. export. l.* 20. *l.* 179. *de reg. iur.*

Ad leg. Titius 43. & l. Idque 45. De actionib. emp.

Titius, cum decederet, Seia Stichum, Pamphilum, Arescusam, per fideicommissum reliquit, eiusque fideicommisit, vt omnes ad libertatem post annum perduceret. cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset, nec tamen heredem a sua petitione liberasset: heres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommissæ libertatis facta. emptor, cum pluribus annis mancipia supra scripta sibi seruissent, Arescusam manumisit, & cum cæteri quoque serui, cognita voluntate defuncti, fideicommissam libertatem petissent, & heredem ad prætorem perduxissent: iussu prætoris ab herede sunt manumissi. Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere, responderat: cum emptor pretium a venditore empti iudicio, Arescusæ quoque nomine repeteret: lectum est responsum Domitij Vlpiani, quo continebatur, Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. Ego cum meminissem, & Iulianum in ea sententia esse, vt existimaret, post manumissionem quoque empti actionem durare: quæro, quæ sententia vera est. Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, vt sumptus, quos in vnum ex his, quem erudierat fecerat, ei restituerentur. Item quare, Arescusa, quæ recusauit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta: an possit vel legatariam, quæ non liberauit: vel heredem patronum habere. nam cæteri duo ab herede manumissi sunt. Respondi: Semper probaui Iuliani sententiam putantis, (manumissione non amittitur eo modo.) De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est. nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne, quod interest emptoris, seruum non euinci. plane si in tantum pretium excedisse proponas, vt non sit cogitatum a venditore de tanta summa; veluti si ponas agitatorem postea factum, vel pantomimum, euictum esse eum, qui minimo veniit pretio: iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.

45. *Idque & Iulianum agitasse Africanus refert. quod iustum est. sicut minuitur præstatio, si seruus deterior apud emptorem effectus sit, cum euincitur.*

1. §. *Illud expeditius videbatur: si mihi alienam aream vendideris, & in eam ego ædificauero, atque ita eam dominus euincit. nam, quia possim petentem dominum, nisi impensam ædificiorum soluat, doli mali exceptione summouere: magis est, vt ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod & in seruo dicendum est, si in seruitutem, non in libertatem euinceretur: vt dominus mercedes, & impensas præstare debeat, quod si emptor non possideat ædificium, vel seruum: ex empto habebit actionem: in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.*

2. §. *Superest tertia deliberatio, cuius debeat esse liberta Arescusa, quæ recusat emptorem. & non sine ratione dicetur,*

eius

eius debere effici libertam, a quo vendita est: id est heredis: quia & ipse ex empto actione tenetur, sed hoc ita si non Arescusa elegerit emptoris patronatum. tunc etenim & illius remanet liberta: & ille ex empto actionem non habet, quia nihil eius interest, cum eam libertam habet.

HÆ leges magnam affinitatem habent cum leg. 70. *de euict.* Propositio siue species leg. 43. erit admodum perspicua, si initio constituamus, non tantum eos seruos, quibus testamento directa libertas relicta est in diem, vel sub conditione, qui statuliberi dicuntur interim heredis esse pendente die vel conditione, & alienari ab herede posse, sed alienari cum sua causa, id est, secum tracta spe & conditione libertatis; & similiter interim vsucapi posse cum sua causa, itemque manumitti salua tamen spe orcinorum libertorum *l. 2. de statulib.* Nam si interim manumittantur ab herede vel ab emptore, cui eos heres vendidit, non fiunt manumissoris liberti, sed existente postea conditione libertatis directæ, fiunt liberti Orcini ex testamento, siue vt Theophilus noster loquitur, *liberti Charonthei*, quia inuiti non experiuntur grauiora patronorum iuga. Et hoc ius dico non tantum in statuliberis seruari, sed etiam in iis, quibus ab herede, aut legatario vel fideicommissario, relinquitur non directa, sed fideicommissaria libertas in diem, vel sub conditione, qui proprie statuliberi non sunt, sed quasi statuliberi, in hoc maxime, vt non vendantur, non vsucapiantur sine sua causa, non manumittantur item sine causa. Nam & manumissi ab emptore, cui heres rogatus iis præstare libertatem in diem vel sub conditione, eos vendidit: manumissi, inquam, ab emptore, emptoris patronatum recusare, & heredis vel legatarij, vel fideicommissarij, qui rogatus est, eligere possunt ex constitutionibus Adriani & Pij, *l. generaliter §. vlt. l. non tantum §. si per fideicommissum, de fideicom. libert.* quarum constitutionem meminit etiam Paulus hoc loco. Et iidem non manumissi, plerumque optionem patroni habent, vt scilicet vel ab herede manumittantur, aut legatario vel fideicommiss. qui rogatus est vel ab emptore, si interim venditi sint ab eo qui rogatus est idque prætore fideicommissario interueniente & ad manumittendum compellente eum, quem elegerit. Hæc sunt certissima. Quibus præmissis, finge. L. Titius testator Seiam, cui tres seruos, verbis fideicommissariis legauerat, Stichum, Pamphilum & Arescusam, rogauit, vt eos seruos post annum manumitteret. Seia fideicommissum noluit ad se pertinere, id est, repudiauit, nam nolle legatum ad se pertinere est repudiare, *l. filium, l. in plurium, de acquir. hered.* & perperam hæc duo separant interpretes, vt nolle ad se hereditatem pertinere est repudiare hereditatem. Denique repudiare hereditatem, vel legatum in iure, id est, ad sellam prætoris est constituere, & respondere se nolle heredem, vel legatarium vel fideicommissarium esse. Seia igitur repudiauit fideicommissum, nec tamen heredem a petitione fideicommissi liberauit acceptilatione, vel pacto. Repudiatio vero sola, (quod maxime notandum) non liberat heredem, quia cum herede ea res non geritur. Verum serui, qui repudiantur, remanent apud heredem cum onere præstandæ fideicommissariæ libertatis. Postea vero heres eos seruos, qui apud eum remanserant alij vendidit, nulla facta mentione libertatis fideicommissariæ, cuius causam secum trahebant. Emptor ignarus fideicommissariæ libertatis, cum eos seruos longo tempore possedisset & tenuisset, tandem Arescusam manumisit sua sponte, Stichum & Pamphilum retinuit in potestate. Cognita autem voluntate L. Titij Arescusa respondit, se nolle emptorem, a quo manumissa erat, patronum habere, & respondit in iure, vt in *d. l. in plurium*, respondit nolle ad se hereditatem pertinere: respondit scilicet in iure nam repudiatio fit in iure *l. sicut C. de repud. hered.* recusatio quoque patroni fit in iure. Arescusa igitur repudiauit in iure patronatum emptoris, eiusdemque manumissoris. Cæteri autem serui Stichus & Pamphilus, reiecto etiam emptore petierunt ab herede fideicommissariam libertatem & iussu prætoris fideicommissarij ab herede redempti, & manumissi sunt. Emptor agit ex empto cum herede, & pretium repetit quod heredi numerauit pro Arescusa, eo quod libertam sibi Arescusam habere non licet, quæ recusat suum patronatum. Inde oriuntur quæstiones & deliberationes tres, quæ sunt agitatæ ex vtraque parte in auditorio principis vel præfecti prætorio, qui vice principis iudicat, vt illa verba demonstrant in hac lege *in eadem cognitione.* Cognitio enim per eminentiam dicitur pro cognitione principis, vt apud Suetonius in Claudio rem cognitionis esse, non iuris ordinarij. Prima quæstio hæc est, an recte in heredem, eundemque venditorem emptor agat ex empto, & Arescusæ quoque nomine, quam sponte sua manumisit, pretium repetat, quod pro ea heredi numerauit, Arescusa nimirum illum patronum habere recusante, vt ei permittunt constitutiones Adriani & Pij: ne duriorem patronum experiatur, quam testator voluerit: aut an Arescusæ quoque nomine emptor pretium repetat. bene quoque, quia ceterorum seruorum pretium, iam consequutus est emptor ab herede qui eos redemit, & qui eos reuendit, vt *l. 15. de fideicom. libert.* Et ad hanc quæstionem primam, qui Paulum consulebat, referebat, lectum in auditorio fuisse responsum Vlpiani, scribentis post manumissionem Arescusæ, nihil posse emptorem, eundemque manumissorem voluntarium ab herede consequi actione ex empto. Cum autem idem consultor meminisset in alia sententia fuisse Iulianum, rogabat Paulum vtrius sententiam veriorem esse existimaret, Iuliani an Vlpiani? Cæterum legendum, vt in contextu Florent. *Ego cum meminissem*, vt similiter in *l. 5. de manum. vindic.* Ratio autem Vlpiani hæc erat, quia emptor Arescusam sua voluntate sponte sua manumisit, ac proinde amisit eam suo facto, & ideo videtur non posse agere nomine euictionis, quod eam libertam non habeat, vt in *l. 16. §. pen. & l. 25 inf. de euict. l. si hominem, inf. de ædil. edic.* Ratio Iuliani hæc est, quia heres sciens emptori Aresc. cusam vendidit, celata conditione fideicommissariæ libertatis. Ideoque vel plectendæ reticentiæ gratia, heres pretium quoque Arescusæ reddere debet emptori hoc nomine, quod emptor libertam eam non habeat, vt etiam est proditum in *l. 16. inf. de euict.* Et Iuliani sententiæ, tanquam æquiori merito subscribit Paulus hoc loco, *semper*, inquit, *probaui Iuliani sententiam putantis manumissione actionem empti, non amitti eo modo.* sic enim legendum, *eo modo.* id est, cum manumisit emptor ancillam, quam se libertam habiturum sperabat, nesciens ei deberi fideicommissariam libertatem, quod eam legem in vendendo celauerit heres. Et hæc est 1. quæstionis definitio. Secunda quæstio est, non iam de Arescusa, sed de Sticho, si aliquos sumptus fecerit emptor, ad erudiendum Stichum, an eos actione ex empto ab herede repetere possit? Pretium Stichi iam consequutus est herede iussu prætoris coacto seruum redimere, & ipso coacto reuendere. Quidni? cum & manumittere eum cogatur, si ab eo seruus manumitti malit, *d. l. generaliter §. vlt.* An igitur superest emptori horum sumptuum repetitio? Et huic quæstioni Paulus non respondet statim, sed de ea videndum, & deliberandum esse ait. Ac tentat primum superesse emptori horum sumptuum repetitionem. quia re euicta, quæ væniit vltra pretium actio ex empto continet omne quod interest emptoris rem non euinci, omne quod venditorem dare facere oportet, vt est in formula ex fide bona. Idque ex hoc ipso Pauli libro etiam repetitur in *l. 70. inf. de euict.* Et sane sicut si deterior factus fuerit seruus venditus apud emptorem, quum euincitur (nam eo tempore) quod notandum, (spectatur quanti sit seruus, qui euincitur emptori,) sicut, inquam, si deterior factus sit seruus venditus apud emptorem, siue depretiatus sit, eo minus emptor repetit actione ex empto, vt consequenter idem Paulus ait in *l. 45. hoc t.* si quid fundo vendito flumen abstulerit, quum euincitur, eo minus repetit, *d. l. 70.* eo minus repetit actione ex empto scilicet. Nam vt Accursius distinguit recte, ex stipulatione du-

plæ, quæ strictior est, solidum repeti, licet euictionis tempore res minor, aut deterior facta sit, *l. ex mille, eod. tit. de euict.* Ita vero, si seruus melior factus sit, & pretiosior quum euincitur, eo plus a venditore repetit emptor actione ex empto. Repetit ergo, vt videtur, sumptus eruditionis, & mercedem magistrorum, quorum doctrina seruus melior & doctior factus est. Excipitur tantum vnus casus, si in tantum seruus factus sit pretiosior, vt immensum nunc plane sit eius pretium, quod in vendendo venditori nunquam venerit in mentem, in tantum excrescere posse, vt si (quibus exemplis Paulus vtitur) factus sit curulium circensium agitator insignis, vel pantomimus insignis, cuius in theatro paratissima sint signa in omnem significationem rerum & affectuum, hoc casu iniquum est, venditorem damnari in tam immensam quantitatem, maxime, si bonæ fidei debitor sit, nec idoneas facultates habeat ad soluendam tantam quantitatem. Nam & id, quod interest in actione ex empto, non æstimatur in infinitum, neque debet egredi duplum, vt si pretium emptionis fuerit decem, non debet excedere viginti, etsi hodie serui pretium excedat 20. quod ex Iuliano Africanus scribit in *leg. sequenti.* Et ratio hæc est in actione ex empto, cur in ea æstimatio eius, quod interest non excedat duplum, quia moris erat ex causa euictionis, cauere tantum duplam, & quod moris est, inesse intelligitur bonæ fidei iudicio, siue actioni ex empto, quam taxationem dupli tamen postea Iustinianus porrexit ad omnes casus certos, *l. vn. de sent. quæ pro eo, quod inter. profer.* In actione ex empto, id quod interest, si excedat duplum, nimium est. Id autem, quod nimium est, resecari bonæ fidei iudicio conuenit, ita vt æstimatio eius quod interest, ad finem dupli coarctetur. Hoc autem casu excepto videtur emptori competere sumptuum repetitio per actionem ex empto. Quod vt euidentius appareat, perquam subtiliter idem Paulus in *l.* 45. in qua persequitur ea, quæ proposuit in *l.* 43. primum constituit, vt solet omnia mouere & omnem lapidem, quum quæstionem aliquam iuris tractat & quandoque incondite & inartificiose, ea, inquam, primum constituit: Area aliena vendita a non domino, si emptor eam meliorem fecerit imposito ædificio, quia omni iure ædificium cedit solo, euictis ædibus a domino, emptorem a venditore actione ex empto sumptus ædificiorum repetere non posse, quia imputatur ei, quod eos sumptus domino rem vindicante sibi non seruauerit, vt potuit, per retentionem rei, & exceptionem doli mali, *l.* 14. *de doli except. l. sumptus, de rei vindic. l. si in area, de condic. indeb. l.* 14. *comm. diuid.* Idemque procedit seruo alieno vendito, quem emptor meliorem, doctiorem, pretiosorem fecit. Namque si verus dominus eum euincat in seruitutem, sumptus eruditionis & mercedes magistrorum ad periculum venditoris non pertinent, quia emptor eos potuit seruare a domino seruum vindicante opposita exceptione doli mali, vt in *l.* 16. *C. de euict.* Cur non seruarit, de se quæratur. Et hæc quidem ita plane se habent in his casibus, vt imputetur emptori, quod impensas sibi non seruauerit per retentionem. At retentio huiusmodi fieri non potest in specie proposita, seruo vendito euicto in libertatem, & manumisso iussu prætoris, quia liber homo possideri & retineri non potest, qui ve ad libertatem euincitur, aut proclamat. Ergo quasi deficiente emptori remedio retentionis, in casu proposito emptor de sumptibus regressum habet aduersus venditorem. Nam & ita, vt idem Paulus ostendit, si ædificium, vel seruum, qui petitur in seruitutem, emptor non possideat, si modo sua sponte, aut sua culpa non amiserit possessionem, vt *l. si rem §.1. inf. de euict.* hoc etiã casu, quia deficit emptori remedium retentionis, quod ædes non possideat aut seruum, nec sua sponte, aut sua culpa desierit possidere, salua ei est aduersus venditorem repetitio sumptuum, vt in *l.* 9. *C. de euict.* Post longam disputationem, Paulus tandem concludit, in omnibus his casibus ante relatis, eum, qui sciens vendidit seruum alienum, euicto seruo, de sumptibus factis in eum erudiendum, actione ex empto teneri omnimodo, id est, etiamsi retentione emptor aduersus dominũ vti potuerit, quia deceptus est a venditore. Et eodem exemplo forte in specie initio proposita, quia venditor seruum vendidit, sciens implicitum ei esse casum fideicommissariæ libertatis relictæ post annum, emptori plectendæ reticentiæ gratia, æquum est aduersus eum dari persecutionem sumptuum omnimodo, id est, etiam vltra duplum, atque ita omnia, quæ ante mouit Paulus & disquisiuit suo more, in venditore tantum bonæ fidei, qui vendidit ignorans causam fideicommissariæ libertatis, locum habent. Et ita quæstio, quæ erat prolixior, finienda est. Tertia, quæ est breuissima, quæ scilicet nascitur ex specie initio proposita, est de Arescusa, nempe cuius sit liberta Arescusa quæ recusauit, vt diximus, emptorem, qui manumisit, patronum habere, an possit patronum optare heredem vel Seiam legatariam, qui quæve Arescusam non manumisit: nam videbatur legatariam optare posse, licet repudiasset legatum, quia (vt initio legis 43. proposui,) legataria licet repudiauerit, nondum liberauit heredem a petitione fideicommissi. An igitur liberum est Arescusæ, si hoc malit, Seiam patronam eligere, Seiam legatariam. Paulus enim accipit legatariam pro fideicommissaria, sicut legati nomine generaliter etiam fideicommissum continetur. At respondet Paulus in *l.* 45. §. *vlt.* Arescusæ patronatum potius heredis optandum esse. si recuset emptorem: hac ratione, quia & heres ob id quod illa recusat emptorem patronum, eo nomine tenetur emptori actione ex empto de pretio, vt iam dictum est, atque ita fit vt manumissor non sit patronus sed non manumissor, arbitratu manumissi, ex beneficio supradictarum constitutionum. Si Arescusa non recusaret patronatum emptoris, nullus esset labor, quia nec heres eo casu teneretur emptori ex empto, quia nihil emptori abest, quum Arescusam sua voluntate, & non coactus manumiserit, & nunc eam libertam habeat: at quum recusat emptorem habere patronum, sane non potest se in alterius patronatum conferre, quam heredis, qui etiam propter recusationem eius, tenetur emptori de pretio Arescusæ. Et in extremo legis 45. quod Glossæ obiiciunt legem *naturalis* §. *vlt. de præscript. verb.* id nos in ea lege explicabimus, quæ sequitur.

Ad l. 5. naturalis, de præscr. verb.

Naturalis meus filius seruit tibi: & tuus filius mihi. Conuenit inter nos, vt & tu meum manumitteres, & ego tuum. ego manumisi: tu non manumisisti. qua actione mihi teneris quæsitum est. In hac quæstione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, vt des, aut do, vt facias, aut facio, vt des, aut facio, vt facias. In quibus quæritur quæ obligatio nascatur.

1. §. *Et si quidem pecuniam dem, vt rem accipiam: emptio & venditio est. Sin autem rem do, vt rem accipiam: quia non placet permutationem rerum emptionem esse: dubium non est, nasci ciuilem obligationem, in qua actione id veniet: non vt reddas id quod acceperis: sed vt damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo conuenit, accipere: vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est: quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares: periculo meo Stichus erit: ac tu duntaxat culpam præstare debes. Explicitus est articulus ille, do, vt des.*

2. §. *At cum do vt facias: si tale sit factum, quod locari solet, puta vt tabulam pingas: pecunia data, locatio erit. Sicut superiore casu emptio. Si res: non erit locatio: sed nascetur vel ciuilis actio in hoc, quod mea interest: vel ad repetendum condictio: Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta vt seruum manumittas, siue certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur, idque cum potuisset manumitti, viuo seruo transierit, siue finitum non fuit, & tantum temporis consumptum sit, vt potuerit, manumittique debuerit: condici ei potest: vel præscriptis verbis agi, quod his, quæ diximus, conuenit. Sed si dedi tibi seruum, vt seruum tuum manumitteres:*

&

& manumisisti, & is quem dedi euictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit: si ignorans, in factum ciuilem.

3. §. *Quod si faciam, vt des: & posteaquam feci, cessas dare, nulla erat ciuilis actio: & ideo de dolo dabitur.*

4. §. *Sed si facio, vt facias: hæc species tractatus plures recipit, nam si pacti sumus, vt tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romæ: vel vt tu in meo, ego in tuo solo ædificem, & ego ædificaui, & tu cessas: in priorem speciem mandatum quodammodo interuenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest, quamuis enim & impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere, possum enim tibi mandare, vt & mihi custodiam præstes, & non plus impendas in exigendo, quam decem, & si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit, vt & hic mandatum interuenisse videatur, quasi refundamus inuicem impensas. Neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, & in insulis fabricandis, & in debitoribus exigendis, præscriptis verbis dari actionem, quæ actio similis erit mandati actioni: quemadmodum in superioribus casibus locationi & emptioni.*

5. §. *Si ergo hæc sunt vbi de faciendo ab vtroque conuenit, & in proposita quæstione idem dici potest: & necessario sequitur, vt eius fiat condemnatio, quanti interest mea, seruum habere, quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest æstimari.*

PRopositio huius legis est facillima. *Naturalis meus filius seruit tibi, & tuus mihi,* inquit, &c. *Naturalis filius* meus est is, quem ex ancillæ mulieris consuetudine quæsiui, finge: Is filius meus, seruus tuus est, quia & mater eius forte serua tua, & viciſsim filius tuus naturalis, seruus est meus: tu scilicet solebas cum ancilla mea, ego cum tua: conuenit inter nos vt tu meum manumitteres, ego tuum. Hæc conuentio est pactum nudum, non contractus: regulariter ex pacto nudo iure ciuili, vel prætorio non nascitur actio, ex contractu nascitur: at si ego tuum iam manumisi, si iam pro mea parte impleui conuentionis fidem, conuentio quæ initio erat tantum pactum nudum, iam abiit in contractum, quia ex mea parte causa subest, id est, manumiſsio. Pactum nudum est conuentio, quæ proprium & legitimum nomen non habet: & quæ intra verba sola primumque promiſsum stetit, nec dum datione, vel facto, vel stipulatione sumpsit effectum, *l. si tibi, C. de loc. l. si diuisionem C. famil. ercisc. l. iurisgentium, l. diuisionis, sup. de pact.* Et in definitione Vlpiani, duorum pluriumve in idem placitum consensus, id est, nihil nisi placitum nudum, nihil nisi consensus nudus, sine nomine & causa. Conuentio quæ proprium & legitimum nomen habet, licet sit nuda conuentio, vt emptio & venditio, quæ perficitur nuda conuentione, locatio, conductio, societas & mandatum, contractus est, non pactum. Conuentio item, quæ datione vel facto veluti manumiſsione sumpsit effectum, licet proprium nomen non habeat, contractus est, non pactum, *l. legem, C. de pact.* Non est, inquit, pactum nudum, quum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea conuenit, vt *l. 8. in fine, hoc tit.* non videri pactum nudum interuenisse, quoties lege certa dari probaretur: & adde, vel fieri. Non est igitur pactum nudum, si ego iam manumisi filium tuum naturalem antequam tu meum manumitteres, sed est contractus. Et (vt idem dicam, sed fortasse apertius) contractus est conuentio, quæ nomen habet proprium & speciale: vel quæ nomen non habet proprium, cui tamen res accedit, vt *manumitto hunc, vt illum manumittas: do fundum tibi vt des mihi domum: do tibi decem vt eas Romam.* Factum vel datio, quæ impletur ex vna parte couenientium, quæ fit eliciendi ex altera parte alius facti, aliusve dationis, res est, causa est, quæ conuentioni accedit: pactum autem est conuentio quæ proprio nomine vacat & cui nulla causa subest, id est, cui nulla res accedit præter placitum nudum *d. leg. iurisgentium, §. sed cum nulla,* vt manumittam filium tuum, vt tu manumittas meum, pactum nudum est. Et similiter dabo tibi Stichum, vt tu mihi Pamphilum: vel, dabo tibi decem, vt tu filium meum qui tibi seruit, manumittas. At si cum conuenisset, vt ego tuum filium manumitterem (quæ est species huius legis) & tu meum, & hæc conuentio, quæ nudum pactum est, non stererit intra finem placiti, sed processerit vlterius, vt puta, si reipsa ego prior exsoluero fidem, & filium tuum manumisero, iam res ex pacto nudo in contractum transiit: Ex eo igitur nascitur obligatio & actio, quæ non nasceretur ex pacto nudo. At quæritur hoc loco, quænam ea actio sit quæ mihi in te competat, postquam manumisi filium tuum, si forte & tu viciſsim filium meum, qui tibi seruit, manumittere nolis. Et Paulus in hac quæstione ait, totius ob rem dati tractatum inspici posse, atque adeo se eum tractatum priusquam quæstioni propositæ respondeat, omni ex parte perscrutari, & percurrere velle. Ob rem dari dicimus proprie, quod datur, vt aliquid sequatur, puta vt viciſsim detur, vel fiat aliquid: id ob rem dari, vel fieri intelligitur. Ob causam autem dari dicimus, quod datur ob causam præteritam, non futuram, puta, do centum tibi, quia negotia mea curasti. Et inter hæc duo magna differentia est: nam datum ob rem, re non secuta, condici potest & repeti: datum ob causam, etiamsi ea causa falsa sit, & nunquam fuerit, condici non potest, *l. damus, l. in summa, de condic. indeb. l. 1. de condic. ob turp. caus.* Verum aliquando ob rem datum dicitur etiam ob causam datum, nempe ob causam futuram, causa accepta pro re, vt in *tit. C. de cond. ob caus. datorum: & sup. in tit. de cond. caus. dat. caus. non seq.* causa dati, id est, sub causa, vt in *l. pen. eod. tit.* & ea futura, ergo dati ob rem. Hunc autem tractatum ob rem dati Paulus ait competere in quatuor speciebus. Aut enim, inquit, *do tibi vt des,* aut *do vt facias,* aut *facio vt des,* aut *facio vt facias.* In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur. Species etiam vocat articulos in §. *seq.* vt in *l. 1. de rer. diuis.* Summa rerum diuisio in duos articulos deducitur, εἰς δύω ἀρχάς, & in lib. singulari Pauli, *de articulis liberalis causæ.* Et ex iis quidem quatuor articulis, in quibus consistit tractatus ob rem dati, singuli articuli rursus plures alios articulos, speciesque recipiunt. Ac primum quidem articulus, *do vt des,* recipit duas species. Prima est, *si pecuniam do, vt rem accipiam:* quo genere emptio venditio contrahitur, ex qua nascitur vltro citroque actio empti & venditi, non ciuilis actio incerti, quæ dicitur in factum, vel præscriptis verbis, quia emptio venditio contractus est ciuili & proprio nomine præditus, & actio præscriptis verbis datur tantum ex contractibus, quorum appellationes nullæ iure ciuili proditæ sunt, *leg. 3. hoc tit.* ex contractibus qui sunt ἀνώνυμοι vel ἀνωνόμαστοι. Imo, quia emptio venditio contractus est, qui suum & proprium nomen habet, quo insignitus est, non tantum do pecuniam, vt rem accipiam, contractus est emptionis & venditionis, sed etiam dabo pecuniam vt rem accipiam, quia emptio venditio nudo consensu perficitur, & ex nudo consensu parit obligationem & actionem vltro citroque. Accursius huic parti obiicit *l. vlt. sup. de cond. caus. dat. caus. non sequ.* quæ tota nobis erit diligenter explicanda, quia pertinet maxime ad hunc locum, & varie explicatur a DD. atque inexplorate. In ea lege negotium ita gestum est, *do tibi pecuniam, vt mihi Stichum des:* & tamen dicitur non esse portionem emptionis & venditionis, id est, non esse emptionem & venditionem, non esse portionem, id est, speciem emptionis & venditionis, sed esse permutationem, vt liquido aiunt Basilica, οὐκ ἔστι πρᾶσις, ἀλλ' ἀλλαγή, *non est venditio, sed permutatio.* permutatio est, quia pecuniam non dedi, quasi pretium Stichi emendi animo, sed quasi rem aut corpus, vt *l. 7. hoc tit.* pecuniam dedi, vt Stichum manumitteres, cogam te actione præscriptis verbis, vt Stichum manumittas, quæ actio frustra daretur, si dediſsem tibi pecuniam pro pretio: nam te cessante statim Stichus ipso iure fieret liber, *l. Paulus, de liberali caus.* Et ideo pecuniam non dedi pro pretio Stichi,

pro capite Stichi, vt eum manumitteres, ſed quaſi permutationis vice. Ergo negotio ita geſto, vt proponitur in *d. l. vlt. Do tibi pecuniam, vt mihi Stichum des*, permutatio eſt, non emptio & venditio. Et (quod maxime notandum ex hoc negotio) vt ait Celſus in *d. l. vlt.* nulla alia actio vel obligatio eſt, quam ob rem dati re non ſecuta, id eſt, ex hoc negotio competit ſola condictio ob rem dati, non actio præſcriptis verbis, licet contracta ſit permutatio, quod inferius demonſtrabimus apertius. At videamus primum, cur negotium illud non ſit emptio & venditio, *do tibi pecuniam, vt mihi Stichum des.* Ratio hæc eſt, quia dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, id eſt, vt meum faceres Stichum. Vis ſcire, quam hoc ſit verum? Legas verba *d. l. vlt. Condictio*, inquit, *ob rem dati in te competit, quod hominem accipientis non feceris: ergo id actum eſt, vt ego pecuniam tuam facerem, & viciſſim vt tu hominem meum faceres.* Qua ratione negotium illud non eſt pars emptionis, aut venditionis, non eſt emptio & venditio, quia ex natura emptionis & venditionis non eſt, vt venditor rem faciat accipientis, ſed vt vacuam tantum rei poſſeſſ. tradat, & ſe obliget euictionis nomine, purgetque de dolo malo, ſiue præſtet, a ſe dolum malum abeſſe abfuturumque eſſe, *l. 1. tit. prox. ſup. l. ex empto, & l. ſeruus quem §. vlt. de act. empt.* Itaque re tradita & non euicta emptori, venditor nihil debet emptori, quia quod ei debuit, id omne præſtitit. Et tamen ſi mortuus ſit Stichus ſine culpa tua, antequam eum mihi dares, cum ita negotium geſtum eſt, vt proponitur in *d. l. vlt. do pecuniam vt Stichum des*, perit quidem mihi Stichus, atque adeo non poſſum agere præſcriptis verbis, quanti intereſt Stichum mihi dari, vt in §. 1. huius legis, quia mortuus eſt ſine culpa tua. Denique eum petere non poſſum, vel eius nomine quod intereſt actione præſcriptis verbis: & competit mihi tantum condictio pecuniæ datæ ob rem, re non ſecuta, quia Stichus quidem mihi perit, at pecunia mihi non perit. Idque fit exemplo emptionis, *l. ſi fundus, loc.* quia hæc permutatio, quæ eo genere contracta eſt, emptionem imitatur, *l. 2. ſup. tit. prox.* Item ſi alienum Stichum mihi tradideris, nec feceris meum, vt actum eſt inter nos, licet euictus mihi nondum ſit, quia tamen verum eſt, te mihi Stichum non dediſſe, id eſt, te Stichum non feciſſe meum, mihi competit condictio pecuniæ datæ ob rem re non ſecuta. Et hoc caſu etiam non competit actio præſcriptis verbis. Sola competit condictio ob rem dati, non præſcriptis verbis quaſi ex permutatione, licet permutatio contracta ſit. Cur? quia permutatio obligationi præbet initium ex traditione rei ſuæ, non ex traditione rei alienæ, *l. 1. ſup. tit. prox.* id eſt, nulla eſt permutatio, quamuis id ageretur, vt eſſet permutatio, niſi ex vtraque parte quod datur fiat accipientis. At Stichus non eſt factus accipientis, quia erat alienus. Ergo quaſi ex permutatione non eſt actio præſcriptis verbis. At præterea ſi tuus eſt Stichus, quem mihi dediſti, atque ita ſi Stichum meum feciſti, nec tamen velis mihi cauere per ſtipulationem pro euictione eius, hoc etiam caſu, vt oſtendit *d. l. vlt.* nulla mihi in te actio competit, quam condictio ob rem dati, id eſt, condictio pecuniæ: non competit actio præſcriptis verbis, quia iam dediſti Stichum, quamdiu Stichus non euincitur. Atque ita in omnibus his tribus caſibus propoſitis in *d. l. vlt.* nulla alia actio, nulla obligatio eſt, quam ob rem dati, re non ſecuta. At euicto Sticho, quem mihi dediſti, non nego etiam præſcriptis verbis competere actionem, vt *l. 1. C. de rer. permut. l. 29. C. de euict.* Et ita explicanda eſt *d. l. vlt.* Sequitur altera ſpecies, quam hic articulus *do vt des*, recipit, *ſi rem do, vt rem accipiam*, puta, fundum, vt accipiam domum. quo genere non contrahitur emptio & venditio, quia nullum interuenit pretium, & nulla merx. Nam non apparet res, quæ viciſſim commutatur, vtrum ſit pretium, an merx: ſed contrahitur permutatio: Ergo contractus innominatus, quia permutatio non eſt proprium nomen, ſed nomen commune, perinde atque συναλλάγματος nomen. Nam & emptio & venditio ſit genere quodam permutationis mercis cum pretio: ac ſimiliter locatio & conductio penſionis cum habitatione: itemque ſocietas, & omnis denique contractus, permutatio eſt, vel commutatio, vel συνάλλαγμα, quod idem eſt. Et ita Ariſt. in Ethicis ſcribit *medium arrogantiæ* (quod tamen veritatem nominat) *vacare nomine proprio, quia veritatis nomen latius patet.* Licet autem permutatio ſit ſimilis & vicina emptioni, vt *l. 2. ſupr tit. prox. l. 2. C. eod. tit.* & in *Nou. Valent. de confirm. iis quæ admin. diſt. ſunt. Vbi, permutatio*, inquit, *inſtar emptionis eſt*: tamen longo interuallo diſtant inter ſe, emptio venditio, & permutatio. Primum in emptione & venditione, aliud eſt pretium, aliud merx, alius venditor, alius emptor: in permutatione diſcerni non poteſt, vtrum ſit pretium, vtrum ſit merx: vter venditor, vter emptor: vterque videtur eſſe emptor & venditor, vtrumque videtur eſſe pretium & merx. Videtur, non eſt tamen, quia, vt eleganter ait *l. 1. tit. prox. ſup.* ratio naturalis non patitur, vt eadem res ſit merx, & pretium, vt idem homo ſit emptor & venditor. Non eſt igitur, ſed videtur, vt in *l. ſciendum §. vlt. de ædil. edic.* Deinde in emptione & venditione & emptor cogitur nummos ſeu pretium facere accipientis, *l. ex empto §. 1. de act. emp.* Venditor autem non cogitur rem facere accipientis, vt iam probaui ſupr. Cur tam varie? Vt venditor non cogatur rem facere accipientis, emptor cogatur pecuniam facere accipientis. Sane, quia diſſimilis eſt debito pecuniæ, debito mercis, & non mirum eſt, ſi diſſimilis etiam ſit ſolutio. Facile quis pecuniam ſuam ſoluere poteſt, quia debet quantitatem in genere, non ſpeciem certam: non æque facile mercem ſiue rem certam ſuam præſtare & tradere quis poteſt, & rem facere accipientis, hoc non tam eſt in facili, ſatis eſt tradi poſſeſſ. & caueri de euictione & præſtare dolum abeſſe. In permutatione autem ita agitur his verbis: *Do vt des.* Nam ſunt ſtulti, qui faciunt differentiam inter permutationem & *do vt des*, idem dicis ſiue permutationem dicas, ſiue *do vt des*, vt aperte demonſtrat Paulus in §. 1. In permutatione, inquam, ita agitur, vt vtriuſque rei, quæ datur & traditur dominium transferatur, *d. l. 1.* Tertia differentia eſt hæc, re vendita euicta emptori competit actio ex empto: re data vel accepta ex cauſa permutationis & euicta, competit actio in factum, ſiue præſcriptis verbis, *d. l. 1. & l. 29. C. de euict.* Vltima differentia eſt: Emptio venditio nudo conſenſu perficitur, ex eoque obligationem parit: permutatio autem nonniſi ex re tradita initium obligationi præbet: nudum placitum permutationis non parit obligationem, quia nudum pactum eſt, *l. 3. C. de rer. permut.* quia ſcilicet hoc tantum receptum in his contractibus, qui nomen ſuum habent, vt ſcilicet ex nudo placito pariant obligationem, vt in emptione, in locatione, in ſocietate, in mandato, depoſito pro ſocio. *d. l. 1.* Permutatio autem nomen ſuum, id eſt, proprium nomen non habet. Rei ergo traditionem exigimus in permutatione, & eam ſcilicet quæ dominum faciat accipientem, nullam enim contrahit permutationem, qui tradit rem alienam. Et ideo ex altera parte, rei alienæ traditione facta, ſi alter nolit rem tradere (tenetur tantum condictione ob rem dati, non actione præſcriptis verbis, quaſi ex permutatione, quia nulla permutatio eſt. Et condictio competit, non ex permutatione, ſed ex æquo & bono, *l. in ſumma, de condict. indeb.* at ex altera parte, rei ſuæ traditione facta, ſi alter nolit rem tradere, non tantum competit condictio ob rem dati, ſi hanc malit actor, ſed etiam præſcriptis verbis, in quantum intereſt vice mutua rem tradi: vt ſi tibi ſcyphos meos dedi, vt mihi Stichum dares, mihi vtraque competit: hæc vel illa, videlicet excepto tantum vno caſu qui proponitur illo §. 1. Si dedi tibi ſcyphos meos vt mihi Stichum dares, & Stichus mortuus ſit, antequam eum mihi dares ſine culpa tua, quia hoc caſu condictio tantum competit ob rem dati, non actio præſcriptis verbis. Quæ eſt etiam ſententia leg. *vlt. de cond. cauſ. dat.* Tantum igitur abeſt, vt huic loco obſtet ea lex vltima, vt cum eo congruat omnimodo, quia Stichum mihi perire hic dicitur quod nec ibi negatur, ibi dicitur, pecuniam

pecuniam mihi non perire, hic scyphos mihi non perire, condictionem dati esse, non actionem præscriptis verbis. Et in extremo ait, *explicitus est articulus ille do vt des*, vti in *l.* 1. *ad Trebell.* explicito tractatu, *& l. peregre §. vlt. de adquir. possess.* quibus explicitis. Vnde verbum illud, quod in fine librorum ad distinctionem sequentium appingi solet, (*explicit.*) quod appingitur etiam in Florentinis, completis siue [illegible] singulis libris. Et est vetustissimum ita loqui, *explicit* fœliciter, quamuis eius verbi præsens non sit in vsu, vt etiam Diuus Hieronymus scribit in epistola ad Marcellam, quum explicat quid sit amen, cœna, & salue. *ἐξείλημα*. Articulus *do vt facias* recipit species 4. Et vt ex articuli, *do vt des* prima specie, emergit & exoritur proprij nominis contractus emptio venditio: ita ex huius articuli do vt facias prima specie, exoritur proprij nominis contractus, locatio & conductio. Ac rursus sicut ex articuli do vt des specie secunda enascitur contractus innominatus permutatio, ex qua est actio præscriptis verbis, quæ tamen similis est emptioni & venditioni, non vt Sabiniani existimabant, idem quod emptio venditio, *l.* 1. *sup. de contr. empt.* cui coaptanda est lex 1. *sup. tit. prox.* in qua ponuntur differentiæ inter emptionem & permutationem. Ita vero ex huius articuli, do vt facias, specie secunda & tertia & quarta enascitur contractus innominatus, similis tamen locationi & conductioni, ex quo etiam est actio præscriptis verbis. Et prima quidem species huius articuli hæc est, *do pecuniam pictori vt mihi tabulam pingat*, quo genere contrahitur locatio conductio, quia opera siue factum pictoris tale est, quod locari solet certa pecunia certove pretio. Et ideo ex hoc negotio nascitur proprij nominis actio, ex locato conducto: non actio præscriptis verbis, quæ ex iis tantum contractibus datur, qui vacant proprio nomine. Secunda species hæc est, *do pictori rem, puta scyphum, non pecuniam, vt mihi tabulam pingat*. non est locatio conductio, quia non interuenit pecunia numerata pro pretio siue mercede operæ pictoriæ. Et sicut emptio venditio, ita locatio conductio sine nummis, sine pretio, vel quantitate non consistit, *l.* 2. *loc.* Sed, in hoc negotio res interuenit, & veluti quoddam genus permutationis, licet proprie nec permutatio sit, quia permutatio ita contrahitur *do vt des*, re, specie, & corpore aliquo certo interueniente ex vtraque parte. *Do vt facias* contrahitur re interueniente ex vna tantum parte, & ex altera parte opera. Et hoc genere (vt dixi) non contrahitur locatio, conductio, quia non interuenit pretium; non contrahitur etiam permutatio, sed contrahitur proprij cuiusdam generis contractus, qui nomen non habet, ex quo datur ei, qui rem dedit in antecessum, si pictor nolit tabulam pingere, actio præscriptis verbis, vt vel tabulam pingat vel præstet quanti interest: vel eidem datur condictio ob rem dati, vt scyphum repetat, quem dedit, si nihil intersit eius tabulam pingi: vel si malit scyphum repetere, quod satis perspicuum est. Tertia autem species hæc est: *Do tibi pecuniam, vel rem, vt Stichum manumittas*, quæ etiam conuentio non est locatio conductio, quia manumissio tale est factum, quod locari non solet: opera vero locari solet, non liberale officium, *l.* 1. *§.* 1. *sup. si mens. fals. mod. dix.* quia nec pro liberali officio datur merces, quæ in locatione exigitur omnimodo, sed datur honor, aut salarium. Non est igitur locatio conductio, sed est proprij generis contractus, qui nomine vacat, vt superior: proximus tamen & similis locationi & conductioni, & consequenter actio etiam quæ ex eo contractu datur, nomen non habet, sed dicitur præscriptis verbis, quod concipiatur ita, vt præscripta sunt contractus verba, certo actionis nomine non expresso. Nec enim huic vel illi negotio vllum leges imposuerunt nomen. Actio si nomen habet proprium, veluti ex empto vendito, ex locato, conducto, mandati, depositi, pro socio, eo nomine solo edito si agas, recte ages etiam facto omni, siue tenore contractus non enarrato, nec actionis formula concluso. Ex hac igitur specie contractus *do pecuniam vel rem, vt Stichum manumittas*, te cessante, nec manumittente Stichum, mihi

A in te datur actio præscriptis verbis vt soluas quanti mea interest Stichum manumitti, vel si nihil interest, mihi datur condictio, vt reddas pecuniam vel rem, quam tibi dedi, vt *l.* 7. *inf. hoc tit.* Et vt additur in hoc §. At cum do, nihil interest tempus certum conuentioni adiectum sit, intra quod Stichum manumittas, idque tempus viuo Sticho transierit, an vero nullum tempus certum adiectum sit, & transierit tantum temporis, vt potuerit debueritque manumitti. de cuius temporis definitione hoc ipso libro Paulus agit, *l. vlt. inf. qui sine manum. ad libert. per.* Vtroque vero casu transacto tempore condicto & conuento, vel transacto iusto tempore, in te mihi competit actio præscriptis verbis, vel condictio ob rem dati re non secuta. Et

B hæc etiam antequam transierit illud tempus, si me pœniteat, si iam nolim Stichum manumitti, *l.* 3. *§.* 1. *sup. de cond. caus. dat. cau. non sec.* Posset tentari, quod & Accursius tentat, non esse locum actioni præscriptis verbis, quæ te compellat Stichum manumittere, vel te præstare id quod interest, hac ratione, quia transacto illo tempore Stichus liber fit ipso iure ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, cuius fit sæpe mentio in libris nostris. At ea constitutio, cum obiicitur huic §. atque sententiæ respondendum est, eam constitutionem non pertinere ad hoc genus contractus, *do pecuniam vel rem, vt seruum manumittas*, sed pertinere proprie ad contractum emptionis venditionis, quum ea lege væniit mancipium vt manumitteretur, addito, vel non addito certo tempore.

C Et quamuis sententia huius constitutionis, porrecta etiam sit ad mancipium eadem lege donatum, *l. pen. inf. qui, ne man. ad libert. peru. l. causam inf. de manum. l.* 1. *C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumittatur.* Quamuis etiam porrecta sit ad causam pecuniæ datæ pro pretio serui, vt manumittatur, *l.* 4. *C. eod. tit. l. Paulus §.* 1. *inf. de lib. caus.* tamen non est porrecta, neque pertinet ea constitutio ad casum datæ rei, vel datæ pecuniæ, vt rei non vt pretij, vt in *l. vlt. sup. de cond. causa data*, eliciendi beneficij gratia, puta vt seruus manumittatur, vt *l.* 7. *h. t. l. si quis ab alio, inf. de manumiss.* Itaque te cessante, necessaria est actio præscriptis verbis, quia seruus non fit ipso iure liber. Ad hæc videndum est, cur dicat hoc loco Paulus, si dedero tibi ali-

D quid, vt seruum manumitteres intra certum tempus, idque tempus cum potuisset manumitti, viuo seruo transierit, mihi in te competere actionem præscriptis verbis, vel condictionem ob rem dati. Cur, inquam, desiderat Paulus, vt viuo seruo tempus transierit, intra quod manumitti potuit & debuit? In causa hoc est, quia mortuo seruo intra illud tempus, ante moram tuam nulla mihi in te actio competit, nec condictio dati, neque actio præsc. verbis, *d. l.* 3. *§. sed si Stichus, de cond. caus. da.* At forte obiicies & dices, si dederim tibi rem vel pecuniam, veluti rem, non veluti pretium, vt mihi seruum dares, non vt manumitteres, mortuo seruo, sua morte, suo fato, sine culpa tua, antequam eum mihi dares, licet mihi non competat actio præscriptis verbis, quia seruus mihi periit, *§. sed etsi scyphos, sup. in hac l.* competere mihi tamen condictionem ob rem dati, re non secuta, *l. vlt. de cond. caus. data?* Quia scilicet non est

E æquum, mihi rem perire, quam dedi in antecessum, eo quod neque vllum adiectum est certum tempus, quo dare seruum, neque vllum tempus lege suppletur, intra quod seruum dare oporteat, sed hoc tantum actum est pure, vt eum mihi dares, quod cum non feceris per te factum videtur, quo minus eum habuerim, qui fortasse apud me non interiisset, & ideo mortuo eo apud te, saltem mihi competit aduersus te repetitio ob rem dati, quasi re non secuta. At quum rem dedi, vt seruum manumitteres intra certum tempus, quod etsi non adiecero lege suppletur, nempe vt manumittas intra duorum, vel quatuor mensium spatium secundum distinctionem, *d. l. vlt. qui sine manum. ad lib. peru.* hoc casu mortuo illo seruo intra illud tempus, per te factum non videtur, quo minus illum manumitteres, quia omne illud spatium temporis tibi liberum fuit ad manumittendum: & fuit vtique tibi etiam in animo, an-

tequam tempus illud exiret, seruum manumittere: & sane manumisisses intra tempus constitutum, nisi illum intra tempus fata tibi præripuissent.& pro eo est igitur ac si manumisisses, & ideo neque condictio mihi ob rem dati competit mortuo seruo intra tempus, quia res pro secuta seu completa habetur. Quod confirmat valde etiam id quod subiicitur in *d. l.* 3. §. *quinimo, de cond. caus. dat.* Si tibi nihil dedi, vt manumitteres, placuerit tamen pacto nudo vt darem, & vt tu manumitteres, sicut si seruum prior manumisisses, ita si seruus vita decesserit, antequam per te staret, quo minus eum manumitteres ante moram tuam, perinde ac si manumisisses,& vltro placiti fidem exsoluisses, ait in *d. §. quinimo,* etiam vltro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem: non intelligit condictionem ob rem dati, de qua est ille titulus, quia ea condictio ex contractu non nascitur, sed ex bono & æquo, *l. in summa* §. *quod ob rem, de cond. indeb.* Et præterea nihil proponitur datum, quod condici possit. Itaque illo loco, vt Græci interpretantur,& ex Latinis nonnulli, condictionem accipi pro actione præscriptis verbis, qua scilicet intendis, vt dem, quod placuit inter nos dare serui manumittendi gratia, perinde atque si eum manumisisses, quia in eo manumittendo moram non fecisti,& ita condictio incerti accipitur pro actione præscriptis verbis in *l. duo* §.*vlt. de precar.* Ergo illo condictionem incerti scilicet, siue præscriptis verbis actionem, aut sane quod ait, id est, condictionem, glossema est, non auctoris interpretatio. Nam & abunde sufficiunt, quæ præcedunt, quæque proponuntur illo loco, competere scilicet actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, ea est præscriptis verbis, quæ nascitur ex articulo, do vt facias, quamuis tu prior feceris, quam ego darem, quia modus ineundæ conuentionis spectatur, vt Ioannes recte voluit, & conuentio inita est; *dabo & tu manumittes*, non inspicitur modus implendi contractus, non inspicitur, inquam, contractus implementum cœperit a facto, an a datione, quæ inspectio valde nobis erit vsui in explicatione §.*seq.* Quarta autem & vlt. species huius articuli do vt facias hæc est, dedi tibi Stichum vt Pamphilum manumitteres & manumisisti Pamphil. deinde quia Stichus alienus erat quem tibi dedi, is tibi euictus est: quæritur quæ tibi eo nomine in me competat actio: Et ex Iuliano Paulus ita distinguit in §. *sed si dedi*, aut sciens alienum dedi, & teneor actione de dolo: aut ignorans,& teneor in factum ciuili, id est, præscriptis verbis quæ in factum dicitur sæpissime, quia sine nomine certo διηγηματικῶς, id est, narratiue proponitur, vt de exceptione in factum Theophilus noster ait in tit. *de except.* Et eodem modo in factum conceptam actionem vel exceptionem in glossis Philoxenus sic interpretatur *διηγηματικῶς*. Ciuilis autem etiam dicitur actio præscriptis verbis, quia similis est ciuili directæ actioni suum habenti nomen, vt actio præscriptis verbis ex articulo *do vt des*, siue *ex permutatione* similis est actioni empti venditi: ex articulo *do vt facias*, similis est actioni ex locato conducto, ex articulo facio vt facias, similis est mandati, atque ideo ciuilis appellatur, quia ciuili vicina, finitima & proxima est, quia ciuilem refert, quia est αἰτίσοφον, ciuilis. Ac sane hic locus Pauli quo refert in specie proposita, Iulianum, in scientem dare actionem de dolo, in ignorantem actionem ciuilem in factum, id est, præscriptis,verbis interpolatus, est vel a Triboniano, vel ab aliquo alio, quod a Mauritiano reprehensa & explosa esset Iuliani sententia, vt refert Vlpian. in *l. iurisgent. de pact.* Sed non ita eam Iuliani sententiam refert, vt hic refertur a Paulo, puta, Iulianum dedisse in ignorantem actionem in factum ciuilem, sed dedisse actionem in factum prætoriam, quæ omnium actionum est extrema, adeo vt sit subsidiaria actioni de dolo, quæ omnibus aliis actionibus est subsidiaria. Denique actio in factum prætoria est subsidiaria, vt in *l. non debet, de dolo, l. qui seruandarum, in princ. hoc tit.* quæ est in factum prætoria. Et sane non potest dari in factum ciuilis, vt hoc loco est scriptum in ignorantem, quin detur etiam in scientem, exclusa actione de dolo, quæ cum sit famosa, ideo ibi non est locus vbi alia actio est, per quam quis ad ius suum peruenire possit, est enim subsidiaria actio de dolo, id est, non datur, nisi deficiente alia actione. Et rursus vbi hanc actionem de dolo dari non æquum est, succedit actio in factum prætoria, quæ est omnium actionum extremum subsidium, extrema linea. Præterea Iuliani sententia putantis, scientem teneri de dolo: ignorantem in factum prætoria merito, (quod & huic §. appingendum est, quasi Paulus referret tantum Iuliani sententiam, non probet,) merito, inquam, a Mauritiano reprehenditur, vt Vlpianus refert in *d. l. iurisgentium.* Cur reprehenditur? merito ratio hæc est, quia euidens est rem ita gestam esse, *do tibi Stichum vt Pamphilum manumittas*, qui ciuilis contractus, id est, συνάλλαγμα, ex quo vtrinque nascitur obligatio *do vt facias.* Si contractus est ciuilis; ergo ex eo nascitur actio in factum ciuilis, id est, præscriptis verbis in omnem casum, id est, tam in scientem, quam in ignorantem. Et si hæc est actio, cessat ergo de dolo, *l. si quis affirmauit* §. *Labeo, de dolo.* Et consequenter, cessat etiam, quæ actioni de dolo solet esse subsidio, actio in factum prætoria: seruandus enim est ordo actionum, vt in iure nobis proditus est. his quæ diximus pauca addamus, si tibi Stich. dederim, vt Pamphil. manumitteres, & constat te Pamph. manumisisse, ac deinde tibi Stichus euictus sit, Iul. dicebat, scientem me seruum alienum esse, teneri actione de dolo, ignorantem autem teneri actione in factum prætoria, *l. iurisg. sup. de pact.* Reprehensus est in notis a Mauritiano, qui negabat summa cum ratione, in ignorantem competere actionem in factum prætoriam, quæ est extremum subsidium iuris sui persequendi, cum suppetat actio in factum ciuilis, id est, præsc. verbis, quia ciuile negotium gestum est, & συνάλλαγμα, *do vt facias*, ex quo competit actio in factum ciuilis, vt non sit decurrendum ad actionem in factum prætoriam. Scientem tamen Mauritianus admittebat teneri actione de dolo malo, quasi in scientem deficiente actione præscr. verbis. Quod & verissimum est, quia ex *do vt facias*, quæ nascitur actio præscriptis verbis, stricta est, non bonæ fidei, vt ex *do vt des*, §. *actionum, Inst. de act.* & stricto iudicio dolus non vindicatur, ideoque in scientem necessaria est actio de dolo malo, *l. & eleganter* §. *non solum, in fi. de dolo malo.* Quod ergo Paulus refert in §. *sed si dedi*, partim est ex Iuliano, in scientem scilic. dari actionem de dolo: partim ex nota Mauritiani ad Iulianum, nempe in ignorantem esse actionem in factum ciuilem, id est, præsc. verbis, non vt Iulianus putabat in factum prætoriam. Et hoc est certissimum. Nunc transeamus ad §. *quod si faciam*, in quo articulus *facio vt des* pertractatus est.

Ad §. quod si faciam.

Seruum meum tuo rogatu manumisi, vt mihi decem dares, & postquam manumisi tu cessas mihi decem dare. Quæritur, qua actione mihi tenearis, an ex hoc articulo etiam nascatur ciuilis obligatio & actio præscriptis verbis, vt ex duobus superioribus do vt des, do vt facias? Et in §. *quod si faciam*, Paulus negat, ex hoc articulo *facio vt des*, eandem competere actionem, sed competere tantum actionem de dolo malo, quia dolo malo cessas mihi decem dare rupta fide conuentionis: vel (quod ad Paulum necessaria supplendum est) si eius conditionis sis, vt tecum agere de dolo malo non possim, vt si parens sis meus, vel patronus, in factum prætoriam, quæ actioni de dolo solet esse subsidium *l. non debet, sup. de dolo.* At rursus quæritur, cur ex hoc articulo facio vt des, non detur actio præscriptis verbis. si datur ex do vt facias cur non & ex diuerso datur ex facio vt des? Hoc vt liquido intelligatur, missis variis opinionibus Accursij dicemus, actiones ciuiles, quæ ex contractibus & negotiis ciuilibus dantur, aut esse directas, aut vtiles. Directas nomen proprium habere, & dari etiam ex contractibus, qui nomen proprium habent, veluti ex empto, vendito, locato, conducto, mandato,

dato, pro socio, depositi. Vtiles autem quæ præscriptis verbis appellantur, & vtiles, vt sunt etiam, dicuntur sæpe, *l. cum mota, C. de transact. l. 5. C. de don. quæ sub mod. l. 1. C. de pact. conuent. sup. do.* Vtiles, inquam, actiones, id est, præscriptis verbis, proprium nomen non habere, sed in factum concipi & componi. Et non ex vulgaribus & vsitatis, legibusque proditis contractibus dari, sed ex nouis contractibus, vt in *l. si tibi polienda, in fine, hoc tit.* Ait IC. quasi de nouo negotio dari actionem præscriptis verbis. Prope tamen eos contractus nouos, ex quibus dantur vtiles actiones, siue præscriptis verbis, ad eos accedere, qui nomen habent, vt in *l. si gratuitam* §. *Papinianus, hoc tit.* Ait negotium, de quo ibi agit, ex quo datur actio præscriptis verbis prope ad depositum accedere, id est, proximum B & simile deposito esse. Ac similiter ex his contractibus nouis & anonymis comparatas esse vtiles actiones, id est, præscriptis verbis ad instar, ad exemplum, ad similitudinem directarum. Et ita in *l. si conuenit, sup. de resc. vend.* ex negotio, de quo ibi agitur, dicitur dari proxima empti actio præscriptis verbis, & §. *seq. inf.* ex articulo *facio vt facias*, dari actionem præscriptis verbis, quæ, inquit, actio similis erit mandati actioni, vt in superioribus casibus & articulis locationi, ex articulo *do vt facias*, & emptioni, ex articulo *do vt des*, nam articulus *facio vt des*, nulli negotio ciuili comparari potest, & actiones præscriptis verbis non dantur, nisi ex negotiis & contractibus, qui his sunt adsimiles, quorum nomina iure ciuili prodita sunt. Ex negotiis dissimilibus non dantur, vt & in iure nunquam constat actionem vtilem dari in casu dissimili, sed in casu simili C tantum & proximo, *l. si mensor, sup. si mens. fals. mod. dix.* cuius species explicanda est: in mensorem vel finitorem, qui falsum modum agri renuntiauit, cum ad eam rem adhibitus esset ab emptore aut venditore, cupiente scire modum agri: in eum, inquam, prætor dat actionem in factum in id quod interest. Hoc est certissimum. An etiam dat eam actionem in eum, qui renuntiauit quidem verum modum, sed diu traxit renuntiationem, si ob hoc euenerit, vt venditor *læderetur?* sic legendum illo loco non *liberetur.* Et ita quoque Basilica, ἐαὶ βλαβῇ. Et ait hanc actionem in eum, qui verum modum dixit, sed aliquanto tardius & socordius, non dari, ne vtilem quidem: quia vtilis tantum datur in casu simili: hunc casum esse dissimilem: nihil esse D dissimilius falso, quam verum. Eademque ratio est *l. si vero* §. *pen. sol. matr.* & in *l. 2.* §. *quanquam, de aq. & aq. pluu. arc. & l. 29. comm. diuid.* In casu igitur proposito *d. l. si mensor,* esse recurrendum ad actionem de dolo malo. Et eodem modo actio præscriptis verbis, quia vtilis actio est, datur in casu simili, ex dissimili non datur. Ex *do vt des*, datur, quia negotium est simile emptioni & venditioni. Ex *do vt facias* item datur, quia simile est locationi & conductioni: & item ex *facio vt facias*, quia simile est mandato. Et alias ex negotio aliquo nouo, quia negotium illud nouum est simile deposito, vel cõmodato. Ex *facio vt des*, non datur, quia nullum est ciuile negotium, quod habeat suum nomen, cui hoc similiter assimilari possit. Et ideo recurrendum est ad actionem de dolo malo. Nullum, inquam, est negotium ciuile, cui hic articulus, siue casus *facio vt des*, E assimilari possit. Dices, imo potest assimilari locationi & conductioni. dicam, imo nec locationi, nec conductioni, quia omnis locatio conductio ita contrahitur, do, vel dabo vt facias, non facio, aut faciam vt des, do vel dabo quia & re & nudo consensu locatio perficitur, do vel dabo tibi pecuniam, vt mihi tabulam pingas, non pingo vel pingam, vt mihi pecuniam des, quod satis probat §. *at cum do.* Neque vero conuentio ita facta, vt ego darem tibi aliquid, tu faceres, subuertitur si tu præuortas facere, vt in §. *sed si dedi.* si placuerit, vt ego darem Stichum, tu Pamphilum manumitteres, si prior ipse Pamphilum manumiseris, ego nondum dederim Stichum, vel quod idem est, si dederim alienum, non immutatur origo & forma primæ conuentionis. Idemque euenit in specie, *l. 3.* §. *quinimo, de cond. cau. da.* si manumissio anteuertat dationem in reipsa, non

in forma conuentionis, quæ ita facta est, *dabo, & tu manumittes*, & in specie quoque *l. cum mota, C. de transact.* re ita gesta, atque conuenta ab initio, dabo tibi partem bonorum, vt a lite discedas: & si prior a lite discesseris negotium est, *do vt facias*, non *facio vt des*, quia non inspicimus vt impleta, sed vt conuenta res sit: non quis in implendo, sed quis in conueniendo ordo seruatus sit: non quis sit incessus, sed quis ingressus, vt ait Ioannes recte. His consequenter dicimus ex articulo *facio vt des*, vt ait in hoc §. *quod si faciam*, nullam esse ciuilem actionem, id est, neque directam neque vtilem. Et ideo postquam feci, te cessante dare & fallente fidem, recurrendum esse ad actionem de dolo malo, quæ subsidiaria est, neque enim vllam aliam actionem suppetere. Quod confirmat etiam *l. permisisti* §. *vlt. hoc tit.* permisisti mihi, vt sererem in fundo tuo, & fructus tollerem; seui in fundo tuo, res ita gesta & conuenta est, *facio vt des*, id est, sero in fundo tuo, vt te dante, cui scilicet iure dominij fructus cedunt tanquam domino soli, fructus feram. Et ideo ex hoc negotio, vt ibidem traditur, neque datur vlla actio iuris ciuilis, id est, directa, neque in factum, id est, vtilis præscriptis verbis, sed si perfidus mihi non tradas fructus: vel (quod idem est) si non permittas me tollere fructus, quasi deficiente omni actione ciuili, recurrendum mihi est ad actionem de dolo malo. Idem confirmat *l. cum proponas, C. de dolo*, manumisi ancillam vel dedi tibi manumittendam, quod & pro facto habetur, *vt Glossa hic recte notat*, vt tu mihi seruum dares. non das seruum, postquam ego manumisi, aut feci, vt manumitteretur ancilla: nulla alia mihi in re actio cõpetit, quam de dolo malo. Idemque confirmat *l. solent, hoc tit.* Conuentio est huiusmodi: Indica mihi seruum meum fugitiuum, & cura vt eum apprehendam, & tibi decem dabo: & postquam mihi seruum indicasti, ego cessem tibi decem dare, quæritur quæ in me tibi actio competat? Et primum quidem lex *solent* ait: esse actionem præscriptis verbis. Sed mox corrigit se hoc sermone, *nisi si quis & in hac specie, de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur.* Et sic in *l. si mihi pure, de leg. 2.* cum dixisset mihi & seruo meo eadem re legata & ex persona mea, legato repudiato, deinde agnito ex persona serui, partem legati deficere, mox corrigit se his verbis, *nisi si quis dubitet, &c.* quibus statim totum legatum mihi per seruum acquiritur. Sic etiam Vlp. apud Licin. Rufin. tit. 12. Si ita furnum habeas ad parietem communem vt ex eo metuam, ne quod mihi ex eo periculum creetur, cum dixisset initio mihi in te competere actionem in factum accommodatam legi Aquiliæ: mox corrigit se his verbis, *nisi quis dixerit damni infecti sufficere actionem, vt & leg. si seruus* §. *si furnum ad l. Aquiliam.* Ergo, *nisi*, est particula correctionis. Itaque non pugnat, imo consentit omnino *l. solent, cum hoc* §. vt scil. ex *facio vt des* nulla detur actio ciuilis directa vel vtilis, quia nullum est ciuile negotium cui illud adsimilari possit: ideoque solam suppetere actionem de dolo malo in eum, qui fidem fregit, id est, qui non dedit impleto facto ex vna parte.

Ad §. sed si.

Hic articulus *facio vt facias*, plures species recipit, ex quibus duas tantum Paulus exponit in §. *sed si*, sicut & de articulo *do vt des*, quamuis plures species recipiat, duas tantum posuit in §. 1. Potest enim eis addi species *l. si conuenit, sup. de resc. vend. & l. Labeo, de contrah. empt. & l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* quæ est de pacto de re vendita, vt in illo loco Pauli *præscr. verbis*, vel *ex vendito*, non insubtiliter Ranconetus legebat. In extremo etiam huius legis a duabus speciebus huius articuli *facio vt facias*, tandem transit ad 3. speciem quam initio legis proposuerat, *manumitto, vt manumittas*, & quæ sola hunc elegantissimum tractatum ob rem dati extorsit Paulo. Prima autem species hæc est: Placuit inter me & te, vt ego in tuo solo domum aut villam ædificarem meis sumptibus, & tu similiter in meo tuis sumptibus. Si ego ædificaui, & tu ces-

ſas, mihi in te eſt actio præſcriptis verbis, vt ſoluas quanti intereſt mea inſulam in meo ædificari: vel vt mihi refundas impenſas, quas ego feci ædificando in tuo ſolo: actio, inquam, præſcriptis verbis proxima & ſimilis actioni mandati. Cur ſit proxima & ſimilis actioni mandati, mox apparebit ex 2. ſpecie, quam Paulus priorem facit. Placuit inter nos, vt ego a tuo debitore pecuniam Romæ exigerem meis ſumptibus, & tu ſimiliter a meo debitore Carthagini tuis ſumptibus, ego poſteaquam exegi a tuo, tu ceſſas exigere a meo, qua actione mihi teneris? Et Paulus tentat ſaltuatim ſuo more, modo teneri te mandati, modo non teneri. Et ſunt in hoc §. veluti anterides quædam, & clauſulæ, quæ confligunt inuicem, & controuerſantur, & argumenta preſſa admodum & breuia, vt in tota hac l. hoc §. nullus ſit explicatu dificilior. Primum tentat Paulus teneri te actione mandati, quia mandatum quodammodo ait interueniſſe, aut contractum eſſe intelligitur. inter nos ceſſiſſe ſcil. & mandaſſe inuicem videmur actiones, quibus tu a meo debitore pecuniam exigeres, ego a tuo debitore pecuniam exigerem, neque enim ius exigendi alieni debiti cuiquam eſt, niſi ceſſa ſit ei actio a creditore, *l. 5. §. vlt. ſup. de neg. geſt.* Et hoc loco, ſine mandato, inquit, exigi pecunia alieno nomine non poteſt. Et M. Tull. pro Roſc. Amer. *Alteri petere nemo poteſt, niſi qui cognitor eſt factus, id eſt, procurator, cui ceſſa ſit actio ſeu mandata*, vt apud Titum Liuium 39. *Turpe & indignum eſt alienarum ſimultatum tribunum pleb. cognitorem fieri*, id eſt, vindicem, & quaſi procuratorem earum perſequendarum. alteri paciſci, vel ſtipulari cognitor vel procurator non poteſt, alteri tamen petere poteſt vtilitatis gratia, & negotiorum inter homines facilius expediendorum, id receptum eſt. Sicut & hoc, vt alteri procurator poſſidere, alteri poſſeſſionem acquirere poſſit, *l. 1. & 8. C. de acquir. poſſ.* non etiam illud, vt alteri paciſci vel contrahere poſſit. Quod imo vtilitas exigit ne recipiatur, nempe vt per nos ipſos, non per alios, niſi ſint in noſtra poteſtate, vt nobis ipſis, non aliis, niſi in eorum ſimus poteſtate, paciſcamur aut contrahamus. Ad rem: ſi placuit inter nos, vt tu exigeres a meo debitore tuis impendiis, vt cum eo litigares tuis ſumptibus, & ego a tuo vel cum tuo: ſimiliter, quodammodo, inquit, Paulus, mandatum interueniſſe videtur, quia ſine mandato exigi pecunia alieno nomine non poteſt, quia & extraneus nullam habet actionem. Cur ait *quodammodo?* quia ſcil. negotium ita geſtum, vt propoſui, egreditur notiſſimos mandati terminos, exceditve naturam cauſamque mandati: neque enim qui mandatum alienum exequitur, id ſuis exequitur, ſed domini ſumptibus, vel ſi quos ſumptus de ſuo prorogauerit, eos a domino repetit, *l. ſi quis alicui §. pen. mand. l. 1. & 4. C. eod. tit.* non quia mandatum debet eſſe gratuitum, vt gloſſa ait: Nam quod dicitur, *mandatum debere eſſe gratuitum*, hoc eo pertinet vt intelligamus, neque mercedem eum qui mandatum ſuſcipit, neque lucrum aliquod ſibi ex ea re acquirere poſſe, *l. 1. & l. ita vt omnes §. 1. mand.* Vno verbo, officium illud quod amico amicus exhibet, lucro ei vel compendio eſſe non debere, liberalem & benignum non ſequi lucrum, ſed officium, vt M. Tullius ait in primo de leg. Conſequens tamen huic verbo eſt, quod dicimus, nec diſpendio etiam ei officium illud, aut damno eſſe debere, puta non debere eum exequi mandatum ſuis ſumptibus, ſine ſpe repetitionis ſcil. At in vtraque ſpecie, quam Paulus propoſuit, hoc agitur, vt vnumquemque impendia ſequantur, vt tu mandatum meum exequaris tuis ſumptibus ſine ſpe repetitionis, & ſimiliter ego tuum meis ſumptibus. Contra dici poteſt, nihilominus mandatum interueniſſe videri, quia nihil damni facio, ſi meis ſumptibus exigam pecuniam a tuo debitore, vel ſi ædifico in tuo ſolo meis ſumptibus, cum tu parem mihi gratiam reddas exigendo a meo debitore, vel ædificando in meo ſolo tuis ſumptibus. Denique mutuum officium eſt, *Gall. plaiſir.* Ergo mandatum contrahi videtur: mandatum enim ex officio originem trahit. verba ſunt *l. 1. mand.* Et ſane, ſi quantum tu impendis in exigendo meo debitore, vel in inſula fabricanda in meo ſolo, tantum ego impendam in ſimili negotio tuo. Si par impenſa ſit vltro citroque, nulla dubitatio eſt quin reuera mandatum interueniat. At ſi ſit diſpar impenſa, ſi ego de meo plus impenderim, quam tu de tuo in exequendo hoc vel illo mandato, tunc merito dubitatur an mandatum interueniat, quia hoc abhorret a natura mandati, vt mandatarius ſiue procurator oneretur impenſis, & ex adminiſtratione alieni negotij in damno verſetur, Quia (vt ait Paulus) non de re tua tibi mando, ſed de mea, & viciſſim tu mihi de re mea non mandas, ſed de re tua: ergo tu qui mandas, ſufferre debes impendia, ac ſimiliter ego, ſi ego mandem. Poſſet tamen adhuc defendi (ita modo hanc, modo illam partem defendit Paulus) etiam hoc caſu, quum par ratio impenſæ non eſt, vltro citroque mandatum contractum videri; & mandati actionem eſſe, quia mandatum, ex pacto etiam naturam ſuam nonnihil excedere poteſt, ſicut depoſitum, *l. Lucius, depoſ.* & locatio conductio, *l. in nono, loc.* & alius quilibet contractus, pacta cum contractui dant legem & formam, *l. 1. §. ſi conuenerit, depoſ. l. contractus, de reg. iur.* Et ita quamuis alia ſit lex & natura mandati, alia depoſiti, tamen ex pacto mandatum recipere poteſt depoſiti & cuſtodiæ legem, vt *l. 1. quod ſi rem, depoſ.* Si tibi mandaui, vt rem meam perferres ad Titium, & Titio eam non recipiente, vt eam mihi cuſtodires (ecce lex depoſiti) nec Titius eam acceperit, teneris mihi mandati, non depoſiti, quia plenius, inquit, fuit mandatum habens & cuſtodiæ legem, hoc eſt, quod ait hoc loco, *poſſum tibi mandare, vt & cuſtodiam mihi præſtes.* Non id dicit, quod vult Accurſius, vt mihi præſtes culpam leuiſſimam in gerendo negotio meo: Nam etiamſi hoc non conuenerit, conſtat a mandatario etiam leuiſſimam culpam præſtari, *l. 13. C. mand.* Omnem culpam. Sed hoc dicit ex pacto mandatum poſſe recipere etiam depoſiti legem & cauſam, vt in ſupradicto exemplo. Poteſt etiam in mandato contrahendo excipi pacto conuento, vt non plus impendat mandatarius in exigendo debitore meo, vel domo ædificanda in ſolo meo, quam aureos decem, & ſi plus impenderit, vt id quod plus eſt, non repetat contraria actione mandati, quamuis alias regulariter ex natura mandati, omnes ſumptus bonæ fidei facti neceſſario vel vtiliter repeti poſſint, *l. qui proprio §. pen. de procur. l. qui mutuam §. vlt. mand.* Cur ergo ſi in ſupradictis caſibus mandatum excedit ſuos fines, & conditiones, ſi extraneas leges recipit, cur etiam non recipit & admittit hanc pactionem? Hæc eſt mens Pauli, vt ego ſcilicet tuum mandatum exequar meis ſumptibus, & tu æque meum tuis, nec poſſit noſtrum quiſquam repetere ſumptus, etiam ſi qui a me vel a te facti ſunt, longe exſuperent eos, quos ego feci in re tua, vel tu feciſti in re mea: ſed vt pari pecunia ſumptus compenſentur, & quod plus ab altero impenſum fuerit, non repetatur. Cur, inquam, mandatum & hanc pactionem non recipiet? At finge, non vterque impendit, quia non vterque fecit illud, de quo conuenit, ſed alter fecit, alter ceſſauit, quod ſignificauit in iis verbis: *Sin autem alter fecit*, vt recte ſcriptum eſt in Florent. A quibus quidem verbis reſumit, reditve ad quæſtionem initio huius §. propoſitam, id eſt, quæ in ceſſantem competat actio. Et rurſus tentat poſt illam longam diſquiſitionem quod ad ſenſum attinet: quod ad verba, perbreuem: tentat, inquam, competere actionem mandati, quia & hic mandatum interueniſſe videtur. quo colore? quaſi ſcilicet quum actum eſt, vt quiſque ſuis ſumptibus exſequeretur mandatum, id tacite actum ſit, vt non de re ſua tantum id exſequerentur, quod natura mandati non patitur, ſed vt inuicem refunderent impenſas, quas prorogaſſent. Tandem concludit Paulus, melius eſſe & tutius diſputationis & ambiguitatis tollendæ cauſa, vt etiam ait in *l. 1. ſup. de æſtimat.* omiſſa actione mandati agere præſcriptis verbis proxima & ſimili mandati actioni. Nec adiicit, vel condictione ob rem dati, quia facta reuocari, facta infecta fieri non poſſunt, vel vt Phocylides ait, τὸ πεπραγμένον ἄπρακτον. Qua ratione ait Plato, *reos criminum*

criminum puniri, non quia male fecerint, facta enim reuocari non possunt, sed ne deinceps idem perpetrent. Ergo ex hoc articulo *facio vt facias*, condictio facti nulla est, sed est actio præscriptis verbis, vt damneris mihi quanti interest mea, & pro tua parte, illud est, de quo conuenit fieri, vel vt mihi refundas impensas, quas feci in exigendo, vel ædificando. Et postremo in *§. vlt.* ad hunc articulum *facio vt facias*, ostendit, pertinere speciem propositam initio huius legis, quæ nos traxit in hanc disquisitionem totius tractatus ob rem dati. Placuit vt tu filium meum naturalem, qui tibi seruit, manumitteres, & ego tuum: Ego tuum manumisi, tu cessas meum manumittere. ex hoc quoque negotio datur mihi in te cessatorem actio præscriptis verbis, vt damneris mihi quanti interest mea seruum habere, quem manumisi, nam manumissio reuocari non potest, *l. cum proponis, C. de dolo*, *l. 5. §. si seruum, sup. de cond. caus. da. l. si ex causa, §. vlt. de min.* Nec si per actionem præscriptis verbis petam, quanti interest mea seruum habere, quem manumisi, reus quicquam eo nomine deducere poterit, quod libertum eum habeam, vt eo minus mihi præstet, quia hoc, quod scilicet libertum habeo æstimari non potest. Ius enim patronatus est inæstimabile. Et ideo nihil videtur consequi, aut locupletior non videtur fieri, qui libertum acquirit, quamuis patronatus sint commoda innumera, *l. 2. inf. quibus ad libert. proclam. non licet, l. nemo prædo §. 1. de regul. iur.* Qua ratione & inter virum & vxorum valet donatio serui facta manumissionis gratia, quia (vt eleganter ait Paulus 2. *Sentent. tit. 23.*) ea tantum donatio prohibetur inter coniuges, quæ accipientem locupletem facit, donantem pauperiorem. At quum donatur seruus, vt mox manumittatur, nemo ex hoc fit locupletior, quamuis fiat patronus manumissor, & acquirat scilicet sibi libertum, quia vt ius patriæ potestatis, ita & ius patronatus est inæstimabile. Neque huic sententiæ obstat *l. idque, in fine, sup. de act. emp.* aut *l. 26. de euict.* nec enim ex iis legibus colligi potest ius patronatus æstimari, vel locupletiorem esse eum, qui libertum habet, & pauperiorem, qui non habet: sed hoc tantum ex iis legibus colligitur, habenti libertum, quem sua sponte manumisit, in venditorem non competere pretij repetitionem, quia nihil ei abesse videtur facto venditoris. At non habenti libertum, competere pretij repetitionem. Pretij certa æstimatio est & taxatio: patronatus vero nulla iniri æstimatio potest. Supplendum hoc tantum est ad *§. vlt.* quum ait, *te non manumittente, postea quam ego manumisi, condemnationem fieri, quanti interest mea seruum habere, quem manumisi*: supplendum, inquam, *vel quanti interest mea filium meum naturalem a te manumitti*, vt *l. 7. hoc tit.*

Ad l. si seruus 57. de ædil. edic.

Si seruus mancipium emit, & dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia præstiterit, quæ huic actioni continentur; & quidem solida, non peculio tenus. Nam etsi ex empto dominus agat, nisi pretium totum soluerit, nihil consequitur.

1. §. *Quod si seruus vel filius vendiderit, redhibitoria in peculium competit. In peculio autem & causa redhibitionis continebitur. Nec nos moueat, quod antequam reddatur seruus, non est in peculio: non enim potest esse in peculio seruus, qui adhuc emptoris est. sed causa ipsius redhibitionis in peculio computatur. Igitur si seruus decem millibus emptus quinque millibus sit: hæc quoque in peculio esse dicemus. Hoc ita, si nihil domino debeat, aut ademptum peculium non est. Quod si plus domino debeat, eueniet vt hominem præstet, & nihil consequatur.*

Species *l. 57. de ædil. edic.* est de actione redhibitoria, quæ emptori datur resoluendæ emptionis venditionis gratia ob morbum, vitiumve latens rei venditæ, cuius ipse nesciús erat, emptionis venditionis tempore: quæ quidem actio, si seruus aut filiusfamilias emit, domino, vel patri competit in venditorem: vel si seruus aut filiusfamilias vendiderit, emptori competit in dominum vel patrem. At multum interest, vtrum ea actione agat pater, vel dominus. an in eum agatur, quod præcipue respondetur in hac l. Multum, inquam, interest hac actione agat pater aut dominus, an cum eo agatur. Nam si seruus vel filiusfamilias mancipium emerit, & dominus, vel pater agat actione redhibitoria in venditorem, non ante admititur ad redhibendum, & ad repetendum pretium emptionis, & accessionis eius, & si quid emptionis causa seruus aut filius voluntate venditoris erogauerit forte vxori venditoris vt fit, vel parario, aut proxenetæ. Nam hæc omnia veniunt in actionem redhibitoriam, etiam vectigal, vt ait *l. debet, hoc tit.* quod scilicet ex emptionibus venditionibus ærario inferebatur, veluti centesima primum, deinde ducentesima pretij, vt Cornel. Tacit. inquit, 1. & 2. *Annalium*: Et sequebatur vectigal illud emptorem, vt hodie empto vendito prædio vectigal, quod summo domino debetur iure feudi, sequitur emptorem. Ita in emptione venditione vectigal fisco debitum sequebatur emptorem: Et vt dixi, in emptionibus aliarum rerum erat centesima: post fuit ducentesima: in emptione venditione mancipiorum fuit quinquagesima, vel quinta & vicesima, vt idem Tacitus scribit 13. *Annalium*, dum ait, Vectigal illud quintæ & vicesimæ mancipiorum venalium fuisse remissum a Nerone emptoribus, venditore iusso id dependere. Sed, vt ait eleganter, fuisse remissum emptori, specie non reipsa, non effectu, quia id in partem pretij emptori accrescebat, vnoquoque eo pluris vendente sua prædia. Locus est singularis. Non ergo aliter hæc omnia in solidum repetit & consequitur dominus vel pater, qui agit redhibitoria, quam si & ipse in solidum præstet omnia, quæ huic actioni ex parte emptoris insunt, puta non seruum tantum morbosum aut vitiosum, sed & peculium, quod venditioni accessit, & id quod deterior seruus venditus apud se factus est, & partus & acquisitiones serui venditi, & cætera de quibus in *l. 23. hoc tit. & aliis plerisque legib. hoc tit.* Ratio optima est, quia cum pater, vel dominus solidum sibi præstari a venditore desideret actione redhibitoria, æquitas compensationis exigit. vt & ipse solidum præstet, vt ex vtraque parte resoluta emptione, omnia in assem, vel in integrum restituantur. Denique pater vel dominus qui agit redhibitoria, & solidum petit, debet & ipse vicissim solidum præstare, non fini peculij tantum, id est peculio tenus, *l. 9. in princ. de compensat.* Ait eleganter, per compensationem seruari solidum, & teneri patrem vel dominum vltra peculij quantitatem, & *l. 3. §. vlt. rer. amotar.* Nam etiam (vt subiicitur in hac l.) si dominus vel pater agat ex empto ad mancipium, quod filius vel seruus suus emit, consequendum, nihil actione ex empto consequitur, nisi solidum pretium venditori soluat, quia & rem solidam sibi tradi desiderat: nisi, inquam, totum pretium venditori soluat, & quæcunque venditori deberentur, si libero homini vendidisset, *l. cum fundus §. vlt. sup. de reb. credit.* Igitur si partem pretij offerat venditori pater vel dominus: vel si offerat ad finem peculij tantum, quod is qui emit habuit, nondum ei ex empto actio efficax est, quia venditor quasi pignus mancipium venditum retinet, quoad sibi soluatur integrum pretium, *l. Iulianus §. offerri, sup. de act. empt. l. quod si nolit §. idem Marcellus, hoc tit.* quasi pignus & pignoris causa indiuidua est, *l. rem, de euict.* id est, non recipit pignus diuisionem pecuniæ debitæ: aut totam pecuniam solui oportet, aut, si vel relinquat debitor minimum, integrum pignus obligatum manet. Et hæc, si quum seruus aut filius emerit, dominus vel pater agat ædilitia actione, id est, redhibitoria vel ciuili actione ex empto. Videamus quid sit dicendum, si seruus aut filiusfamilias non emerit, sed mancipium peculiare, tradiderit, & vendiderit: & in dominum vel patrem emptor agat actione redhibitoria? Et hoc casu quia dominus vel pater nihil egit vel agit, quo venditionem ratam habere videatur, quam fecit filius, aut seruus, ideo ea actio-

ne non tenetur in solidum, sed ad finem modumque peculij dumtaxat, *l.* 23. §. *si seruus, sup. hoc tit.* puta tenetur, vt seruum venditum recipiat, & reddat emptori pretium, quod seruo vel filio numerauit, quodque in peculium serui aut filij venditoris redactum est. Vt si mancipium emptum sit quinque millibus, sane quinque millia sunt in peculio serui aut filij venditoris, videlicet si ei patre vel domino non sit ademptum peculium, vel si nihil domino aut patri debeat. Nam si ademptum ei sit peculium, vel si tantum, quantum est in peculio aut plus quam sit in peculio patri vel domino debeat, non intelligitur habere peculium, quia peculij id tantum est, quod superest, deducto eo, quod patri vel domino debetur, *l.* 10. *de pecul.* Si ergo nihil superest, nihil est in peculio, & consequenter emptor, qui actione redhibitoria agit in patrem vel dominum, seruum, quem emit, reddet, redhibebit patri vel domino. Viciſſim ipſe nihil a patre vel domino conſequetur, quia nihil est in peculio, & de peculio tantum pater, vel dominus tenetur emptori præstare actione redhibitoria, non de suo. At si non sit ademptum peculium, vel si nihil filius aut seruus debeat patri vel domino, conuentus pater vel dominus actione redhibitoria, debet præstare emptori quinque millia, quæ actor numerauit pro pretio mancipij venditi, quia ea quinque millia sunt in peculio. Et hoc est quod ait, *causam redhibitionis*, puta pretium, quod emptor persequitur actione redhibitoria, *peculio contineri*: causam siue rationem, vt in *l.* 13. *de tut. & ratib. distrah.* ait rationem emptionis iudicio tutelæ contineri. Mancipium quidem venditum, antequam redhibeatur, non est in peculio serui vel filij venditoris, quia in dominio est emptoris: post redhibitionem incipit esse in peculio eius: ante redhibitionem non est in peculio eius, quia est emptoris. Sed tamen etiam ante redhibitionem causa & ratio, propter quam agitur actione redhibitoria (ea est pretium mancipij venditi) in peculio venditoris computatur. Et hæc est sententia huius legis illo loco: *Igitur si seruus decem millibus emptus quinque millibus sit*, est asyntheton, quia subintelligitur copula aut *aut quinque millibus*, vt sit sensus, *siue venierit decem, siue quinque millibus, pretium eius inest peculio venditoris.* Et delenda est in hunc locum Accursij glossa.

Ad l. 36. de ritu nupt.

Tutor vel curator adultam vxorem ducere non potest: nisi a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiis, secuta fuerit.

VEnio ad l. 36. *de ritu nupt.* quæ est apertiſſima: nam in fi. l. additur exceptio ad Senatusconſ. quod factum est auctore Diuo Marco, ne tutor vel curator adultam vxorem ducat, antequam ei administrationis suæ rationem reddiderit, & transierint etiam tempora restitutionis in integrum. Qua de re sunt multæ leges in hoc tit. *nisi*, inquit, *a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiis secuta fuerit.* Despondetur a patre filia per stipulationem, vt apud Plautum in Truculento, *Spondes tuam natam vxorem mihi? Spondeo, & mille aurei Philippei doti erunt.* Destinatur nudo consensu, vt apud Horat. *Fortique marito Destinet vxorem.* Quod sequitur, *testamentove nominata conditione nuptiis, secuta fuerit*, vt legitur in Florentinis: deprauatum videtur, & ita emendandum ex *l. si pupillum, ad l. Iul. de adult.* *Testamentove nominata conditionem nuptiarum secuta fuerit.* Testamento patris designata, vt in *l. pater, de cond. & demonst.* quam exceptionem etiam Senatusconsulto arbitror fuiſſe adiectam nominatim. Et nihil est præterea.

Ad l. 28. de pact. dotal.

Quæris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias vel post nuptias, vt ex fundi fructibus quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? dico, si ante nuptias id conuenerit, valere pactum: eoque modo minorem dotem constitutam: Post nuptias vero, cum onera matrimonij fructus releuaturi sunt, iam de suo maritus paciscitur, vt dimittat creditorem. Et erit mera donatio.

LEx 28. *de pact. dotal.* multum intereſſe oſtendit, vtrum ante nuptias, an post nuptias mulier paciscatur cum marito, vt ex fructibus fundi in dotem dati maritus dimittat creditorem mulieris. Nam ante nuptias pactum valet, & eo modo dos minor efficitur, vt ait. Cur ita? quia remoto illo pacto fructus ante nuptias percepti augerent & ampliarent dotem, *l. dotis* §. 1. *l. si seruo in dotem, sup. tit. prox. l. videamus* §. *ante, de vsur.* Post nuptias autem, pactum non valet: quia, vt ait, mera donatio est, quæ iure ciuili inter coniuges vetita est. Doceo esse meram donationem. Fructus dotis post nuptias contractas, post contractum matrimonium, pro oneribus matrimonij pleno iure pertinent ad maritum, *l. pro oneribus C. de iur. dot.* Quum ergo agitur post nuptias, vt de fructibus dotis maritus dimittat creditorem mulieris, id agitur, vt de suo eum dimittat, vt donet igitur mulieri. Ergo non valet pactum: Nam & eadem ratione non valet hæc pactio, vt fructus dotis post nuptias percepti dotem augeant, & restituantur soluto matrimonio: nam & hoc mera donatio est. Ac præterea eiusmodi pacto, mulier indotata constituitur, *l.* 4. *hoc tit*, quia nisi oneribus matrimonij seruiat, dos nulla est, *l. si pater mulieris, sup. tit. prox.* Ideoque dos a Martiano Capella dicitur *Repensatrix*, quia repensat onera matrimonij, aut certe non est dos. Denique non est dos, nisi fructus eius cedant lucro mariti. Poſſet obiici huic legi lex *Iulianus, sup. tit. prox.* in qua oſtenditur valere pactum, si mulier paciscatur ne a se viua dos exigatur. Exigatur vt in Basilicis, μὴ ἀπαιτηθῶσι, non, *excipiatur.* Cur ergo etiam pacisci non licet, vt non omnes fructus dotis maritus lucretur, sed vt ex iis dimittat vnum creditorem mulieris? Respondeo in specie *l. Iulian.* si mulier paciscatur, ne a se viua dos petatur, neque maritus quicquam de suo donat, non petendo dotem, sustinendo petitionem dotis: mora hæc & sustentatio, donatio non est, neque mulier fit indotata, quia id agitur, vt post mortem mulieris vel fructus dotis manente matrimonio ab ea percepti, marito restituantur. Rursus obiicitur *l. pen. hoc tit.* quæ ait, si conuenerit inter virum & vxorem, vt fructus extremi anni matrimonij, qui solent diuidi inter virum & vxorem pro rata temporis, quo extremo anno stetit matrimonium, vt *l. fructus, sol. matrim.* Si, inquam, conuenerit, vt fructus vltimi anni, qui penderent, nec dum percepti eſſent, omnes lucro cederent mulieris, ait, eiusmodi pactum valere. Cui tamen profecto donatio ineſt: puta vt ex fructibus vltimi anni non ferat maritus pro rata sibi contingente portionem, sed omnes fiant mulieris. Et tamen valet ea pactio, eave donatio. Quidni? Cum & conferatur donatio in tempus soluti matrimonij, quæ omnino valet, *l. si eum qui mihi, in fi. de donat. inter vir. & vxor. l.* 10. *de mort. causa donat.* sicut e contrario non valet donatio facta ante nuptias quæ solet valere inter sponsas, *l. inter, de donat. inter vir & vxor.* Sane non valet, si effectus eius conferatur in tempus matrimonij: quia pro eo est, ac si constante matrimonio facta eſſet, *l.* 4. *C. de don. ante nupt.* arg. *l.* 13. *sup. de iurisd.* Conferri autem in *l. pen. hoc tit.* donationem in tempus soluti matrimonij, quo neque maritus, neque vxor est, vt mentio extremi anni matrimonij demonstrat, quia non poteſt sciri, quis sit extremus annus ante solutum matrimonium. Et ita hæc l. explicanda est, & omnino Glossa Accursij delenda.

Ad l. 10. defun. dot.

Erit ergo potestas legis ambulatoria, quia dotalis fuit obligatio. Nunquid ergo etiam illo nondum redempto, alterum quoque

quoque alienare possit, quia potest alterum redimere? an hoc non debet recipi, vt nullus in dote sit? certe ex post facto videbitur recte alienatus, illo postea redempto.

PRæmittendum est, quod omnibus satis est compertum, lege Iulia marito interdici alienationem fundi dotalis, ac deinde ponenda species in hunc modum: mulier marito in dotem dedit id quod maritus ei debebat sub alternatione, fundum Cornelianum aut Sempronianum. Itaque in eius arbitrio & electione erat quem vellet soluere, quia in alternatiuis siue disiunctiuis obligationibus electio est debitoris, nisi aliud actum sit in contrarium, *l. plerumque §. vlt. sup. de iur. dot.* An vero ea obligatione doti dicta siue promissa, erit etiam in arbitrio mariti, quem ex iis volet fundum alienare, & alterum seruare quasi dotalem? Et iam in *l. 9. superiore*, Africanus huius rei electionem marito permisit, non vt semel tantum optet, quem velit, vt fit in electione serui legati, *l. 5. in princ. de leg. 1.* vel in contractu data electione nominatim, *l. eum qui certarum §. vlt. de verb. obligat.* sed etiam vt subinde mutet voluntatem, & varie atque inconstanter iterum atque iterũ eligat, quem fundum velit alienare, quẽ retinere quasi dotalem, vt si forte Cornelianum elegerit, quem alienaret, & alienauerit, hunc rursus mutata voluntate, quamdiu matrimonium constat, possit redimere & seruare quasi dotalem, & alienare Sempronianum, quem retinuerat ante. Nominatim data electio contractior est, quia districte & præcise electionem iniungit: Non nominatim data electio sed quæ tacite inest, veluti promisso *illo, aut illo fundo*, ea liberior, aut laxior & latior est, nec breuitate constringitur, nec debet ita constringi, vt fiat scilicet semel duntaxat. Idque etiam Paulus sensit, qui ex eo colligit euenire, vt prout maritus mutauerit voluntatem, ita ad eius arbitrium & libidinem accommodetur, veluti Lesbia regula, & reflectatur potestas legis Iuliæ, vt scilicet quemadmodum ambulatoria est obligatio illius, aut illius fundi: & ambulatoria voluntas eius, qui debet sub alternatione illum fundum: ambulatoria voluntas debitoris, id est, mutatu facilis, ita ambulet etiam, & quasi gradum mutet potestas legis Iuliæ, & modo exerceatur in fundo Corneliano, modo in Semproniano, quia, inquit, dotalis fuit obligatio. emenda, quia talis fuit obligatio, talis, id est, ambulatoria, nimirum alternata. Plus adiicit Paulus, electo & alienato fundo Corneliano, necdum redempto posse etiam maritum Sempronianum alienare, & alienationem valere, ac confirmari, si modo postea Cornelianum redimat, & habeat quasi dotalem: interim in pendenti esse alienationem fundi Semproniani; idque euenire, quod euenit sæpenumero in iure, vt ex post facto confirmetur, quod erat in pendenti, quod erat imperfectum, *l. proinde 8. de reb. cred. l. 25. §. 1. de vsufr.*

Ad l. 44. sol. matrim.

Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem: quandoque mortuo patre, cum herede eius filiam de dote acturam, Nerua & Cato responderunt: vt est relatum apud Sextum Pomponium Digestorum ab Aristone libro quinto. ibidem Aristoni consensit. ego dicerem, etsi emancipasset pater filiam, ipsum quoque conueniri posse.

1. §. Lucius Titius, filiæ suæ nomine, centum doti promisit Gaio Seio. & inter Gaium Seium, & Lucium Titium patrem mulieris conuenit ne dos a viro viuo Lucio Titio, id est, patre mulieris peteretur: postea culpa mariti diuortio facto solutum est matrimonium. Et pater mulieris decedens, alios heredes instituit, filia exheredata: Quæro an ab heredibus soceri maritus exigere dotem potest, cum eam mulieri redditurus est. Respondi: Cum filia, aliis a patre heredibus institutis, actionem de dote sua reciperanda habere cœperit: necesse habebit maritus, aut exactam dotem, aut actiones ei præstare. nec vllam exceptionem habebunt soceri heredes aduersus eum. Cum absurde dicitur, dolo videri eum facere, qui non ipsi, quem conuenit, sed alij restituturus petit. alioquin, & si post mortem patris diuortisset, nondum exacta dote: excluderetur exactione dotis maritus. quod non est admittendum. sed etsi ex parte filia heres patri suo exstiterit, debebit maritus coheredes eius pro parte virili exigere, & mulieri reddere, aut actiones ei præstare.

DVæ in hac l. proponuntur species. Prima hæc est: morte viri soluto matrimonio, viro socer, id est, pater mulieris qui eam habet in potestate, heres ex testamento exstitit, an ab eo potest filia dotem repetere? quod prima facie videtur tentari posse, quia dos a patre data filiæ nomine, bonis patris abscessit, & cœpit esse ipsius filiæ proprium matrimonium, quamuis sit in potestate patris, *l. 4. de collat. bon. l. vlt. de collat. dot. l. 3. §. sed vtrum, in fi. de minor.* Et verius est tamen, nec de dote sua repetenda & recuperanda filiæ esse actionem in patrem, qui eam habet in potestate. Lis enim nulla, ne de dote quidem nobis esse potest cum parentibus in quorum potestate sumus, ne permissu quidem prætoris, *l. 4. de iud. l. 8. de in ius voc. l. 16. de fur.* Ergo viuo patre non poterit filia ab eo dotem repetere, quasi ab herede mariti. At mortuo patre eam repetere poterit ab herede eius actione rei vxoriæ, vel hodie ex stipulatu. Repetitio igitur dotis profectitiæ, quæ communis erat patri & filiæ *l. 3. sup. hoc tit.* ex persona patris confunditur, adita generi hereditate, non ex persona filiæ. Denique ex sola patris persona confusio fit, non etiam ex persona filiæ, vt in simili casu *l. Granius, de fideiuss.* Et ita Neruam & Catonem respondisse Paulus ait, esse relatum apud Sextum Pomponium ab Aristone *Dig. libro quinto.* & ibidem Aristoni consensisse. Ita Florentini scriptum habent recte, & hoc sensu responsa illa Neruæ & Catonis ab Aristone, id est, ex Aristone esse relata 5. *Digestor.* Sexti Pomponij, & ibidem Sextum Pomponium accedere sententiæ Aristonis, consentire Aristoni suffulto auctoritate Neruæ & Catonis. Ex iis vero colligit Paulus sublato etiam vinculo patriæ potestatis emancipatione, emancipata filia, filiæ saluam esse repetitionem dotis permissu prætoris aduersus patrem quasi heredem mariti. Nam ita Paulus a pari argumentatur: vt morte patris soluto vinculo patriæ potestatis, filiæ dotis repetitio competit, ergo & eodem vinculo sublato emancipatione. Glossa docte ait, locum esse a pari, cuius scilicet maxima propositio hæc est. In rebus paribus, aut æque probabilibus, quod in vna re verum est, id etiam in altera verum esse. Et ita in aliis plerisque causis casus mortis patris ducitur ad casum emancipationis: & contra *l. 11. si cui, de legat. 3. l. 3. C. de instit. & subst.* Conclusio igitur hæc sit: mortuo patre, qui marito heres exstitit, filiam ab herede eius dotem repetere posse, viuo patre non posse ab eo illam dotem repetere, nisi emancipata fuerit, quia quo minus eam repetat, patria potestas impedimento est, qua sublata emancipatione, atque adeo sublato impedimento, consequenter mulierem etiam a patre dotem repetere posse. Quintilian. *lib. 11. cap. 1. inter patres*, inquit, *filiosque cum interuenisset emancipatio, litigatum scio.*

Ad §. Lucius.

ALtera species l. quæ proponitur in §. *Lucius*, hæc est: Cum socer genero dotem diceret, vel promitteret filiæ nomine, pacti sunt inter se, ne a socero dotem, quamdiu viueret, dictam vel promissam gener exigeret: quæ pactio recepta est etiam muliere dotem dicente, vel promittente, *l. Iulianus, sup. de iur. dot. l. ob res §. vlt. de pac. dot.* Postea viuo socero atque ita nondum genero parta & permissa exactione dotis, culpa generi solutum est matrimonium. Deinde moriens socer alios heredes instituit, filiam exheredauit, quod scilicet dote eam contentam esse vellet, vt *l. qui volebat, de heredib. instit. l. cum vnus §. vlt. de alim. leg. l. emptor §. vlt. de rei*

Paul.

vind. Neque vero alias vnquam exheredatio dote filiam spoliat, quæ eius cœpit esse proprium matrimonium, *l. vn. §. videamus, C. de rei vxor. act.* Quæritur autem, an mortuo socero post diuortium factum culpa mariti, vt posuimus, an possit maritus ab heredibus soceri dotem exigere, quam restituat mulieri? Et respondet posse: imo debere eam exigere ab heredibus soceri, vt mox exactam mulieri præstet, aut si nolit eam exigere, debere mulieri cedere actionibus suis aduersus heredes soceri: cessionem actionum pro iusta præstatione esse, *l. quod debetur, de pec.* Quia mulieri sane aduersus eum dotis repetitio competit, & quidem dotis integræ sine vlla diminutione, sine vllius partis retentione, licet ex eo matrimonio liberi supersint, & ipsa nuntium remiserit & diuorterit prior, quia vitio mariti factum diuortium est: Hac ratione mulieri integræ dotis repetitio competit, Paulus 2. *Inst. tit. de dotib. Si diuortium,* inquit, *matrimonij sit, & hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetitur.* Marc. Tull. in Topic. *Si viri culpa factum est diuortium, etsi mulier nuntium remiserit, tamen pro liberis manere nihil oportet, id est, integra dos restituenda est mulieri.* In quem locum Boetius adduxit supradict. Pauli sententiam ex 2. Institutorum, vt ait Boetius: Nam promiscue dicebant Latini instituta & institutiones: vt commenta & commentationes. Exigentem vero maritum dotem ab heredibus soceri, subiicit Paulus hoc loco, non posse repelli exceptione doli, quod eam mox restituturus sit statim atque exegerit ab heredibus soceri, quia hæc exceptio siue regula, *Dolo facit qui petit quod redditurus est, l. 8. de doli except.* locum tantum habet in eo qui redditurus est ei, a quo petit, non si alij redditurus est. Et ideo recte maritus dotem petit ab heredibus soceri, quia eis redditurus non est, sed mulieri, cui & eo nomine tenetur. Ergo cum effectu dotis exactio marito competit post mortem patris, licet viuo patre culpa eius diuortium factum sit, & multo magis, si mortuo iam patre: & marito igitur iam quæsita exactione dotis aduersus heredes eius, quia pactum factum cum socero fuit personale, & diuortium factum est culpa mariti ante dotem exactam. Nam & similiter dotem exigere poterit ab heredibus soceri, sine metu supradictæ exceptionis vt eam dotem mox mulieri restituat. posui mulierem fuisse exheredatam a patre. Quid si a patre ex parte fuerit heres scripta? Quid si in solidum siue ex asse? Si ex asse, sane dos ab ea exigi non potest. Dotem ab ea maritus exigere non potest, quia tunc sane locus est supradictæ exceptioni: *Dolo facis qui petis, quod te mihi mox restituere oportet.* Ac similiter, si ex parte sit heres scripta, pro sua parte maritus ab ea dotem exigere non potest. Eadem ratione, propter exceptionem doli mali a coheredibus eius potest, pro parte eorum virili, id est, ἀναλόγως, pro rata, *l. 1. C. vnde lib. §. vlt. Instit. de inoff. test.* A coheredibus igitur maritus pro rata portione dotis exigere potest, vt eam portionem dotis exigere potest, vt eam portionem dotis mox restituat mulieri, nisi malit ei cedere actionibus suis aduersus coheredes, pro portione, qua ad eos patris hereditas pertinet. Et ita est explicanda altera species huius legis.

Ad l. 44. de bonis libertorum.

Si patronum ex debita portione heredem instituas, & pure roges fundum dare, eique sub conditione tantumdem leges: in conditionem fideicommissum redigitur, erit tamen & hic, quod moueat. Onerabitur enim patronus satisdatione fideicommissi sed dicendum est ab eo fideicommissario cauendum, a quo patrono legatum est, vt vndique patronus suum ius habeat imminutum.

1. §. *Patronus heres institutus, legato ei seruo, per quem suppleretur debita ei portio, non petet contra tabulas bonorum possessionem, quamuis seruus clusis tabulis decessit.*

2. §. *Si ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate vel legato: seruus tamen post mortem liberti reuersus ab hostibus augeat patrimonium: non potest patronus propterea queri, quod minus habeat in seruo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus. Idem est & in alluuione, cum sit satisfactum ex his bonis, quæ mortis tempore fuerunt. Idem est, & si pars legati liberto relicti ab eo, cui simul datum erat, vel hereditatis, nunc illis abstinentibus, adcrescat.*

Sciendum est, liberto vita decedente sine liberis testamento facto, patrono eius deberi portionem legitimam, id est, vt olim obtinuit *l. Iulia & Papia*, semissem omnium bonorum, quæ liberti fuerunt mortis tempore: vel vt hodie obtinet, trientem ex Constitutione Iustiniani, quæ quidem portio si patrono relicta non sit, datur ei aduersus institutos & scriptos heredes testamento liberti bonorum possessio contra tabulas, non in assem, sed eius tantum portionis euincendæ gratia. Hæc est debita portio reuerentiæ patronali, vt ait *l. si patronus, inf. de don.* Portio, inquit, ex legibus debita reuerentiæ patronali, & quæ sane ei debetur pure sine onere, sine dilatione, & conditione, sine mora vlla, *l. siue libertus §. 1. & 2. sup. de iure patronat.* sine onere legati aut fideicommissi, vel quo alio onere, aut incommodo, *l. seq. & l. cum patronus, de leg. 2. l. ita fidei §. vlt. de iure fisci.* Eodemque iure est portio legitima debita liberis ex parentum bonis, qui testati vita decedunt, quæ olim fuit quadrans ex *l. Glicia*, & quadrans eius, quod ab intestato habituri erant. Hodie est triens, si sint quatuor liberi: vel semis, si sint plus quam quatuor liberi, ex Nou. Iust. nam & hæc, quæ liberis, aut vicissim a liberis parentibus debetur portio legitima, debetur sine vllo onere optimo iure, optima conditione, quantum potest *l. 12.* in qua quod onus videtur esse fideicommissi mutui siue reciproci, si quis recte animaduertat, non est onus proprie in *l. 12. l. 30. 32. & 36. C. de inoff. testam.* Vtraque portio, quæ vel debetur patronis, vel parentibus, vel liberis, est veluti æs alienum. Et ita appellatur in Nouella Iustiniani 18. χρέος, id est, debitum bonorum subsidium, *la legitime, l. si totas, C. de inoffic. donat.* Vt autem si creditori, id quod debes, leges, vel si vxori dotem leges, quæ te defuncto omnimodo quasi res sua ad eam redire debet, nullum ei legato onus imponere potes, *l. 7. §. vlt. de leg. 3.* Ita nec si portionem legitimam patrono, aut filio relinquas. Huc pertinet, quod initio huius legis proponitur: Libertus patronum ex debita portione heredem fecit, & pure rogauit, vt ex ea portione sua L. Titio fundum daret. Denique debitæ portioni imposuit onus fideicommissi. Verum mox exonerandi & alleuandi patroni gratia, eidem quanti fundus ille dignus fuit, tantundem ei a coherede sub conditione legauit, ne patroni portio oneretur. Eleganter ait, fideicommissum quod erat purum, ad conditionem legati redigendum esse, vt scilicet non ante Lucio Titio fideicommissario debeatur, quam exstiterit conditio legati patrono a coherede relicti, fideicommissi repensandi gratia. Hoc tentat primum Paulus: deinde aliud atque diuersum more suo: imo nec in eam conditionem fideicommissum redigendum esse, quia & hoc genere oneratur portio patroni propter satisdationem fideicommissi, quam L. Titio præstare pendente conditione patronus debet, ex edicto prætoris, *vt legatorum nomine caueatur*: quæ quidem satisdatio, id est, datio fideiussorum legati aut fideicommissi nomine, non tantum est inuentu difficilis, quod pauci inueniantur sani, & prudentes & idonei, qui pro aliis spondere velint, *l. 6. sup. si cui plus quam per leg. Falcid. l. omnes §. præterea, C. de Episc. & cler.* sed etiam satisdantem fideiussoribus, obligat ex causa mandati. Igitur vt per omnia exoneretur patronus, & vndique ius suum habeat imminutum, illibatum, integrum, purum, portionem suam immunem, concludit ad extremum Paulus, melius esse, vt L. Titio quasi conditionalis fideicommissi nomine satisdet non patronus a quo fideicommissum aut legatum relictum est, ne subeat istud onus, sed coheres a quo legatum patrono datum

datum eſt, qui caſus eſt valde ſingularis, vt videlicet de A fideicommiſſo ſatiſdet, a quo fideicommiſſum relictum non eſt. Et recipitur hoc potius, quam vt oneretur patronus in portione ſibi debita.

Ad §. 1. Patronus heres inſtitutus, &c.

NIhil intereſt, quo iure patrono debita portio relinquatur, iure legati, vel fideicommiſſi, vel mortis cauſa donationis, an iure hereditario, vt in §. *ſeq.* nam & liberis teſtamento parentum quocunque iure, quocunque titulo debita portio ante Nouell. Iuſtin. 115. relinqui potuit, §. *vlt. Inſt. de inoff. teſt.* Et ad eundem modum poteſt patrono relinqui portio legitima quocunque titulo, ergo partim vno titulo, partim altero. Quidni? partim iure B hereditario, partim legati. Exempli gratia: Patrono herede inſtituto ex minore parte, quam ſit legitima, & ſeruo ei legato ſupplendæ legitimæ portionis gratia: nam hoc modo recte ſatisfit patrono, quia integram habet portionem legitimam. nec nos mouet, quod eam habet non eodem, ſed diuerſo iure, cum ob eam rem eius nihil interſit, modo habeat integram. At ita poſita ſpecie, quæritur quid ſit dicendum, ſi ſeruus ei legatus vita deceſſerit, clauſis tabulis teſtamenti, id eſt, antequam dies legati cederet: neque enim ex lege Papia dies legati cedit ante apertas tabulas, *l. vn. de cad. toll. & Vlp. lib. ſing. reg. tit. de leg. in fin.* Quid ergo ſi ille ſeruus deceſſerit ante apertas tabulas quæ res inane conſtituit legatum? Et ait, hoc etiam caſu patrono ſatisfactum videri, nec poſſe eum quicquam queri, aut expoſtulare petita bonorum poſſeſſione C contra tabulas, quia tempore mortis liberti, quod in hac cauſa ſpectari debet ſemper, patronus habuit plenam portionem ſuam, ſuperuixit enim liberto ſeruus legatus. Et ſatis eſt, ſi vel momento, cum moritur libertus, patronus habeat integram portionem ſuam. Sane enim aliud dicendum eſſet, ſi ſeruo ſuperuixiſſet libertus teſtator, quia tempore mortis patronus integram & plenam portionem non habuit, quia legatum defecit viuo liberto. Et ita eſt explicandus hic §.

Ad §. vltimum.

IN §. vlt. oſtenditur, etiam nihil referre, quo iure portio D debita patrono relinquatur, iure hereditatis, an iure legati. Ac præterea oſtenditur ſatis eſſe patrono relinqui portionem debitam, id eſt, ſemiſſem, vel trientem eorum bonorum, quæ liberti fuerunt cum moreretur. Nunc finge, iure legati patrono relictum ſeruum, qui ſufficit portioni debitæ ex bonis, quæ liberti fuerunt, mortis tempore pretium eius ſerui efficere ſemiſſem bonorum aut trientem. Viuo autem liberto ſeruum captum, poſt mortem liberti ab hoſtibus rediiſſe poſtliminio in poteſtatem heredum liberti: Vel finge, fundo hereditario poſt mortem liberti flumen per alluuionem aliquid adieciſſe: Vel finge, poſt mortem liberti legati aut hereditatis liberto, & alij ſimul, id eſt, coniunctim relicti relictave abſtinente collegatario vel coherede, partem alteram he- E redibus liberti accreuiſſe? ius accreſcendi poſt quæſitam defuncto partem ſuam, tranſmittitur ad heredes, quia pars parti accreſcit, *l. ſi ex plurib. de ſuis & legit. heredib. l. ex ſcriptura §. vlt. de condit. & demonſt.* His tribus modis, qui expoſiti ſunt, iure poſtliminij, iure aluuionis, iure accreſcendi, poſt mortem teſtatoris augetur hereditas, augetur patrimonium. Et ſane ſi patronus ex debita portione ſit heres inſtitutus, his quoque modis augetur portio patroni. Sed ſi iure legati relicta ei ſit debita portio, his modis non augetur legatum, quia quod hereditati accedit vel accreſcit poſt mortem teſtatoris, lucro heredum cedit, non legatariorum. Nec queri poteſt patronus quod nunc minus habeat ex legato, quam ſi ex debita portione heres eſſet inſtitutus, non legatum accepiſſet, quia in incrementi huius portionem veniret, ſi eſſet inſtitutus, in quam legato accepto venire non poteſt. Non eſt, inquit, quod de ea queratur patronus, cum ſatisfactum ſit ei ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt. iure legati ei relicta fuit portio legitima: ſed ſatisfieri ei debet ex bonis, quæ fuerunt mortis tempore, non ex iis, quæ poſtea acceſſerunt. Et recte *l. ſerui ſup. ad leg. Falcid.* ſeruos poſt mortem teſtatoris reuerſos ab hoſtibus quantum ad legem Falcidiam attinet, locupletiorem facere heredem, & prodeſſe ſcilicet legatariis, vt vel ſolida legata capiant ſine deductione Falcidiæ, vel minus ex iis iure Falcidiæ detrahat heres, non etiam, vt plus capiant, quam datum eis ſit ex bonis quæ mortis tempore fuerunt. quantum ad l. Falcidiam attinet, inquit, ad differentiam legis Papiæ, quaſi dicat, quantum ad l. Falcidiam non quantum ad legem Papiam. nam fictio poſtliminij, quæ fingit eum, qui rediit ab hoſtibus, retro in poteſtate domini fuiſſe, admittitur in l. Falcidia, non in l. Papia. Cur ita? ne plus habeat patronus, quam ei legatum ſit ex bonis, quæ liberti fuerunt mortis tempore, contra voluntatem teſtatoris, quum ſcilicet legatum illud ſufficit debitæ portioni. Et hic quoque locus valde ſingularis eſt.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum VI. Quæſtionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 70. de iure dotium, quæ coniungenda eſt cum l. in ambiguis 85. de reg. iur.

IN *ambiguis*, inquit, *pro dotibus reſpondere melius eſt.* quia, ait, *melius eſt*, videtur reſpicere ad formulam actionis rei vxoriæ, cuius ſæpe M. Tull. mentionem facit. Formula hæc eſt: *quod æquius melius ſit dari, repromittive.* Cuius regulæ ratione ea actio dicitur eſſe concepta in bonum & æquum *l. eas ſup. de cap. minut.* & proculdubio ad eam quoque formulam reſpicit *l. ſi cum Cornelius in fin. ſolut. mat.* illo loco: *Æquius melius eſt*, quæ tractant de actione rei vxoriæ. Inſtruit autem hæc regula iuris non iudices, ſe Iuriſconſultos, quoniam ait, reſpondere. *Reſpondere* eſt proprium IC. pronuntiare iudicum. Et ſecundum hanc quoque regulam Papinianum reſpondiſſe refertur in *l. 2. tit. ſeq.* ſi conuenerit, vt quoquo modo ſoluto matrimonio liberis interuenientibus dos apud virum remaneat, qui ſermo ambiguus eſt. Nam duobus differentibus modis intelligi poteſt *l. cum Stichus, inf. de ſolut.* Vel enim intelligi poteſt ille ſermo in hunc modum, vt quoquo alio modo, quam morte viri ſoluto matrimonio liberis interuenientibus dos apud virum remaneat, vel etiam morte viri ſoluto matrimonio apud heredes viri. Papinianus, inquam, in hac quæſtione ambigua & dubia reſpondit, non videri conueniſſe, vt morte viri ſoluto matrimonio dos maneret: nec ſi id nominatim conueniſſet, conuentionem valere, quia eſt contra dotem, id eſt, quia mulierem indotatam facit, quæ ſuperuixit viro. Proinde mortuo viro liberis mulierem eſſe potiorem in repetenda dote actione rei vxoriæ, quæ dicitur actio dotis recuperandæ, *l. filiæ meæ, inf. ſol. matr.* vt arbiter dotis recuperandæ, qui ei actioni addictus eſt, *l. Titia, de ſolut.* In ambigua quæſtione ſcilicet & dubia interpretatione Papinianus reſpondit pro dote, id eſt, pro muliere, quæ de dote ſua recuperanda agit. Et ita poteſt non male hæc regula accommodari ad actionem dotis recuperandæ, quæ finito matrimonio mulieri competit. At ſecundum hunc titulum de iure dotium qui proprie eſt de actione petendæ dotis, quæ marito competit ex ſtipula-

tione vel repromissione, seu dictione dotis, vel hodie ex nuda pollicitatione. non etiam est & hic titulus de actione dotis recuperandæ, cui proprie dicatus est titulus soluto matrimonio. Secundum hunc titulum inquam, hæc regula accommodanda est ad petitionem dotis, quæ marito competit quamvis ea sit stricti iuris, illa autem quæ mulieri competit bonæ fidei, nimirum sumpto exemplo ex *l. nuptura, hic.* nuptura filiosfam. ita dotem promisit socero: *Quod filius tuus mihi debet, doti tibi erit.* quæ oratio ambigua est: nam & hunc sensum admittit: *Quod filius tuus mihi debet in solidum, quia mihi obligatus est in solidum,* & hunc sensum, *quod filij tui nomine mihi debes peculio tenus, non in solidum.* Et fauor dotis priorem interpretationem inducit, quæ efficit, vt amplior dos socero debeatur, ad quem huius matrimonij onera spectant, *l. si filia* §. 1. *famil. ercisc.* Et ita respondetur in *d. l. nuptura,* huic regulæ conuenienter. Sumatur & exemplum ex *l. tali.* 48. *hoc tit.* nuptura promisit in anno proximo dotis nomine decem dari. Ambigua oratio est, ibi, *in anno proximo.* nam incertum est, ex quo die annus numerandus sit, ex die interpositæ stipulationis, an ex die nuptiarum, quæ varietas magnum momentum habet. nam si ex die nuptiarum secutis nuptiis proculdubio dos ex ea obligationis ille annus numerandus est, & si nuptiæ non fiant intra annum, dos etiam ex ea obligatione deberi videtur. Quod si quis dixerit, & eo casu dotem deberi, absurde dixerit, quia dos sine nuptiis esse non potest. Ergo completo anno, nondum secutis nuptiis, ex ea obligatione dos deberi non potest, quia deficit conditio, quæ stipulationi dotis tacite inest, si nuptiæ sequantur, quia non sunt secutæ nuptiæ intra annum, *l.* 22. *hoc tit.* Et ex iis quidem duabus interpretationibus ea sumitur, quæ pro dote, id est, pro marito facit, qui dotem petit. Ea scilicet sumitur interpretatio, quæ efficit, vt dos omnino debeatur, numerato anno ex die nuptiarum, non quæ efficit, vt aliquo modo non debeatur, numerato scilicet anno ex die stipulationis, & non factis nuptiis intra annum; maritus sustinet onera matrimonij ideo quoties interpretatio dotis, quæ ab eo petitur, est dubia, secundum dotem, id est, secundum maritum respondendum est. Vt & de libertate dicitur in *l.* 20. *de reg. iur.* Sumi etiam aliud exemplum potest ex *l.* 11. *tit. seq.* Si promissa vel dicta dote socer ita cum genero paciscatur, ne se viuo dos petatur, neve constante matrimonio, hæc postrema verba, *neve constante matrimonio,* ambigua sunt, quia duas differentes sententias exprimunt: vel, vt constante matrimonio se viuo non petatur, ἀπὸ κοινοῦ, siue a communione repetitis superioribus verbis, *se viuo*: vel, *ne omnino petatur a se, vel herede suo constante matrimonio, sed finito matrimonio demum.* Ac prior interpretatio fauorabilior est, ergo amplectenda, vt scilicet marito statim atque socer diem suum obierit, dotis petitio competat: alioqui constante matrimonio mulier videbitur esse indotata. Indotata enim esse videtur cuius dos non seruit oneribus matrimonij, id est, cuius fructus maritus non percipit, *l.* 76. *hoc tit.* Et hæc quidem exempla nos ad hanc regulam adponere oportet, vt arbitror, eamque accommodare, non tantum ad repetitionem, sed etiam ad petitionem dotis. Non possum probare exempla, quæ Accursius, Hugolinus & alij interpretes tam Latini, quam Græci afferunt in hanc regulam, quia ei conuenire nullo modo videntur. Ac primum quod fauore dotis constituitur in *l. vlt. in fi. C. ad Vellei.* & in *l.* 9. § *si res, h. t.* proprie non pertinet ad hanc regulam, quia is fauor nō versatur in ambiguis rebus, in ambiguis quæstionibus aut verbis, sed in certis atque perspicuis, qui certe longe maior est fauor, quam qui versatur in ambiguis: nam maior est ratio fauere doti in rem ambigua, quam in re perspicua, siue contra rationem perspicuam. Ex eo tamen fauore, qui maior est, non nego, ad hunc, qui minor est, nos posse argumentari hoc modo: Si in perspicuis rebus fauetur dotibus contra ius certum, atque confessum, & in ambiguis multo magis, *vt in d. l. vltim.* constituitur, non iuuari mulierem, quæ pro alia muliere dotem spopondit, vel pollicita est. Quod est perspicue contra SC. Velleianum, introductum fauore dotium, longe maxime, vbi nulla suberat ambiguitas. Et cum in *d.* § *si res,* si quis res tradiderit pro muliere, ea lege, vt sequutis nuptiis dotis fierent, & transirent in dominium mariti, & post mortem eius nuptiæ sequantur, quamvis perspicuum sit & euidens dominium earum rerum, quod heredi per aditionem quæsitum est, ab eo herede inuito, & sine facto eius discedere non posse, tamen contra hanc rationem iuris, quæ manifestissima est, fauore dotis, ne mulier sit indotata, lex ait, *secutis nuptijs post mortem promissoris dominium earum rerum ipso iure in maritum transferri, si heres absit, vel nolit approbare quod defunctus fecit.* Certissimum etiam est nihil ad hanc regulam pertinere *l. prox.* §. *gener, sup.* quam hic glossa adduxit. In quo §. ostenditur, dotem a socero simpliciter promissam pro filia non demonstrata re vel quantitate, boni viri arbitrio promissam videri, id est, pro modo facultatum & pro dignitate mariti. Quod nihil pertinet ad hanc regulam, quia hoc non est in ambiguis pro dotibus respondere. Vbi enim est ambiguitas? obscuritas potius est, quam ambiguitas. In obscuritate autem quæritur, quid actum vel dictum, in ambiguitate, vtrum actum vel dictum sit. Et ita ambigua ab obscuris separantur, *l. veteribus, sup. de pact.* Nihil etiam ad hanc regulam pertinet *l. dotem quæ, hoc tit.* quam & Glossa adfert, ex qua lege, dos quæ in priore matrimonio fuit & renouato matrimonio post diuortium, & ipsa dos tacite renouata intelligitur, nisi probetur aliud conuenisse, nam in ea re nulla erat ambiguitas. nihil est euidentius. Male etiam exempli loco afferunt *l. vlt. C. de dot. promiss.* ex qua pater, qui simpliciter dotem certam filiæ constituit, vel filiæ nomine promisit, non demonstratis bonis, ex quibus ea dos solueretur, vel etiam qui ex suis & filiæ bonis dixit, se eam dotem constituere, si sit soluendo, si sit locuples, totam eam de suis bonis constituisse intelligitur, vt constituitur in *d. l. vlt.* An vero hoc est in ambiguis pro dotibus respondere, vel definire? minime: Quia hoc magis est pro filia, quam pro dote, nimirum vt non dotetur de patrimonio suo, veluti de bonis maternis, sed de bonis paternis, de patrimonio patris, quia vt eadem ipsa lex ait, paternum officium est dotare filiam. Non placet etiam, exemplum quod afferunt ex *l. si sponsa, hoc tit. & l. quæsitum* §. *vlt. & l. seq. de priuil. cred. vel de bon. auct. iud. possid.* vbi priuilegium exactionis, quod mulier habet in dote repetenda, quo præfertur omnibus creditoribus, datur etiam ei in quasi dote repetenda. Dos est, quæ iusto matrimonio cohæret, *l. dotem, de castr. pecul.* quasi dos, quæ non iusto vel nullo matrimonio cohæreat, vt si minor 12. annis nupserit, & quasi vxor, quum in ea ætate non possit esse vxor, etsi ducta fuerit in domum quasi mariti, & mox diuorterit: vel si sponsa dotem dederit, neque nupserit postea, & hæc & illa in repetenda quasi dote habebit priuilegium exactionis. Hoc vero est priuilegium dotis exigendæ porrigere ad quasi dotem, non in ambiguis pro dote respondere. Non placet etiam aliud quod Græci in hac l. proponunt: si ambigatur filiæfamilias nubenti consenserit pater vt debet, quo fiant iustæ nuptiæ, an non consenserit, quia hoc genere de iure matrimonij principaliter quæritur, valeat, nec ne, de dote nihil. Et in illa quæstione tamen id placet accipi in dubio, quo matrimonium magis valeat, quam pereat, vt in *l.* 13. *de rebus dub. & in cap. videtur ext. qui matrim. accus. non poss. & cap. licet quædam, in fine, ext. de testibus.* Item displicet aliud, quod iidem ponunt, si ambigatur, dos sit æstimata, an non æstimata. Hi duo casus multum inter se distant. nam dotis inæstimatæ periculum, si forte pereat casu maiore, pertinet ad mulierem, dotis æstimatæ ad virum, quia pro emptore habetur. In ambiguo ait, iudicem debere statuere dotem esse æstimatam, vt periculum sit mariti, si forte res dotales perierint, non mulieris. Quod falsum esse existimo proculdubio, & nullo loco iuris ea sententia probari potest. Nec bono & æquo conuenit deficientibus probationibus æstimatæ dotis ex detrimento viri

viri mulierem locupletari, *l. pen. in fin. ſol. matr.* Iudex potius, ne cui faciat iniuriam, vt ſolebant olim, debet pronuntiare ſibi non liquere, *l. Pomponius, de recept. qui arbit. recep.* Poſtremo dico, nil etiam ad hanc regulam pertinere *l. Gaius, ſol. matr.* licet ſit ex eodem libro.

Ad leg. 45. ſoluto matrim.

Caius Seius auus maternus Seiæ nepti, quæ erat in patris poteſtate certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, & inſtrumento dotali huiuſmodi pactum, & ſtipulationem complexus eſt: ſi inter lucium Titium maritum & Seiam diuortium ſine culpa mulieris factum eſſet, dos omnis Seiæ uxori, vel Gaio Seio auo materno redderetur reſtitueretur que: quæro, cum Seius auus maternus ſtatim vita defunctus ſit: & Seia poſtea ſine culpa ſua diuorterit, viuo patre ſuo, in cuius poteſtate eſt: an, & cui actio ex hoc pacto ex ſtipulatione competat: & vtrum heredi aui materni ex ſtipulatu, an nepti? reſpondi, in perſona quidem neptis videri inutiliter ſtipulationem eſſe conceptam: quoniam auus maternus ei ſtipulatus proponitur. Quod cum ita eſt: heredi ſtipulatoris, quandoque diuorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum eſt, Seiæ poſſe dotem ſolui, quamvis actio ei directo non competat, ac ſi ſibi aut illi dari auus ſtipulatus eſt. Sed permittendum eſt nepti ex hac auita conuentione, ne commodo dotis defraudetur, vtilem actionem, fauore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem perſonarum, ad hoc decurrendum eſt.

Species huius l. hæc eſt: Auus maternus neptis ſuæ nomine, quæ erat in poteſtate patris, marito eius dotem certam dedit, & inſtrumento dotali pactus eſt ſubdita ſtipulatione, vt eſſet actio ex ſtipulatu, quæ non poteſt eſſe ex pacto ſolo. Stipulatus igitur eſt, vt diuortio facto ſine culpa neptis ſuæ, ea dos omnis nepti vel ſibi reſtitueretur, nam diuortio facto ſine culpa mulieris conſtat omnem dotem a marito eſſe reſtituendam ſine vlla rententione, vel deductione, vt docuimus ad *l. prox. ſup.* Culpa autem mulieris interueniente, certæ partis dotis retentionem marito competere vel propter liberos, vel propter mores aut culpam mulieris, & nonnunquam retentionem totius dotis, maxime ob adulterium. Quod & in Comœdia Hecyr. Act. 3. Sc. 5. Pamphilus ſignificat, & tentat, quaſi culpa vxoris ſuæ diuortium interueniſſet, dum ait, *neque mea culpa hoc diſſidium eueniſſe, id teſtor Deo. ſed quando ſeſe eſſe indignam deputat matri meæ, cui concedat, &c.* vbi ex interpretatione Donati ſic legendum eſt, hoc, ſic profert, inquit, vt eam oſtendat cauſam eſſe diſſidij: & hoc ipſo tentat, vt totam dotem retinere poſſit. In hac autem ſtipulatione, quam auus maternus proponitur feciſſe nepti vel ſibi, neptis non eſt adiecta ſolutionis gratia, ſed obligationis, non minus, quam auus ipſe. Si auus dixiſſet *mihi vel nepti,* neptis adiecta eſſet ſolutionis gratia, & obligatio conſiſteret tantum in perſona aui, *l. eum qui §. qui ſibi, de verb. oblig. §. plane ſolutio, Inſt. de inut. ſtipul.* At vice verſa, quia dixit *nepti vel mihi*, proculdubio neptis adiecta eſt obligationis gratia, puta vt nepti vel ſibi acquireretur obligatio: nec enim videtur præpoſtere ſolutionem obligationi prætuliſſe: & certo certius eſt, adiectionem alterius, ſi fiat ſolutionis gratia, valere, ſi obligationis gratia, id eſt, ſi alter etiam obligationi applicetur, non valere, quia alteri inutiliter ſtipulamur: alteri acquirere non poſſumus obligationem, *l. ſtipulatio iſta §. alteri, de verb. oblig.* Quamobrem in hac ſpecie auus maternus nepti inutiliter ſtipulatus videtur facto diuortio culpa mariti dotem nepti vel ſibi reddi. Vnde ſi ſtatim auus maternus vita defunctus ſit, & deinde neptis ſine culpa ſua diuorterit viuo patre in cuius poteſtate eſt, actio ex ſtipulatu heredi aui materni competit dotis recuperandæ gratia, quia in perſona aui conſtituitur & conſiſtit obligatio, nepti non competit, quia vt dixi, in perſonam neptis inutiliter concepta ſtipulatio fuit. Et ſane facilius admittemus nepti dotem ſolui poſſe, ſi hoc malit maritus, quaſi adiecta ſolutionis gratia, vt *d. §. plane.* licet reuera non ſolutionis, ſed obligationis gratia adiecta ſit, quia non dixit, *mihi vel nepti ſed nepti vel mihi.* Facilius tamen id admittimus, hæc eſt mens Pauli, quam nepti dederimus actionem directam ex ſtipulatu, quæ ſolis competit heredibus aui materni. Vtilem tamen actionem ex ſtipulatu ait, motus æquitate, nepti permittendam eſſe, ne dote defraudetur. Et in hanc ſententiam decurrendum eſſe fauorę nuptiarum, & maxime propter affectionem perſonarum: Duplici ratione nititur. Vnam ſumit, & ducit re ipſa fauore nuptiarum, qui quidem eſt fauor dotium, & contra dotium fauor, nuptiarum fauor. Quo enim dotes, niſi propter nuptias? *l. 2. de iur. dot.* Et idem plane eſt fauore nuptiarum, cum eo, quod dixit ante, ne commodo dotis defraudetur. Vnde quum Baſilica haberent *διὰ τὴν θάλψιν τῶν γάμων*, ſubiecta eſt hæc interpretatio, *θάλπονται γὰρ αἱ προῖκες, fauetur enim dotibus.* Alteram rationem, quam potiorem facit, quoniã ait (*maxime*) ducit a perſona ſtipulatoris, qui auus maternus fuit, cuius enixę affectioni hoc dandũ videtur, ſi nepti ſtipulatus ſit, vt ex ea ſtipulatione, ſaltem vtilis actio nepti accommodetur, vt in *l. 7. C. de pact. conuent.* Quod latius memini me exponere ad *lib. 4. ad l. debitor §. vlt. ad Treb.* nepti, inquam, adiuncta perſona patris, in cuius poteſtate eſt. Nec enim fruſtra poſuit diuortium interueniſſe viuo patre, in cuius poteſtate erat. Et veriſſimum etiam eſt, non tantum profectitiæ, ſed & aduentitiæ dotis repetitionem communem eſſe filiæ & patri, in cuius poteſtate eſt, vt ea experiri alter ſine altero non poſſit auctore Vlpiano. *Reg. tit. de dotib.* Licet in *l. 2. §. 1. ſol. matrim.* hoc tribuatur tantum doti profectitiæ, ſed hoc ideo, quia huius dotis proprietas communis eſt patris & filiæ, aduentitiæ autem dotis proprietas hodie propria eſt filiæ ex conſtit. Iuſtin. ſicut & ceterorum omnium aduentitiorum bonorum. Repetitio autem dotis aduentitiæ hodie communis eſt patris & filiæ *l. vlt. §. vbi autẽ C. de bon. quæ lib.* Et hæc de ſententia huius legis quidem ſufficient. Sed hoc tamen addi oportet, vt finis principio reſpondeat, ad ſententiam huius legis, nihil pertinere hanc regulam iuris: *In ambiguis pro dotibus reſpondere melius eſt*, quia nulla hic verſatur ambiguitas, ſed aperte contra apertam regulam iuris, nempe hanc, *alteri ſtipulamur inutiliter:* & hanc *per liberam perſonam alteri actio non acquiritur*, fauore dotis ex auita ſtipulatione nepti accommodatur vtilis repetitio adiuncta perſona patris, ſiue vtilis actio rei vxoriæ: qui fauor longe maior eſt, quam ſi in ambiguis faueamus dotium cauſæ: nec ſolus hic etiam ſpectatur fauor, ſed & adfectio maxime perſonarum.

Ad l. 55. de donat. int. vir. & vxor.

Vxor marito ſuam pecuniam donauit. Maritus ex pecunia ſibi donata aut mobilem, aut ſoli rem comparauit. ſoluendo non eſt & res exſtant. Quæro, ſi mulier reuocet donationem, an vtiliter condictitia experiatur. videtur enim maritus, quamvis ſoluendo non ſit, ex donatione locupletior effectus: cum pecunia mulieris res comparata exſtet. Reſpondi: locupletiorem eſſe ex donatione, negari non poteſt. non enim quærimus, quid deducto ære alieno liberum habeat, ſed quid ex re mulieris poſſideat. Solo enim ſeparatur hic ab eo, cui res donata eſt, quod ibi res mulieris permanet, & vindicare directo poteſt. & erit deterior cauſa viri. ſi ei pecunia quatenus res valet, non vltra id tamen quod donatum eſt, condicatur, quam ſi dotis iudicio conueniatur. Sed nihil prohibet, etiam in rem vtilem mulieri in ipſas res accommodare.

Donatio inter virum & vxorem facta iure non conſiſtit, & hoc eſt certiſſimum, & reuocari ſtatim, vel quandoque poteſt vindicata re, vel pecunia donata, ſi exſtet, quia, vt ait hoc loco in dominio donatoris permanet. Denique hæc donatio alienatio non eſt, idcirco vindicari etiam ea res vel pecunia poteſt a directo donatore, vel ſi conſumpta ſit res, vel pecunia donata, repetitur, ea qua-

tenus locupletior factus est is, cui donata est, condictione scilicet sine causa, vel ex iniusta causa, vt in *l. 5. §. vlt. l. seq. hoc tit.* quæ & condictitia dicitur hoc loco, vt in iure sæpissime condictitiæ, id est, condictiones. Hoc cognito, finge: Vxor marito donauit certam pecuniam, ex qua maritus res quasdam in suum nomen sibi comparauit mobiles, vel immobiles, quæ adhuc exstant apud eum, sed premitur ære alieno, nec par soluendo est: quæritur, an diuortio facto, quia pecunia donata consumpta est, vxor eam repetere possit condictione sine causa, vel ex iniusta causa, quatenus ex ea maritus locupletior factus est, qui ex ea sane locupletior factus esse videtur, quippe cum res ex ea comparatæ exstent, licet non habeat vnde satisfaciat omnibus creditoribus suis. Et verius esse ait, condictionem pecuniæ vxori competere, quatenus res comparatæ, quæ exstant in veritate valeant, non tamen vltra quantitatem donatam: vt si donauerit centum, & res ex ea pecunia comparatæ valeant centum viginti, non potest condicere nisi centum. Et ex diuerso, si res ea pecunia comparatæ valeant tantum 80. ea sola 80. condicere potest, quia eatenus dumtaxat ex ea pecunia maritus locupletior factus est. Itaque non tantum finis spectatur veri pretij, sed etiam finis & modus pecuniæ donatæ. Atque ita, vt docet eleganter, deterior fit causa mariti, si ei condicatur pecunia donata, quam si cum eo agatur actione rei vxoriæ, quia in condictionem veniunt integra centum, quæ donauit, si res comparatæ, quæ exstant, tantundem aut plus valeant. In iudicium autem rei vxoriæ, quod mitius est, integrum id omne, quod vxor viro donauit, non venit, sed eatenus duntaxat, quatenus mariti facultates ferre possunt *l. patronus, de re iudic. l. maritum, sol. matrim.* Condictio plena actio est, quia & stricta, actio rei vxoriæ non est plena, quia bonæ fidei est concepta in id quod est æquius melius. In hanc vero rem hic locus singularis est, vt in iudicio dotis recuperandæ habeatur etiam ratio eius quod vxor viro donauit, vel genere repetitionis, seu reputationis, quia & ex diuerso in eo iudicio eius habetur ratio, quod vir vxori donauit, eiusque nomine ex dote retentio fit, *l. fructus §. ob donationes, l. rei indicatæ §. 1. sol. mat. l. 6. de dote praleg. l. ob res, de pact. dotal.* Et generaliter in hoc iudicium rei vxoriæ non dos tantum venit, sed & quodcunque æquius melius est, virum vxori, vel inuicem vxorem viro præstare, *d. l. 6.* M. Tull. in Top. *in arbitrio rei vxoriæ, in quo,* inquit, *est, quid æquius melius, quid virum vxori, quod vxorem viro præstare oporteat IC. tradidere, causarum facta comparatione.* Videtur autem maritus, qui ex pecunia donata comparatas res possidet, locupletior factus, ad finem veri pretij earum rerum, & ad finem, vt dixi, pecuniæ donatæ. Nam non quærimus, quid deducto ære alieno maritus liberum habeat, quia & forte eo deducto, nihil ei liberum superest, quia non est soluendo. Liberum dicitur, quod æri alieno non est obnoxium, id est, omni nexu solutum, vt Demosthenes loquitur. Non ergo quærimus, quid deducto ære alieno marito liberum supersit in bonis, sed quid ex re mulieris possideat titulo donationis. Et hoc solum distat is, cui res ipsa donata est, aut corpus aliquod donatum est ab eo, de quo hoc loco agitur, cui pecunia donata est, non res, quod ab illo, cui res donata est, mulier rem directo vindicare potest, quæ exstat, quia in dominio eius permansit: ab hoc autem de quo hic agitur, cui pecunia donata est, non rem ex pecunia donata comparatam directo mulier vindicare potest, sed pecuniam tantum condicere, quia res ex pecunia mulieris comparata, non est mulieris, res ex pecunia mea ab alio comparata, non est mea, *l. 6. C. de rei vindicat. l. 1. C. si quis alteri, vel sibi.* Verum & in hunc, de quo hic agitur, cui pecunia donata est, ex qua rem comparauit quæ exstat, tandem concludit, eius rei, quam ex pecunia donata comparauit vir, vtilem vindicationem mulieri esse accommodandam, vt & pari humanitate placet, eam accommodari militi, & minori 25. annis in res ex pecunia eorum ab alio comparatas, *l. 2. quan. ex fac. tutor. vel cur. l. ex facto, de pecul. l. 8. C. de rei vindic.* Et hinc maxime exemplum apponi potest ad id, quod Iustinianus ait in *l. vn. §. taceat, C. de rei vx. act.* ei qui coniugi illicite donauit, esse consultum per actionem in rem directam, vel per vtilem. per directam si res donata sit & exstet: per vtilem, si pecunia donata sit, ex qua res sit comparata quæ exstet. Et hic verus est sensus horum verborum, quæ satis obscura erant: hoc solo enim separatur is, cui scilicet donata pecunia est ab eo, cui res donata est, non pecunia, quod ibi, id est, cum res ipsa marito donata est, res mulieris permanet, & vindicari directo potest. Illic autem, id est, quum pecunia donata est, rem ex ea comparatam vindicare directo non potest, sed accommodata tantum vtili in rem actione: & proprie loquitur. proprie enim vtiles actiones accommodari dicuntur, vt *l. 20. de tut. & rat. distra. l. 7. C. de pact. conuent.* quia ex casu proprio ad improprium inflectuntur.

Ad l. 18. rer. amot. & 28. eod.

L. 18. Sed & domino condictio competet. Sed alterutri agere permittendum est.

Lex 28. Si vxor rem viri ei, cui eam vir commodauerat, subripuerit: isque conuentus sit: habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit.

Sciendum est, mulierem, quæ diuortij consilio, dum parat discessionem, colligitque vasa sua, aliquid viro subripuit, quod secum auferret, in honorem prioris matrimonij, neque teneri actione furti pœnali, licet furtum fecerit, nisi & post diuortium idem contrectet, *l. 3. in princ. h. t.* neque teneri condictione furtiua. Quia etsi condictio furtiua turpis, aut famosa non sit, sicut est actio furti pœnalis, actio furti famosa est, condictio furtiua non est famosa: nulla condictio est famosa, licet ex causa famosa descendat, *l. cessat, de oblig. & act.* quia atrocitatem verborum non habet. Ergo licet condictio furtiua non sit famosa, tamen pulsat quodammodo pudorem, & verecundiam, quia furti mentionem habet, *l. 5. de obs. par. vel patr. præst.* Et ideo non datur viro in eam, quæ vxor est vel fuit, in memoriam & reuerentiam prioris matrimonij. Denique ex hac causa mulier neque furti tenetur, neque condictione furtiua, sed tenetur condictione rerum amotarum, in qua non furto subripuisse, licet reuera furtum fecerit, sed honestiore, aut mitiore vocabulo amouisse dicitur. Actio rerum amotarum condictio est *l. 26. hoc tit.* qua quidem perinde atque condictione rerum furtiuarum, dominus rem suam condicit, id est, intendit rem suam sibi dari oportere, contra rationem manifestam & regulam iuris, quæ dictat, *neminem rem suam condicere posse, l. vlt. in fine. vsufruct. quem. cau. §. sic itaque discretis, Instit. de act.* Sed odio furis receptum est, vt rem sibi ab alio, vel etiam ab vxore subreptam diuortij tempore, maritus post diuortium, aut vindicet, aut condicat, ita vt sit in eius arbitrio, qua velit actione vti, vindicatione aut condictione, *l. 24. hoc tit.* licet absurde condicere videatur, quia intendit sibi dari oportere, quod suum est, & quod suum est, dari ei non potest. Dare enim est dominium transferre, siue accipientem facere dominum. At receptum est tamen, vt is, cui furtum factum est, rem furtiuam vindicet, aut condicat. Condicat, inquam, ab alio ex causa furtiua. i. furti mentione facta. Ab vxore autem nulla facta mentione furti. grauior est condictio, quam vindicatio. Quare? Vindicatione fur tenetur, vt quilibet possessor, non vt fur, *l. 12. C. de furt.* Condictione proprie tenetur, vt fur. Comparata enim specialiter condictio est in odium furis, vt ait *d. §. sic itaque discretis.* In odium furis, ergo pœnæ causa, sicut exceptio SC. Macedoniani, modo comparata dicitur in odium creditorum *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* modo in pœnam creditoris, *l. sed etsi paterfam. §. vlt. ad Senatusc. Maced.* Quod igitur in odium comparatum est, & in pœnam igitur: & retro, quod in pœnam, & in odium igitur. Quidquid odiosum est, idem & quodammodo pœnarium est.

eſt. In odium ergo & pœnam furis comparata eſt condictio furtiua, licet rem perſequatur non pœnam, quia ſcilicet quodammodo ſugillat pudorem eius, quo cum agitur: & ex delicto naſci videtur, quanquam reuera non naſcatur ex delicto, quia cauſa eius ex furto deſcendit, *l.* 10. §. *quoties, de compenſ. l.* 21. §. *pen. hoc tit.* Præterea ex vindicationis cauſa non ſequitur condemnatio, ſi poſt litem conteſtatam, vel poſt moram res perierit eo modo, quo & apud actorem peritura erat. Hoc eſt certiſſimum, *l. item ſi verberatum* §. *vlt. de rei vind.* Cuius ſententiæ valens aſſertor fuit ſemper Martinus. Ex condictionis autem cauſa fur tenetur omnimodo, ſiue res æque fuerit peritura apud actorem, ſiue non, quod ſeruatur etiam in actione quod metus cauſa, & in interdicto vnde vi, & in interdicto quod vi aut clam. Nam in eis iudiciis, quibus agitur in furem, vel in eum, qui vim fecit aut metum intulit, ea diſtinctione non vtimur, *l. ſi cum exceptione* §. *quatenus, quod met. cauſ. l. inter omnes, de fur. & l. prox.* §. *pen. ſup. hoc tit.* Et hac in re potiſſimum verſatur & conſiſtit odium furum, quo effectum eſſe dicitur in *d.* §. *ſic itaque diſcretis*, contra regulam iuris, vt furi res furtiua condicatur, vt tam vindicatione, quam condictione ob res furtiuas, vel ob res amotas in furem domino experiri liceat. Hoc pauci animaduertunt, in qua re verſetur illud odium, nimirum verſatur in hac, quia grauior eſt condictio quam vindicatio. Datur autem condictio rerum amotarum marito in vxorem, non tantum ſi res amotæ fuerint in bonis, ſed & ſi ex bonis, vt ſi marito pignori datæ fuerint, *l. prox. ſup.* Sed & hoc caſu, quum mulier amouit res viro pignoratas diuortij tempore, domino earum rerum dabitur condictio furtiua, vt Paulus ait in hac l. 18. Marito igitur dabitur condictio rerum amotarum: domino rerum quoniam eſt extraneus mulieri condictio furtiua dabitur alterutri, non vtrique. Neque enim ſi vni rem mulier præſtiterit, & reſtituerit, quam furto abſtulit, eam etiam aut eius æſtimationem præſtare cogitur alteri, *l. qui ſeruum, de interrog. in iur. fac. l.* 25. *de admin. tut.* Et quod ait Paulus in rebus viro pignoratis, idem proculdubio obtinet in rebus viro commodatis. nam & hæ ex bonis viri ſunt, *l.* 2. §. *in hac actione, vi bon. rapt.* Itaque, ſi rem viro commodatam vxor diuortij cauſa abſtulerit, condictio eius rei domino vel marito competit, id eſt, alterutri: neque enim vtrique condictio permittenda. At quæſo videamus, an etiamſi rem viro pignoratam, vel commodatam vxor diuortij cauſa ſurripuerit, alterutri competat actio furti in duplum? Certe non marito, quia nimis atrox ea actio eſt, & ab atroci actione abſtinere debet maritus aduerſus eam, quæ vxor fuit. Soli igitur domino rei actio furti competit in mulierem. Et ita puto Paulum ſcripſiſſe. Sicut ex diuerſo palam ſcribit in *l.* 28. *hoc tit.* ſi vxor rem viri, quam vir alij commodauerat, ſubripuerit, viro quidem eam non teneri actione furti, ſed teneri tamen ei, cui maritus eam commodauerat, quia eius quoque intereſt, rem non ſubripi: cum marito teneatur actione commodati culpæ nomine. furtum quod quiſque patitur, culpæ imputatur, non caſui maiori. Ergo & ſuperiore caſu, re viro commodata ab vxore ſurrepta diuortij cauſa, diuortij animo, exſtimat, vt præſumo, Paulus, viro quidem non dari actionem furti, ne ſi cum eo dominus rei agat actione commodati culpæ nomine, ſed dari tamen domino rei, ſi malit cum muliere agere furti, quam cum viro commodati: quod tamen Iuſtinianus in *l. vlt.* §. *vlt. C. de furt.* ita demum admittit, ſi maritus ſoluendo non ſit, vt tum dominus rei miſſo marito poſſit agere furti in mulierem. Nam ſi maritus ſoluendo ſit, a quo dominus rei ſuum ſeruare poſſit actione commodati, debet cum marito agere commodati, non cum muliere furti, ne forte curante aut ſuadente & impellente marito male affecto erga vxorem, cum muliere dominus rei agat, ne ope & conſilio mariti mulier ſuſtineat pœnalem actionem. Hæc diſtinctio Iuſtiniani eſt propria, non Pauli. Et conſulta opera Tribonianus prætermiſit, quæ de hac ſpecie Paulus ſcripſerat, ne diſſideret a Conſtitutione Iuſtiniani: de hac inquam, ſpecie, id eſt, quum mulier ſubripuit rem viro commodatam. Quæ autem Paulus ſcripſerat de altera ſpecie, quum mulier ſurripuit rem viri, quam vir alij commodauerat, ea reliquit in hac l. 28. quæ aperte & abſciſe ſine vlla diſtinctione commodatario, ſi a marito conueniatur commodati iudicio, in mulierem dat furti actionem, quia ad hanc ſpeciem nihil pertinet, *d. l. vlt.* §. *vlt.* Huic parti ea lex vltima non derogat. Et ideo, quæ de ſuperiore Paulus ſcripſerat, Tribonianus noluit proferre.

Ad leg. 30. de teſtam. tut.

Duo ſunt Titij: pater, & filius, datus eſt tutor Titius: nec apparet, de quo ſenſit teſtator; quæro, quid ſit iuris? reſpondit: Is datus eſt, quem dare ſe teſtator ſenſit. Si id non apparet: non ius deficit, ſed probatio. Igitur neuter eſt tutor.

IN hac l. oſtenditur non valere tutoris dationem, ſi non appareat, quis tutor datus ſit: paria eſſe, vt vulgo dicitur, non dare, vel non eſſe, & non apparere, *l. in lege, de contrah. empt.* Duo ſunt Titij, pater & filius teſtatori æqua charitate coniuncti. Datus eſt impuberi tutor Titius, non apparet de quo ſenſerit teſtator. Quid fiet? non ius deficit, inquit, ſed probatio. Igitur neuter eſt tutor. Probatio non tam in iure, quam in facto conſiſtit, vt de probatione traditæ poſſeſſionis Paulus ſcribit 5. *Sentent. tit. de donat.* Et ius quidem eſt certum & finitum. At facta ſunt incerta: facta legibus ſunt difficiliora. In ſpecie propoſita non ius, ſed probatio deeſt, vt dicunt, non ratio, verum argumentum deeſt. Ratio apparet, argumentum deeſt. Ita vero non valet heredis inſtitutio, ſi non appareat, quis ſit heres inſtitutus, *l. in tempus* §. 1. *de hered. inſtit. Paulus* 3. *Sent. Quoties*, inquit, *non apparet quis ſit heres inſtitutus, inſtitutio non valet.* Quod euenit, vtitur eodem exemplo, ſi teſtator plures amicos vnius nominis habeat. Non valet item libertas, vel directa vel fideicommiſſaria, ſi non appareat, cui data, vel cui relicta ſit: vt ſi duo erant Stichi in eadem familia, & Sticho libertatem reliquerit teſtator, nec appareat de quo ſenſerit, neuter erit liber, *l. cum ex pluribus, de man. teſt. l. ſi quis de plurib. de reb. dub.* Non valet item legatum, ſi non appareat, cui ſit datum, nec ademptio legati, niſi appareat, cui ſit ademptum, *l.* 3. §. *ſi quis duobus, de adm. tut.* In qua recte Florentini, ſi non appareat cui ademptum ſit, vtrique legatum deberi, id eſt, neutri ademtum videri: Sicut & ſi non appareat, cui ſit datum, neutri datum videtur. Eadem enim eſt ratio dationis & ademptionis. Verum cum ea lege 3. §. *ſi quis duobus* omnino pugnare videtur *l. ſi fuerit, de reb. dub.* quæ ſi non appareat, cui ademptum ſit legatum, ait vtrique ademptum videri, id eſt, neutri legatum deberi. Ademptionem in vtroque valere, dationem in vtriuſque perſona infringi. Quæ lex peſſime explicatur. Sed nihil eſt apertius, non mirum eſt, ſi diuerſa, imo contraria ſint reſponſa, ſi vno loco dicatur, vtrique ademptum videri, altero neutri ademptum videri, cum & diuerſæ ſint etiam ſpecies. Nam in *l.* 3. §. *ſi quis dub.* duobus Titiis ſeparatim legatum eſt, quod non fruſtra, aut otioſe ita proponit, plane innuens non idem eſſe, ſi coniunctim. Ergo in *d.* §. *ſi quis duobus*, duobus Titiis ſeparatim, ſeparata ſcriptura: deinde Titio ademit ita: quod Titio legaui, non do, lego, ſi nec appareat, cui Titio: neutri ademiſſe videor legatum. Homonymia vitiat ademptionem. In *l. ſi fuerit*, duobus Titiis coniunctim legatum eſt hoc modo: *Titiis amicis meis centum do lego.* Deinde ademit Titio, nec apparet cui: vtrique ademiſſe videtur, quia quos coniunxit in dando, eoſdem etiam videtur coniunxiſſe in adimendo. Quæ coniectura ceſſat ſeparatim dato legato duobus Titiis. Ac præterea quod dicimus, legatum Titio relictum, ſi duo ſint Titij amici teſtatoris, neutri deberi, ſi non appareat, de quo Titio ſenſerit: huic etiam ſententiæ, quæ eſt veriſſima, nihil obſtat *l.* 8. *ſi inter, de legat.* 1. quam obiiciunt vulgo, quia non dicit ea lex vtrique vel alterutri legatum deberi, non dicit heredem vtrique vel alterutri

compelli ſoluere legatum. Sed ſi vltro heres ſoluere paratus ſit alterutri, quia ſane alterutri teſtator dari voluit, non vtrique ſi modo inter eos conueniat, cui potius ſolui debeat: ſi, inquam, heres dicat, ſe eſſe paratum vni ſoluere, & viciſſim quiſque eorum dicat, ſe eſſe paratum heredem defendere aduerſus alterum, eique heredi cauere de indemnitate, tunc in arbitrio eſt heredis, cui ſoluere malit, vt ab eo ſcilicet defendatur, & ei eo nomine caueatur. Et nihil eſt præterea. Nam quod obiicit Accurſius *l. item Mela, §. ſi plures, ad l. Aquil.* vbi ſi plures aliquem occiderint, non dicitur neminem eorum teneri actione legis Aquiliæ, ſed omnes teneri. Hoc ad rem propoſitam nihil pertinet, quia conſtat omnes occidiſſe, omnes homicidij reos eſſe.

Ad l. 31. de excuſ. tut.

Si is qui tres tutelas adminiſtrabat, duobus pupillis diuerſis decretis datus eſt, qui potuit excuſari, & prius quam cauſas excuſationis allegaret, vnus ex pupillis, quorum iam tutelam adminiſtrabat, deceſſit: vbi deſiit ei competere excuſatio, ſtatim tenuit eum prius decretum, quaſi in loco tertiæ tutelæ quarta ſubroganda. Nam ipſo iure tutor eſt, & antequam excuſetur. Potuit ergo tutela eius, qui nunc quarto loco inuenitur, excuſari, ſed cum non ſit excuſatus, neceſſario ſubeundum eſt onus illius quoque tutelæ. Nec me monet, quod dicat aliquis hoc ne exigi, an adminiſtretur tutela: hoc enim eo pertinet, ne ſit finita adminiſtratio. Ceterum ſi ſuſtineat periculum ceſſationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam.

1. §. Idem euenire poteſt ſi duobus teſtamentis, cum haberet tres tutelas, tutor datus eſt. Vbi non apertarum tabularum tempus inſpici debebit, ſi quæratur, quæ prior delata ſit tutela: ſed aditæ hereditatis, vel conditionis exſiſtentis.

2. §. Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, ſi tertia & quarta ſit delata, licet in quartam prius detentus ſit. Quod huius, id eſt, quartæ, ex quo iuſſus eſt adminiſtrare: illius, ex quo datus eſt, periculum ſuſtinet.

3. §. Eum qui pupillum bonis paternis abſtinuerat, detinendum in quarta tutela exiſtimaui, quaſi depoſita illa

4. §. Ceterum putarem, recte facturum prætorem, ſi etiam, vnam tutelam ſufficere crediderit, ſi tam diffuſa & negotioſa ſit, vt pro pluribus cedat. Neque igitur fratres conſortes plurium loco habendi ſunt, neque non fratres, ſi idem patrimonium habent, & ratio adminiſtrationis pariter reddenda ſit. Et ex diuerſo fratres diuiſo patrimonio duæ tutelæ ſunt. non enim (vt dixi) numerus pupillorum, ſed difficultas rationum conficiendarum & reddendarum conſideranda eſt.

SCire debemus, eum, qui ſuſtinet onera trium tutelarum, ſe a quarta excuſare poſſe, non excuſari quidem a quarta ipſo iure, ſed excuſare ſe poſſe, allegando ſatis ſe oneratum eſſe trium tutelarum adminiſtratione. Quod vtique allegare, atque ita ſe excuſare debet intra conſtituta tempora, id eſt, intra quinquaginta dies continuos, ex quo primum cognouit, ſe tutorem datum eſſe, vt plenius oſtenditur in *l. 13. hoc tit.* poſt ea tempora ad excuſationem non admittitur. Nunc finge. Ei, qui tres tutelas adminiſtrabat, decretam fuiſſe quartam & quintam duobus diuerſis decretis prætoris vel præſidis, & priuſquam ſe ab iis excuſaret intra conſtituta tempora, vnam ex tribus primis tutelis, morte pupilli finitam fuiſſe. Sane hoc caſu quarta tutela ſuccedit in locum tertiæ, quæ finita eſt morte pupilli, & quinta in locum quartæ, nec iam ſe excuſare poteſt a quarta, quæ facta eſt tertia, licet tertiæ, quæ fuit olim, nondum rationes reddiderit, *l. 8. §. vlt. hoc tit. l. 1. C. qui num. tutel.* ſed excuſare ſe poteſt a quinta tantum, quæ nunc eſt quarta. Et hoc eſt quod ait, *vbi deſiit ei competere excuſatio, ſtatim tenuit eum prius decretum, &c.* Senſus igitur hic eſt: Excuſatio a quarta tutela deſiit ei competere morte pupilli finita tertia tutela, & ſtatim eum apprehendit, & tenuit prius decretum, id eſt, duarum poſtremarum tutelarum, quæ ei decretæ ſunt. Prior, quæ initio fuit quarta, nunc eſt tertia, quia ſubrogatur in locum tertiæ ſtatim atque tertia depoſita & finita eſt, licet nondum ſit reſtituta redditis rationibus, quia ipſo iure etiam tres tutelas habenti quarta defertur; ante excuſationem ipſo iure quarta defertur, nec ei aufertur, niſi probata excuſatione a iudice. Denique ipſo iure tutor eſt quartæ, imo & quintæ tutelæ ſi ſe ab ea non excuſauerit intra præſcripta tempora. Ad quartam tutelam ipſo iure vocatur vice tertiæ: in quinta detinetur, quia ſe ab ea non excuſauit intra conſtituta tempora. Potuit ſe excuſare a quinta, quæ nunc eſt quarta, ſed cum non ſe excuſauerit, etiam in quinta detinetur, id eſt, etiam quintæ onus ei ſubeundum eſt: potuit (inquam) ſe excuſare a quinta. Dices & obiicies: imo nullo modo potuit ſe excuſare a quinta, hac ratione, quia quæ nunc eſt tertia, nondum ab eo adminiſtrabatur, & tres tutelæ non excuſant, niſi adminiſtrentur, *§. item tria, Inſtit. eod. tit.* niſi adminiſtrentur, id eſt, (vt dicendum videtur) niſi in ipſo actu ſint, in ipſo geſtu. Quia, vt eleganter ait lex 9. *C. de ſacroſ. eccl.* nemo ſub ſpecie muneris, quod minus exſequitur, alterius muneris oneribus releuari debet. Quæ ſententia poteſt eſſe vſui in pleriſque caſibus. Verum huic obiectioni reſpondet Paulus illo loco, *nec me monet quod dicat aliquis, hoc ne exigi, an adminiſtretur tutela.* Quæ verba per interrogationem enuntianda ſunt; ac ſi diceret: *nunquid non exigitur, vt adminiſtrentur tres tutelæ, quarum beneficio quis ſe a quarta excuſari deſiderat?* Et reſpondet id prorſus non exigi: ſed hoc tantum, vt non ſit finita adminiſtratio tertiæ. Hoc vero caſu tertiæ. i. quartæ, quæ ſucceſſit in locum tertiæ adminiſtrationem, adminiſtrationiſve eius rationem cœpiſſe, non eſſe finitam. Cœpiſſe intelligitur adminiſtratio, cuius periculum ad tutorem, qui ceſſat, qui eam non exercet, redundat, etiamſi nihil attigerit; adminiſtrare intelligitur & qui ceſſat, quia ceſſationis periculum ad eum pertinet. Sane ita eſt: ſtatim periculum ceſſationis pertinet ad tutorem, ex quo ſciuit ſe tutorem eſſe, *l. 1. de admin. tutor.* Denique huiuſmodi periculum pro adminiſtratione eſt: non facere, hac in cauſa facere eſt, *l. ſi quis tutor. ſup. de ritu nupt.* Gloſſa huius loci ſenſum aſſequuta non eſt. Hæc vero vt propoſuimus, ita hactenus Paulus ſcripſit de eo, qui cum tres tutelas haberet, duobus decretis tutor datus eſt. Ideo ſubiicit illo loco, idem euenire, idem ſeruari, ſi duobus diuerſis teſtamentis diuerſorum hominum tutor datus ſit, idem ſcilicet iuris in datiuis tutelis, & in teſtamentariis. Nam ſi priuſquam ſe excuſaret a quarta, qui tres tutelas habebat, vna ex his tribus finita ſit, quæ prior ex teſtamento defertur, ſuccedit in locum tertiæ deficientis, & ab ea tantum, quæ poſt defertur ex alio teſtamento excuſare ſe poterit. Prior autem intelligitur deferri ex teſtamento, non vt prius cuiuſque teſtamenti tabulæ apertæ fuerint, quia vt legatorum lege Papia dies cedit ex apertis tabulis teſtamenti (vt diu obtinuit ante conſtitutionem Iuſtiniani de caducis toll.) etiam ante aditam hereditatem; non ita & tutelarum dies cedit ab apertis tabulis, ſed ab adita hereditate demum, vel ſi ſub conditione tutelæ datæ ſint, cum conditio exſtiterit. Nam & quum tutelæ a tutoribus inſtitutis non transferantur ad heredes, *l. tutelas, ſup. de tutel. l. furti §. pen. de his qui not. infam.* Fruſtra quis diceret eas deferri, earumve diem cedere ante aditam hereditatem. Qua ratione & libertatis, & vſusfructus, vſus, habitationis legata quia in heredes non tranſeunt, non cedunt ante aditam hereditatem, *l. 3. quand. dies leg. ced.* Et ita explicandum eſt quod ait, *in tutelis apertarum tabularum tempus inſpici*, in legatis ſcilicet inſpici lege Papia. Quod idem Paulus ſignificat in *l. 44. §. 1. de bon. libert.* ſed non etiam in tutelis. In tutelis non inſpicitur tempus apertarum tabularum, ſed tempus aditæ hereditatis vel conditionis exſiſtentis, ſub qua tutores inſtituti ſunt. Hoc expoſito de tutelis teſtamentariis, Paulus redit ad tutelas datiuas, puta ad eas, quæ diuerſis decretis ei deferuntur, qui tres tutelas habet.

habet. Finge, is, qui tres tutelas habet, vno decreto vocatur ad quartam, deinde altero decreto ad quintam, & antequam excusatione vtatur, finitur tertia tutela pupilli morte, mox ipse detinetur in quinta, id est, intra constituta tempora non allegata excusatione, iubetur quintam administrare, *l. 15. C. eod. tit. l. pen. sup. de tut. & cur. dat.* deinde detinetur in quarta. Quæritur, vtra succedat in locum tertiæ quæ finita est pupilli morte? Et constat quidem priorem succedere in locum tertiæ. Sed ambigitur, quæ sit prior, quinta an quarta. Quinta enim prior est detentione, posterior decreto: & retro, quarta prior est decreto, posterior detentione. At verius est, eam esse priorem, & iam tertiam igitur, quæ decreto prior est, quoniam (vt initio dixi) statim eum tenuit prius decretum. Ergo & periculum cessationis ad eum pertinuit statim, ex quo ei B innotuit, se tutorem datum esse, quia iam se excusare ab ea tutela non poterat, quæ ex quarta facta est tertia, *l. quidam §. vlt. de adm. tut.* Posteriorem autem quæ nunc est quarta eam esse, in qua prius detentus est cuius periculum sustinet a die, quo detentus est, id est, quo iussus est administrare, *l. qui iussus, & l. qui negotiationem §. test. de adm. tut.* non a die quo datus est, quoque decreta ei quinta tutela est, quoniam eo die se excusare potuit, qui iam habebat tres tutelas, quarta subrogata in locum tertiæ decreto priore. Et hæc est differentia inter quartam & quintam tutelam. Nam quartæ periculum pertinet ad tutorem a die, quo sciuit se tutorem datum; quintæ periculum ad eum pertinet, non ex eo die, quia tunc se excusare potuit, sed ex die, quo detentus est in quinta propter C negligentiam suam, quia non se excusauit ab ea intra constituta tempora. Et hæc est sententia huius loci, qui subobscurus erat. Illa quoque erit differentia. Cætera, quæ sunt in hac l. sunt apertissima. In §. *eum qui* ostenditur, eum, qui habet tres pupillos, siue tres tutelas diuersas trium pupillorum, si vnum pupillum abstinuit bonis paternis, eius tutelam deposuisse videri, aut sane eam non computari in numerum trium tutelarum, vt se excuset a quarta, imo detineri posse in quarta. Quia etsi propterea quod abstinuit vnum pupillum finita tutela non fit, *l. 18. inf. de tut. & rat. dist.* pro finita tamen & deposita habetur, quia minus negotiosa est, pupillo exuto bonis paternis, forte quia pater non erat soluendo. Leuissima enim tutela non cedit in numerum trium tutelarum, *l. 15.* D *§. scire autem, h. t.* tutela μετρίαν. i. tutela mediocris patrimonij vel mediocris pupilli, pauperis pupilli, non tutoris vt Augustinus pessime interpretatur, tutela quam gerit mediocris, seu pauper tutor. Tutela (inquam) mediocris pupilli, vel mediocris patrimonij pupillaris, non imputatur in numerum trium tutelarum, quam Theophilus in §. *item tria, Inst. hoc tit.* vocat εὐτελεστάτην, id est, *tenuissimam, leuissimam*, non, vt interpres Latinus, *opulentam.* Nam εὐτελὴς dicitur, quod vile est, non quod pretiosum. Ergo si, qui tres tutelas habebat trium pupillorum, vnum ex tribus pupillis abstinuerit paternis bonis, exonerasse se eius tutela dicitur, & ideo eam tutelam, quam ad modicum redegit, non computat in numerum trium tutelarum. Cæterum non finitur tutela abstentione eiusmodi, sed pu- E bertate: eoque tempore etiam examinatur, an optimo consilio tutor pupillum abstinuerit bonis paternis, an perperam & inconsulto, *d. l. 18. l. 4. C. arb. tut. l. pen. §. vlt. de ritu nupt.* Contra subiicit Paulus, quandoque vnam tantum tutelam cedere pro tribus, & præbere excusationem ab altera quasi quarta, arbitratu prætoris, tutelaris scilicet cui id æquum bonum esse videbitur, vt puta, si vna illa tutela, quam gerit, valde sit diffusa & negotiosa & molesta, si difficilis & onerosa tractatio rationum eius. tres plerumque tutelæ non tantum onerant tutorem quantum hæc facit. Nihil est apertius. Postremo dicit, tres tutelas æstimari non ex numero pupillorum, sed ex patrimoniorum diuersitate, atque etiam quantitate, vt dixi: nam modicum patrimonium pupilli, modica tutela non numeratur in tribus tutelis, & non tam tres tutelæ excusationem præ-

Paul.

bent, quam tria onera tutelarum: ex numero, inquam, pupillorum non æstimantur tres tutelæ, sed ex patrimoniorum diuersitate, qualitate, & quantitate. Nam (vt hoc exemplis manifestum fiat) si duo vel tres sint fratres consortes, vt ait, id est, qui pro indiuiso commune patrimonium, habeant, vna tutela est, quia & vnum patrimonium est (fratres consortes dicit, *vt Pindarus in Olymp.* ὁμόκλαροι ἀδελφεοί, *od 2.* ἀντιστρ. κῶ.) Sin autem sint tres fratres dissortes, id est, qui diuisa & separata patrimonia habeant, tres sunt tutelæ: si duo sint fratres, duæ sunt tutelæ: quia & duo patrimonia separata habent. Idemque dici proculdubio potest de aliis quibuscunque extraneis pupillis non fratribus, qui commune patrimonium habent vel non. Nam si commune patrimonium habent, horum vna est tutela, non plures. Contra, si diuisa patrimonia possideant, quot patrimonia, tot tutelę sunt. In fratribus dubitari poterat, an & dissortes, qui separata patrimonia habent pro vno haberentur, quia fratrum nomine vnitas quædam, æqualitas quædam & quasi communitas significatur, vt est scriptum in Panegyrico Flauiensium; sed placet etiam dissortes fratres pro vno non haberi, sed pro pluribus, pluresque eos tutelas efficere, & vnam eos duntaxat, qui consortes sunt.

Ad leg. 85. De regul. iur. in ambiguis. Initium l. iam ante expositum est initio lib. 6.

In ambiguis pro dotibus respondere melius est.

1. §. *Non est nouum, vt quæ semel vtiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.*

2. §. *Quotiens æquitatem desiderij naturalis ratio, aut dubitatio iuris moratur: iustis decretis res temperanda est.*

DVæ sunt sententiæ Pauli, quæ apponuntur in hac l. Prior hæc est: *Non est nouum, vt quæ semel vtiliter constituta sunt, &c.* His verbis, *non est nouum*, non regula significatur, sed exceptio regulæ, vt *l. non est nouum, de adquir. rer. dom. Non est nouum, vt qui dominium non habet, alij dominium præbeat, dominiue causam præstet*, non est regula, sed exceptio regulæ propositæ in *l. 54. hoc tit.* Nemo potest plus iuris in alium transferre, quam ipse habet. Et hic similiter iisdem verbis proponitur exceptio ad regulam, quæ dictat & plerunque locum obtinet, *vitiari ea quæ semel recte constituta sunt ab initio, si in eum casum recidant, a quo incipere non poterant.* Quæ quidem regula exstat multis in locis, *l. 2. §. ex his l. existimo, l. si sub vna §. 1. l. inter stipulantem §. sacram, l. pen. §. 1. de verbor. oblig. l. pro parte, de seruit. l. 20. ad l. Falcid. l. 3. de his quæ pro non script. hab. §. item contra, Institut. de inut. stipul. §. pen. Inst. de assign. libert.* Et breuius, quæ dictat ea, quæ ab initio valent, superueniente vitio aliquo ex post facto infirmari. Quæ plane opposita est regulæ Catonianæ, quæ ex diuerso dictat, *ea quæ ab initio non valent, ex post facto non confirmari*, vitio scil. sublato quod officiebat a principio ne valerent. Illam autem regulam: *Ea quæ ab initio valent, ex post facto infirmari*, idem Paulus in *d. l. pen. §. 1.* recte dicit (quod & his verbis, *non est nouum*, dicere voluit) non in omnibus esse veram, duobus exemplis propositis quibus ea vitiatur & perdit officium suum, vt loquitur *l. 2. hoc tit.* Prior casus hic est: Vnus ex sociis prædij communis, prædio communi seruitutem stipulatur inutiliter, quia nec socio deberi potest, cum non possit socio per socium adquiri obligatio: per liberam enim personam alteri etiam socio non adquiritur obligatio. Non potest igitur ex ea stipulatione deberi socio, non potest etiam ei deberi qui stipulatus est, quin & socio debeatur, quia seruitutis causa indiuidua est. Ex quo efficitur, vt neutri debeatur, vtque inutilis ea stipulatio sit. Et tamen si is, qui vtiliter stipulatus est seruitutem ad fundum, qui suus est in solidum, duos heredes reliquerit, licet duo iam sint socij in eo fundo, ea tamen res, quæ ab initio contracta est, non vitiat stipulationem recte contractam: sed singulis heredibus in solidum com-

petit actio ex stipulatu. Hic est prior casus, qui proponitur in *d. l. pen. §. 1.* Posterior autem hic est: Vnus ex sociis pro parte dominij non potest seruitutem adquirere: attamen si quis post adquisitam fundo suo seruitutem in solidum, partem fundi vendat, ab ipso pro parte dominij, & ab emptore pro altera parte seruitus retinetur & conseruatur. Non fit igitur irrita seruitutis adquisito, quæ semel iure constitit, & stipulatio tamen corrumperetur, si stipulatus esset seruitutem sibi dari in solidum, videlicet si postea vendat partem fundi, *d. l. pro parte, d. l. si sub vna §. 1.* quia multum distat adquisitio seruitutis a stipulatione. Stipulatio seruitutis recte contracta vitiatur alienatione partis: constitutio, id est, adquisitio seruitutis non vitiatur alienatione partis. Denique ab initio seruitus constitui non potest pro parte dominij, at constituta recte ab initio, postea etiam pro parte dominij retineri potest, *d. l. pen. in fine.* His adde tertium casum ex *l. plane §. vnde dicitur, de leg. 1.* a Titio herede instituto fundus legatus est primo & secundo: legatum ab initio valet. At si postea primus Titio heres fiat, ille casus existit, a quo legatum initium capere non poterat, quia idem cœpit esse heres & legatarius, creditor & debitor, quod fieri ab initio non poterat; & tamen pro sua parte retinet legatum, ne superueniens subtilis ratio iuris moretur voluntatem defuncti, qui omnino voluit fundi partem ad primum peruenire. Adde & quartum casum ex *l. 5. ad leg. Falcid.* Vtile est legatum, si debitor, quod in diem vel sub conditione debet, creditori pure legauerit, quoniam habet in se commodum repræsentationis, *l. 7. in fi. de leg. 3.* At si postea viuo debitore dies venerit, vel conditio fuerit impleta, atque ita pure debere cœperit, quod olim in diem debuit, res ad eam causam peruenit, a qua incipere non poterat, quia quod pure debuit creditori, legare non poterat. Et tamen ex sententia Papiniani in *d. leg. 5.* valet legatum, quod semel valuit, ne quod semel testator recte decreuit ex casu, temere fiat irritum. Paulus tamen in hac specie a Papiniano dissentiens existimabat, non valere legatum. Et in hac quoque specie superiorem regulam esse seruandam, *l. debitor, in princ. de leg. 2.* Sed Papiniani sententia obtinuit *§. ex contrario, Institut. de legat.* Sequitur alius casus, quo & superior regula cessat ex eiusdem Papiniani sententia in *l. donationes, in princ. de donat.* Si quid concubinæ donauerim, donatio valet. Vxori enim donare non possum: concubinæ donare possum. Donatio concubinæ facta, valet ab initio, nec si postea eam duxerim vxorem domum, ad irritum recidit donatio, quæ ante iure valuit, licet in eum casum deducta sit, a quo incipere non potuisset, quia inter virum & vxorem prohibita donatio est. Sed tamen, vt eleganter ait *l. si id quod §. si quas, de donat. int. vir. & vxor.* hæc prohibitio non tam amare, aut auare districteve tractanda est, vt ad eam donationem, quæ facta est inter maritos infirmandam stricti iuris regulæ adhibeantur, quales sunt omnes regulæ iuris, sunt rigores iuris, summi. Quum tractatur etiam de nuptiis contrahendis, huius regulæ nulla ratio habetur in fauorem nuptiarum. inter eam, quæ vxor mea fuit, & filium meum adoptiuum, incestæ nuptiæ sunt, quia ei est nouercæ loco: & tamen si eum, cui vxor mea post diuortium nupsit, adoptauero, nuptiæ, quæ ab initio iustæ fuerunt, non constituuntur irritæ, *l. si qua, in princ. de ritu nupt.* Similiter furor matrimonium contrahi non sinit, & tamen recte ab initio contractum furor superueniens non rescindit, *l. oratione, in fine, eod. tit.* Item inter puellam, quæ sub curatore est, & filium curatoris iustæ nuptiæ non sunt, & tamen si puellæ iustæ vxori tuæ, postea pater tuus curator datus sit, rite contractæ nuptiæ ab initio, ex post facto non vitiantur, *l. 3. C. de interd. matrim.* quia non temere hæc coniunctio sacra dissolui debet. Sequitur in hac lege, non iam exceptio regulæ, sed regula iuris, *quoties æquitatem, &c.* Ratio naturalis & æquitas naturalis idem est in *Inst. tit. de rerum diuis.* promiscue dicitur modo æquitas, modo ratio naturalis. Iuris autem dubitatio est, ex iure ciuili vel ex regulis iuris ciuilis, sumpta dubitatio, quæ iusta dubitatio dicitur in *l. Granius, de fideiuss.* Confligit autem sæpe æquitas desiderij, iustitia desiderij nostri, id est, ius, quod per libellum vel alio modo petimus a principe vel a magistratu. Confligit, inquam, sæpe æquitas precum nostrarum cum ratione iuris ciuilis, cum æquitate ciuili, æquitas confligit cum æquitate vel ciuili, vel naturali, vt *l. si seruus communis §. quod vero, de furt.* vbi initio ait, æquum est, in extremo, sed æquius est. Inde actione rei vxoriæ quæritur, quid sit æquius, quid melius. M. Tullius in Partit. *æquitas* (inquit) *non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnunquam, in quibus causis quid æquius æquissimumve sit, quæritur.* Nunc finge: Postulat actor procuratorem datum ad litem defendendam compelli iudicium accipere & litem contestari. Postulationis & desiderij eius æquitas nititur edicto prætoris de procuratoribus. At procurator recusat litem contestari, quod postea quam datus est exortæ sint capitales inimicitiæ inter se & dominum, vel quod valetudine, aut necessaria peregrinatione districtus esse cœperit: quæ allegatio etiam sua æquitate nititur, confligit æquitas cum æquitate. Et rursus e contrario admissa ea allegatione procuratoris forte actor dicit, ius suum lædi vel imminui, quod actio quam habet, sit tẽpore peritura. Quamobrem instat, vt procurator saltem compellatur litẽ contestari, vt *l. sed etiam, & l. inuit. §. pen. de procur.* Quid fiet? Res omnis (vt ait *l. sed hac neque, eod. tit.*) causa cognita, id est, decreto interposito a prætore temperanda est. Exceptio doli rem tẽperare dicitur, & redigere sc. ad id quod æquius est, vt *l. qui quadringenta, ad lege Falcid.* Tantundem efficient decreta iudicium. Sunt enim iudices quasi medij & sequestres, quasi διχασταί, vt Aristot. ait, qui diuidunt rem, atque adeo temperant. Sumi etiam potest exemplum ex *l. 31. de excusat. tut.* Si vna tutela, quam quis administrat, tam diffusa & negotiosa sit, vt merito pro pluribus computari possit, & desideret is qui vocatur ad secundam se excusari, quod prima eum oneret nimis, æquum desiderat: sed desiderium eius moratur iuris dubitatio: quia iure ciuili, non nisi tres tutelæ excusationem præbent. At ait *d. l. 31.* recte faciet prætor tutelaris, si hanc rem iusto decreto temperauerit permissa excusatione, & vna tutela imputata pro tribus. Ex diuerso iure trium tutelarum recte faciet prætor, si non semper admittat excusationem a quarta, vt puta, si vna ex tribus tutelis sit fini proxima, videlicet si vni pupillo ad pubertatem supersit tantum semestre tempus. Hic æquum est, ne defugiat quartam tutelam, vel etiamsi vna ex tribus tutelis sit leuissima, veluti abstinente pupillo bonis paternis, *vt in dict. l. 31.* Nam tutela leuissima, tutela mediocris pupilli, aut mediocris patrimonij pupillaris, tutela εὐτελεστάτη, vt Theophilus in *§. item 3.* id est, *vilissima tutela*, non, vt Curtius *opulentissima*, non cedit in numerum trium tutelarum. Postremo sumatur etiam aliud exemplum ex *l. 6. de leg. præst.* filius præteritus, qui petiit bonorum possessionem contra tabulas, exceptis personis, puta liberis, aut parentibus debet præstare legata testamento relicta. Et ita est proditum edicto prætoris. Quid ergo, si dodrans patri sit legatus? An ei præstabitur dodrans? Atque ita an plus feret ex bonis pater, quam filius, nimirum dodrantem pater, filius quadrantem tantum? Hoc est iniquum. Ideoque ea lex ait, iusto decreto ita temperari debere, patre tantum admisso in virilem portionem, vt tantumdem non etiam plus ferat, quam filius.

IACOBII

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum VII. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 43. De administr. & peric. tutor.

Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.

1. §. *Qui cum esset fratris sui filiæ curator, quadringenta dotis nomine marito eius se daturum promisit: quæro, an succurrendum sit ei, cum postea ære alieno emergente, supra vires patrimonij eius dos promissa sit: quoniam in instrumento ita scriptum sit*, ita patruus & curator stipulanti spopondit. *Monet quæstionem, quod non vt de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, promisit. Præterea & illud hic potest tractari: vt, si sciens curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur, vel, quoniam dolo fecit, non illi succurratur. Respondi: Curator cum officium suum egressus, sponte se obligauerit: non puto, ei a prætore subueniri debere, non magis, quam si creditori puellæ pecuniam se daturum spopondisset: Sed is, de quo tractamus, si non donandi animo, sed negotij gerendi causa, dotem promisit: habet mulierem obligatam, & poterit dici, etiam manente matrimonio eam teneri: quia habet dotem. Sicut in collatione bonorum dicitur, vel certe post diuortium: siue exacta sit dos, siue maneat nomen: quia potest efficere, vt ei accepto feratur. Quod si mulier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonij eius in dotem dare promisit, non queat: curatorem quidem in hoc, quod superfluum est, per exceptionem releuari: mulier vero cautionem in maritum exponere debet. Quod si quandoque locupletior constante matrimonio facta fuerit, dotis reliquum marito seruat.*

BREVIS est sententia, quæ initio huius l. proponitur, *cum post mortem pupilli, &c.* & ostendit, nominum pupillarium periculum, quæ post finitam tutelã morte pupilli deteriora & minus idonea facta sunt, deperdita sunt, non pertinere ad tutorẽ, sicut nec si deteriora facta sint, post finitam tutelam pubertate pupilli, *l. 39. in princip. h. t.* Ratio est euidens, quia finito officio tutelæ, tutor actionem inferre, & ea nomina exigere non potuit, & consequenter ea in re cessatio ei vel negligentia imputari nulla potest: manente officio tutelæ, si deteriora facta sint, redactis debitoribus ad inopiam, culpæ seu negligentiæ suæ periculo subiicitur, quod ea maturius non exegerit, *l. 2. C. arb. tute.* Nomina vocat, nomina debitorum seu obligationes. Et loquitur de nominibus contractis a patre pupilli, vel contractis a tutore ipso nomine pupilli, quia finita tutela eorum exactionem non habet. Non loquitur, non sentit de nominibus contractis a tutore ipso suo nomine ex pecunia pupilli, quia eorum periculum etiam post finitã tutelam, ad tutorem redundat, cum eorum exactionem habeat etiam post finitam tutelam quandoquidem suo nomine nomina fecit, vel stipulatus est. Et quod dicitur in *l. 16. hoc tit.* nihil referre, suo an pupilli nomine tutor ex pecunia pupilli nomina fecerit, quia vtroque casu, vt ait, electio est adolescentis, vt vel omnia nomina agnoscat indistincte, non separatis iis, quæ integra sunt, ab iis, quæ deperdita sunt, aut omnia reprobet, id. inquam, nihil pertinet ad speciem propositam initio huius legis, quæ est de nominibus deperditis post finitam tutelam. Illa autem lex 16. est de nominibus deperditis manente tutela. Sequitur alia quæstio in §. 1. Quidam cum esset

Paul.

A patruus & curator filiæ fratris sui marito stipulanti dotis nomine promisit 400. Et instrumento dotali conscripta stipulatio est his verbis: *Ille patruus & curator stipulanti spopondit*, quæ verba demonstrant, eum promisisse dotem suo nomine. Post aliquantum temporis emergente ære alieno, quod ante latuerat, defuncti fratris, cui filia heres exstiterat, apparuit eum dotem promisisse supra vires patrimonij ipsius mulieris. Quæritur, *an & quatenus curatori a prætore subueniendum sit, data forte exceptione doli, vel in factum, si a marito conueniatur in solidum actione ex stipulatu?* Nam si noluit dotem de suo dare, sed de bonis filiæ fratris sui, quæ soluendis 400. sufficere credebat, & ita si errore lapsus 400. promiserit, videtur ei subueniendum esse. Contra, si non errauit, sed sciens puellæ bona non sufficere, neque largiri tantam pecuniæ quantitatem dotis nomine B 400. promiserit, aut de suo donasse videtur sciens prudensque: aut si non habuit animum donandi, quia decepit maritum dolo malo, non est ei subueniendum conuento actione ex stipulatu. Deceptis enim subueniendum est, non decipientibus, vt de mulieribus dicitur in *l. 2. ad Vell.* & de minoribus in *l. 1. C. Gregor. si maior fuerit probatus.* Quid ergo dicemus? Et respondit Paulus, non esse curatori subueniendum aduersus maritum, cui promisit 400. in dotem: quia officium suum egressus, inquit, sponte se obligauit suo nomine, officium suum egressus est, quia debuit tantum auctor pupillæ fieri ad dotem legitimam constituendam vel promittendam pro modo facultatum eius, vt *l. quæro, de iur. dot.* non etiam debuit ipse suo nomine vt fecit, dotem promittere. Et sicut, si creditori puellæ C pecuniam se daturum suo nomine promiserit, obligatur omnimodo, nec prætoris auxilio obligationis onere releuari potest, ita nec si vltro marito puellæ dotem se daturum spoponderit, quia & creditor & maritus suum negotium gessit bona fide, & frustrandus aut decipiendus non est, *l. 9. §. vlt. de cond. cau. dat. l. pure §. si eum, de doli except.* Itaque aduersus maritum si agat ex promissione dotis, non potest curator se tueri opposita exceptione doli: vel in factum, quia maritus nihil dolo facit, qui dotem recte promissam petit. Et hæc ita se habent, siue donandi animo promiserit, siue negotij gerendi causa, quoniam vtroque casu marito in eum est efficax actio ex stipulatu, cuius onus curator frustra recusat. Sed hoc posteriore casu (quod notandum) cum scilicet muliebris D negotij gerendi animum habuit dote suo nomine promissa, quia mulierem sibi obligare voluit, non ei donare, vt in *l. si quis cum, sup. comm. diuid.* In mulierem puellam habet actionem negotiorum gestorum, siue nondum marito dotem soluerit, id est, vt ait, si nomen adhuc maneat, id est, cautio dotis, vt scilicet acceptilatione liberetur, quia hoc potest efficere mulier, vt maritus eum accepto liberet. Itaque dote nondum marito soluta, mulier curatori tenetur actione negotiorum gestorum, vti det operam, vt curatorem maritus liberet per acceptilationem: siue iam dotem marito curator soluerit, mulier puella curatori tenetur actione negotiorum gestorum, vt ei reddat dotem, quam ei dedit, pecuniam dotalem quam marito numerauit: quæ actio (vt docet) intendi aduersus puellam potest, E non tantum diuortio facto, sed etiam manente matrimonio, quia adhuc habet dotem, id est, quia dotem habere intelligitur, quam maritus habet: est enim res vxoria *l. quamvis, de iur. dot.* Qua ratione, etiam constante matrimonio, dotem quam maritus habet ipsa fratribus conferre debet, si agatur de successione patris inter eos, vid. tanto minus accipiendo ex bonis patris, *l. dotis, C. de collat.* Breuiter, si puellæ negotij gerendi causa curator in dotem quadringenta promiserit & soluerit, ea repetet a puella actione negotiorum gestorum: vel si nondum 400. marito soluerit, eadẽ actione: vtetur aduersus puellam, vt accepto liberetur curante puella. Superest adhuc hæc quæstio, quid sit dicendum, si forte inanis sit actio negotiorum gestorum, quam eo nomine curator habet aduersus puellam, id est, si puella non sit soluendo, si puella non possit curatori

reddere, quod ipſe negotij gerendi cauſa ſupra vires patrimonij, quod puella habet, marito in dotem dare promiſit, ſi forte conuentus a marito, ei in ſolidum ſoluere cogatur. Quid hic faciat curator, qui quod ſoluerit, fruſtra repetat a muliere propter inopiam eius, ſi curatorem, inquit, adimplere id, quod ſupra vires patrimonij eius in dotem dare promiſit, non queat (adimplere curatorem eſt ſoluere curatorem, vt adimplere creditorem, id eſt, ſoluere, dimittere creditorem, *l. vlt.* §. *ſin vero non omnes, C. de teſtam. manum. Si res*, inquit, *hereditariæ ſufficiunt ad implendos creditores: Baſilica: πληρώσας σὺ, adimplens te*, id eſt, tibi ſoluta pecunia. Æſchylus: τὰ τροφεῖα πλήσωσι, *&c.* id eſt, *moriens nutritia adimplehit terræ*, id eſt, perſoluit. Et hoc vero caſu dicitur quum puella adimplere curatorem non poteſt id quod promiſit vltra vires patrimonij eius, curatori, ſi in ſolidum conueniatur a marito ex ſtipulatu, ne in damno verſetur, in id quod ſuperfluum eſt. i. in id quod ſuperat vires patrimonij mulieris, quod a muliere recipere nequit, æquum eſt a prætore ſubueniri, data exceptione in factum & concepta fere in hunc modum: *ſi non plus promiſi negotia puellæ bona fide gerens, quam facultates eius ferant, quamque ipſa mihi reddere queat*, Sed & ne maritus in damno verſetur, qui ſuſtinet onera matrimonij, eo caſu debet cauere marito mulier, ſe reliquum dotis marito ſoluturam quoniam in fine legis ſcribendum eſt, *ſoluat*, non, *ſeruat*, ſe inquam, reſiduum dotis, quod nunc ſuperat vires ſuas, marito ſoluturam, ſi quandoque conſtante matrimonio locupletior facta fuerit, & ita qualicunque cautione marito ſatisfiat, ne omnino dote, vel dotis ſpe defraudetur, quæ eſt ſententia huius legis elegantiſſima. Poſſet quis tentare, hoc poſteriore caſu non eſſe curatori neceſſariam exceptionem, ſed ipſo iure promiſſionem nullam eſſe ex *l. ſiue generalis, de iure dot.* quæ ait, promiſſionem dotis factam vltra vires patrimonij muliebris ipſo iure nullam eſſe. At eius legis ſpecies longe diuerſa eſt a ſpecie propoſita: neque enim loquitur de dote, quam curator ſua ſponte, & ſuo nomine marito puellæ promiſit ſupra facultates puellæ, vt hic proponitur, quæ promiſſio omnimodo valet: ſed loquitur ea lex de dote, quam puella ipſa curatore auctore & ſciente prudente, dolo malo promiſit ſupra facultates ſuas. Debet enim ea lex coniungi cum *l. quæro*, quæ præcedit, in qua quæritur, quantæ pecuniæ dotem promittenti puellæ curator auctoritatem vel conſenſum accommodare debeat. Et ait, modum dotis eſſe conſtituendum *ex facultatibus & dignitate natalium mulieris, atque mariti, quouſque ratio patitur*, id eſt, (vt inferius dicam) quouſque modus dotium lege finitus patitur. Quod etiam oſtenditur in *l. cum poſt* §. *gener, &* §. *ſeq. eod. tit.* Plin. 6. epiſtol. *Nuptura honeſtiſſimo viro, cui ratio ciuilium officiorum neceſſitatem quandam nitoris imponit, debet ſecundum conditionem & dignitatem mariti veſte & comitatu augeri.* Idem de dote dicendum eſt, quæ conſtituenda eſt non tantum pro modo facultatum mulieris, & pro dignitate natalium mulieris, ſed etiam pro dignitate mariti. Et hoc cum dixiſſet in *l. quæro*, ſubiicit in *l. ſiue generalis*, ſi amplius promiſſum ſit, non ſi amplius curator promiſerit. ſed ſi amplius promiſſum ſit, quam facultates mulieris valeant, a muliere ſcilicet interueniente auctoritate curatoris generaliter, vel ſpecialiter dati ad dotem conſtituendam, ipſo iure nullam eſſe promiſſionem dotis, quia (inquit) lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta: & dolo malo vel lata culpa, quæ dolo proxima eſt, ſane non caret curator, quia auctoritatem accommodat puellæ promittenti dotem ſupra vires patrimonij ſui: & lege (inquit) quod ante ipſo iure, id eſt, lege Papia. Hæc enim eſt lex, quæ dotibus modum impoſuit, *l. 2. C. Theodoſ. de inoffic. dotib.* Ex ea lege neque dos poteſt excedere vires patrimonij, neque etiam, ſi ſuppetat patrimonium decies centena millia ſeſtertiorum, quæ eſt ratio, ad quam vſque dicitur dotem eſſe conſtituendam in *l. quæro*, illo loco, *quouſque ratio patitur*. Nam non omne patrimonium licet in dotem dare, ſi excedat decies centena milla ſeſtertiorum nummorum. Quod ſignificat *l. 6. de vſur.* quum ponit decies centena millia in dotem data. Vnde Martialis: *Centena decies quæ tibi dedi doti.* Et Iuuenalis:

——— Et ritu decies centena dabuntur
Antiquo. ———

Græci ad *d. l. quæro*, *& l.* 4. notant legitimam dotem eſſe quadringentarum librarum auri. Quod ſane hodie verum eſt ex Nouell. 22. Et nihil eſt præterea in hac lege.

Ad l. 32. De excuſat. tutor. & l. 34. eod.

Neſennius Apollinaris Iulio Paulo. Mater filium ſuum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum æque pupillum ſcripſit heredem, & Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adſcripſit. Titius confirmatus excuſauit ſe a tutela. Quæro, an legatum amittat? Et quid ſi teſtamento quidem tutor non ſit ſcriptus, legatum tamen acceperit, datuſque a prætore tutor excuſet ſe, an æque repellendus ſit a legato, & an aliquid interſit, ſi a patre vel emancipato pupillo tutor datus ſit, vel puberi curator? Reſpondi. Qui non iure datus (ſit) vel tutor vel curator a patre, confirmatus a prætore, excuſationis beneficio vti maluit: repellendus eſt a legato. Idque & Scæuolæ noſtro placuit. Nam & prætor, qui eum confirmat tutorem, defuncti ſequitur iudicium. Idem in matris teſtamento dicendum eſt. Similis eſt matri quivis extraneus, qui pupillum heredem inſtituit, eique & in tutore dando proſpicere voluit, quales ſunt alumni noſtri. Recte ergo placuit, eum, qui recuſat id quod teſtator relinquit, ab eo quod petit quod idem dedit, repelli debere. Non ſemper tamen exiſtimo eum, qui onus tutelæ recuſauit, repellendum a legato, ſed ita demum ſi legatum ei ideo adſcriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum iniunxit: non quod alioquin daturus eſſet, etiam ſine tutela. Id apparere potuit, ſi poſueris teſtamento legatum adſcriptum, codicillis vero poſtea factis tutorem datum. In hoc enim legato poteſt dici, non ideo ei relictum, quia & tutorem eſſe voluerit teſtator.

L. 34. Ex his apparet, non eſſe his ſimilem eum quem Prætor tutorem dedit, cum poſſet vti immunitate: hic enim nihil contra iudicium fecit teſtatoris: nam quem ille non dedit tutorem, eum voluiſſe tutelã adminiſtrare filij dicere non poſſumus.

HÆc quidem initio nobis conſtituenda ſunt principia iuris: Curatorem teſtamento dari non poſſe, *l. 1. inſi. de confirm. tut.* ne a patre quidem vel alio parente, qui adoleſcentem habet in poteſtate, quod hac lege oſtenditur: & generaliter a nemine cuiuſcunque ſit ſexus vel iuris aut conditionis, curatorem teſtamento dari poſſe, tutorem autem a parente qui impuberem habet in poteſtate teſtamento dari poſſe: & impuberi, quem habet in poteſtate tam heredi inſtituto, quam exheredato, non impuberi emancipato, nec filio naturali, ſi nihil ei relinquat, *l. naturalis, de confirm. tut.* Sed datum tamen a patre filio emancipato confirmari poſſe a prætore vel præſide ſine inquiſitione. Cur non poſſit curator teſtamento dari? Ratio hæc eſt, quia tutoris vel curatoris datio ei tantum competit, cui lege ſpecialiter data eſt, & quatenus data eſt, *l. muto* §. *tutoris, de tutel.* Et lex 12. tab. quæ patri permiſit tutoris dationem, non permiſit etiam curatoris dationem, quia ita lex ſcripta eſt, *paterfam. uti ſuper pecuniæ tutelæve ſuæ legaſſit, ita ius eſto.* Lex de tutela loquitur, non de curatione. non plus ſibi adrogare poteſt, qui liberos habet in poteſtate, quam ei lex nominatim dederit. Et ita vice mutata ventri dicitur curator dari, *l. ventri, de tut. & cur. dat.* quia, inquit, edictum prætoris loquitur de curatore dando, non de tutore. Et pari ratione, quia lex 12. tab. ait, *paterf.* non permittitur matrifam. filiis ſuis impuperib. teſt. tutorem dare, quia lex ait, *paterf.* Item quia ait, *tutelæ ſuæ*, quod ita prudentes ſemper acceperunt de tutela liberorum ſuorum, quos in ſua familia, & poteſtate habet, non permittitur patrifa. extraneo, id eſt, qui non eſt parens virilis ſexus, & per virilem ſexum deſcendens, de tutela non ſua, id eſt, de tutela extraneorum

rum pupillorum quidquam testamento decernere. Ex his igitur concludamus, nullum esse curatorem testamentarium: & curatorum duo tantum esse genera, alij sunt legitimi, sicut curatores furiosorum & prodigorum, alij datiui, vel honorarij, nulli testamentarij. Et quamvis testamento patris vel matris, vel extranei non iure datus curator confirmari possit a prætore vel præside, vel proconsule, post confirmationem tamen datiuus est, non testamentarius. confirmatus tutor datiuus est, quia qui confirmat, dat tutorem atque constituit, *l.39. curatores, de admin. tut. l. iure §. vlt. & l. seq. de testam. tut. l. pen. §. sed cum veteres, C. de necess. heredib. instit.* At tutorum tria sunt genera, alij testamentarij, alij legitimi, alij datiui. Et testamentarij ij tantum, qui testamento parentis dantur liberis impuberibus, qui in eius potestate sunt: qui autem tutores dantur testamento matris, vel extranei, non iure dantur tutores. Sed tamen & ij decreto prætoris vel præsidis ex inquisitione, si ita magistratui videtur, confirmari possunt, si modo dati sint heredibus institutis, non si dati sint præteritis: quia, qui ab iis dantur tutores, non aliter confirmantur, quam si in rem magis dentur, quam in personam, puta heredibus institutis. Nam quem heredem non instituit mater, vel extraneus, ei frustra tutorem instituit, vel adscribit, nec enim confirmari potest, & hæc omnia ostenduntur in *l.4. sup. de test. tut. l. 4. C. eod. tit.* Vbi, (vt iampridem comprobaui) sublata negatione legendum est, *quando autem eos heredes instituerit*, hoc sensu, vt mater liberis institutis si tutores dederit, ij confirmari possint, non etiam si liberis heredibus non institutis. idem ostenditur *d. l. 1. 2. & 4. & toto tit. de confir. tut. l. 1. C. eod. tit.* His cognitis, finge: mater filium suum pupillum, vel extraneus extraneum pupillum, puta alumnum suum, aut libertum heredem instituit: Titio legatum dedit, eundemque Titium pupillo heredi instituto tutorem adscripsit. Denique Titio adscripsit legatum & tutelam heredis sui. tutelam adscribere dicit *l. peto §. mater, de leg. 2. & inf. in hac ipsa l.* satis noue. Id quod testator relinquit, id est, tutelam, quam iniungit Titio legatario. Postea Titius decreto prætoris tutor confirmatus est habita inquisitione, vt oportet, & post confirmationem se excusauit a tutela, iure suo, forte iure trium, aut quatuor liberorum. Hinc oriuntur quæstiones quatuor. Primum, an ideo Titius amittat legatum, quod se excuset a tutela? Deinde, an si idem Titius legatarius non eodem testamento tutor adscriptus sit, sed datus a prætore pupillo heredi instituto, & se excusauerit a tutela datiua, de qua nihil erat comprehensum testamento, an idem legatum amittat? Male glossa, *confirmatus & datus*, interpretatur, *confirmandus & dandus*: neque enim hoc fingit sententia Pauli. Et exploratissimum est, post confirmationem & dationem, demum proponi & exsequi excusationem. Confirmationem & dationem sequitur excusatio semper, quia tutela non tenet tutorem, antequam datus vel confirmatus sit: allegari quidem potest excusatio ante confirmationem vel dationem, quum petitur dari vel confirmari vt in *l. iurisperitus §. vlt. hoc tit.* sed exsequi & disceptari excusatio sane non potest ante confirmationem vel dationem, *l. Caius hoc tit.* Tertia quæstio hæc est, an idem Titius amittat legatum si ei relictum sit testamento patris, eodemque testamento a patre curator filio puberi datus sit, vel tutor filio impuberi emancipato, & confirmatus se excuset? Hæ tres quæstiones nobis definiendæ sunt priusquam 4. proponatur. Et in iis definiendis sequendus est nobis ordo Pauli. Primum enim Paulus respondet ad tertiam quæstionem, videlicet, Titium, qui detrectat onus tutelæ vel curæ, quam ei iniunxit pater in testamento, quasi indignum repelli a legato, quod eodem testamento pater pupilli, vel puberis ei reliquit, quia id intelligitur reliquisse fidei remunerandæ gratia, siue oneris tutelæ repensandi gratia, vt *l.28. §.1. & 36. hoc tit. l. qui tutelam, sup. de testam. tut. l. 5. §. amittere, de his quæ vt indign. auf.* (vt eleganter Paulus ait) in eo tutore vel curatore confirmando prætor vel præses sequitur iudicium patris, contra quod facit, qui recusat onus tutelæ. Hæc enim fuit voluntas patris, vt aut sustineret onus tutelæ, aut repelleretur ab honore legati. Hanc voluntatem prætor, qui datum confirmat, subsequitur. Denique hac ratione significat, non aliam esse voluntatem prætoris, quam patris. Itaque ait ex mente prætoris, aut recedere eum debere a legato; aut subire onus tutelæ. Mox subiicit Paulus eodem modo, ad primam quæstionem esse respondendum, puta testamento matris vel extranei pupillo heredi instituto, datum tutorem & confirmatum repelli a legato, si excusationis beneficio, quod ei competit, vti malit, non sua sponte obire tutelam. Vtroque ergo casu, qui recusat tutelam sibi a testatore mandatam, a legato, quod idem testator ei dedit, repellitur, nisi (vt subiicit Paulus, hanc enim addit exceptionem) legatum ei dederit, non vt tutelam susciperet fidei remunerandæ gratia, sed & sine oneræ tutelæ, puta si daturus erat legatum etiam sine tutela, vt puta si testamento ei primum adscripserit legatum: deinde tutelam codicillis testamento confirmatis: alioqui iure non confirmatur tutor, qui ab iis datus est, codicillis non confirmatis, *l. 1. de confirm. tut.* Hoc vero casu, quum testamento legatum dedit, deinde codicillis tutelam iniunxit, tentat Paulus *in fine h. l.* eum videri tutelam separasse a legato, & posse capi legatum etiam ab eo, qui se excusat a tutela, quia non eadem scriptura legatum & tutelam dedit, sed diuersis, & tutelam post legatum dedit: si eodem testamento vel iisdem codicillis vtrumque dedisset, hac coniectura non vteremur, sed quum diuersis scripturis dederit, hac coniectura vtitur, vt scilicet voluerit eum peruenire ad legatum testamento relictum, etiamsi non administraret tutelam iniunctam codicillis. Et hoc quidem tentauit, vt dixi, Paulus in hoc *lib. 7.* qui tamen postea variasse videtur *lib. 23.* ex quo est lex, quæ sequitur, quæ non admittit superiorem coniecturam, si posteriore loco in codicillis sit adscripta tutela, priore loco legatum in testamento. Et verius esse docet huius ordinis, siue diuersæ scripturæ rationem nihil mutare, nihil efficere, & breuiter non aliter legati commodum separari ab onere tutelæ, quam si euidenter testator expresserit, velle se dare legatum, etiam si tutelam non susceperit. Hoc non expresso semper videtur onus tutelæ iunxisse emolumento legati. Coniecturæ illæ (inquit) sunt nimium scrupulosæ nec sunt admittendæ. Opus est expressa voluntate defuncti. Ad quæstionem secundam respondet in l. 34. eum scilicet cui testamento legatum adscriptum est, non tutela, non repelli a legato, si postea tutor datus a prætore pupillo, heredi instituto testamento matris vel extranei, excusationis beneficio vtatur, optima ratione, quia nihil facit contra iudicium testatoris, qui simpliciter eilegauit, nec de tutela heredis sui quidquam cauit, & quem non dedit tutorem (inquit) eum voluisse tutelam gerere heredis sui dicere non possumus. Expressa etiam datione & voluntate testatoris hic opus est. Sequitur 4. & vltima quæstio in l. 35. an si mater, vel extraneus pupillo heredi instituto, non tantum Titium, cui legatum dedit, tutorem dederit, sed & alios idoneos tutores, & Titius se non excusauerit quidem, sed administrare noluerit, contentus, quod cæteri contutores sui, qui idonei erant, administrarent. Vulgo male, *contendens.* Recte Florentiæ, *contentus*, & Basilica: ἀρκούμενος τῷ ἔχειν συ ἐπιτρόπους ἀξιόχρεως: *Contentus*, inquit, *quod cæteri idonei essent.* Hic videtur non esse repellendus a legato, quia etsi nihil administrauerit, periculum sustinet cessationis, quod plerumque pro administratione est, *l. 21. & 31. sup. hoc tit.* Et ideo etiamsi nihil attigerit, nihil administrauerit, finita tutela potest conueniri tutelæ iudicio, si res pupilli a cæteris, qui administrarunt seruari non possit, *l. 1. & 2. C. si tutor non gesserit, l. 6. arbit. tut. l. & si sciffes, C. de adminisht. tut.* At rectius Paulus definit, & hoc casu Titium, licet non excusauerit se, sed permiserit collegis totam administrationem, a legato repellendum esse, quia quodammodo se excusat, qui nihil administrat, & quæcunque contumacia eius, siue σεσπηκα

Paul.

AAa iij

punienda est. Punitur ademptione legati quod pupilli vel heredis lucro cedit, vt *d.* §. *amittere, l. pen. C. de leg.* non etiam cadit in fiscum, quamvis vt indigno eripiatur: non enim omnia, quæ indignis eripiuntur, cadunt in fiscum. Contumacia hoc loco est non parere voluntati testatoris, non administrare tutelam ex sententia testatoris, quæ & indeuotio dicitur sæpe, contumacia enim dicitur a contemnendo, vt καταφρονητικῶς lex *contumacia* §. 1. *de re iudic.* Contumax, inquit, est, qui contemnit venire tribus edictis euocatus, vel vno pro trib. Velius Longus de orthographia: *In contumace, inquit, melius est seruari. Venit enim a contemnendo.* Et inde in glossis veterũ, καταφρονητὴς *contemptor, spernulus, contumax.* Et in extremo legis 35. ait: *multo magis indignum eum esse legato, qui nec se excusauit quodammodo, sed suscepit administrationem secundum voluntatem testatoris, verum mox vt suspectus remotus est.* Nam hic etiam est repellendus a legato, qui non est inuentus tutor idoneus, sed non etiam is, qui non confirmatus est, si per eum non stet, quo minus tutelam gerat, sed per prætorem, qui initio eum non probat, nec confirmat. Sane tunc non repellitur a legato, qui a tutela vitio suo non repellitur, sed prouidentia prætoris aut præsidis. Hoc ostenditur in *l. cum filius* §. *non iure, de leg.* 2.

Ad leg. 30. & 37. De test. milit. & l. 5. de legat. 2.

Nam in bona castrensia non esse dandam contra tabulas filij militis bonorum possessionem, Diuus Pius Antoninus rescripsit.

HVic legi coniungendæ sunt & vna explicandæ *l.* 37. *eod. tit. & l.* 5. *de leg.* 2. Certum est, patrono, cui testamento liberti relicta non est debita portio, vel etiam patri, qui in emancipatione filij manumissor exstitit, id est, qui in vendendo, siue venundando filio, vt olim fiebat, contraxit fiduciam, id est, qui ea lege eum vendidit, vt sibi reuenderetur, hoc est remanciparetur, atque ita a se manumitteretur. Patri, inquam, qui in emancipatione, id est, venditione filij manumissor exstitit contracta fiducia, quæ hodie ex constit. Iustin. de iure patronatus semper contracta esse fingitur, huic, inquam, patri manumissori, qui patrono comparatur, licet manumissio eius libertum non fecerit, *l.* 2. *si a par. quis manum. sit.* manumissio domini libertum facit, non manumissio patris: manumissio patris non præiudicat ingenuitati. si etiam huic patri testamento filij non sit relicta debita portio, vtrique, id est, patrono, & patri manumissori competit bonorum possessio contra tabulas, non in assem, sed in debitam portionem tantum, id est, semissem ex l. Papia: in trientem ex constitutione Iustiniani. Et hoc ostenditur in *l. prox.* §. *vlt. sup. l. filio* §. 1. *de inoffic. test.* Et vtique ita procedit in bonis paganis liberti, vel filij, non in bonis castrensibus, quia libertus vel filius manumissus, viuo manumissore in bonis paganis liberam testamenti factionem non habet, in castrensibus habet liberam testamenti factionem, adeo, vt etsi nihil ex eis bonis patrono vel patri reliquerit, non possit patrono, vel patri contra ea bona dari bonorum possessio contra tabulas. Et ita Diuum Pium rescripsisse tum Paulus scripsit in hac *l.* 30. tum etiam Vlp. *l.* 1. §. *est & aliud, si a par. quis man.* Et simili modo patri manumissori vel non manumissori præterito cuive non relicta est debita portio, quasi patrono, datur etiam non iam vt patrono, aut quasi patrono, sed vt patri ius patrium. Duplex enim ei ius competit, ius patrium, & ius quasi patronatus, si in emancipatione manumissor exstiterit. Cæterum siue manumissor exstiterit, siue non, semper ei, vt patri datur in bona pagana querela inofficiosi testamenti, quæ ius antiquum dicitur, *l.* 1. §. *vlt. si a par. quis manum. sit, l.* 14. *de inoffic. test.* Et hæc actio seu querela inoffic. testamenti datur in assem: vel si iam abstulerit semissem aut trientem, vt manumissor per bon. possessio. contra tabulas, querela inoffic. testamenti ei datur in alterum semissem, vel in bessem residuum. In bona autem castrensia non datur, quia ad testamenta militum querela inofficiosi non pertinet, *l. si instituta* §. *de inoffic. sup. de inoffi. test. l. vlt. C. eod. tit.*

Ad l. 37. eod.

Si duobus a milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem: pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse: quia miles & pro parte testari potest, & competit patrono ab intestato bonorum possessio: nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, vt omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem.

LEx 37. suggerit aliam differentiam inter testamenta militum, & testamenta paganorum. Inter coheredes scriptos testamento pagani, etiamsi disiuncti sint, versatur ius adcrescendi, id est, portio omittentis vel repudiantis hereditatem, portio vacans tacito iure adcrescit alteri etiam inuito, qui iam pro parte sua heres exstitit, non etiam ad legitimum heredem transit, quia paganus non potest pro parte testatus pro parte intestatus vita decedere, *l.* 7. *de regul. iur.* Paganus non potest ab initio pro parte testamentarium, pro parte legitimum heredem habere. M. Tullius de inuent. *Vnius, inquit, pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt: nec vnquam factum est, vt eiusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset.* Quod de paganis tantum intelligitur. Et hanc constat esse verissimam rationem inter coheredes introducendi iuris adcrescendi ex testamentis paganorum. Hæc lex 37. e contrario nobis euidentissimum argumentum præstat, quum ait, ex testamentis militum inter coheredes non esse ius adcrescendi, id est, portionem deficientem & vacantem non adcrescere coheredi, qui se pro herede gessit, sed ad legitimum militis heredem peruenire, quod etiam ostendit *l. si filius* §. *castrensium, de bon. libert.* Idque ideo constitutum est, quia miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, *l. de hereditate* §. 2. *D. de castr. pec.* Itaque si miles Titium heredem fecit ex semisse, Caium ex altero semisse, Titio repudiante, portio eius non adcrescit Caio, sed ad legitimum militis heredem transfertur iure intestati, veluti ad proximum agnatum: vel, vt ponit hoc loco, *ad patronum*, si miles libertinæ conditionis fuerit. Nam & libertini militiæ nomen dare possunt, *l. operis, de op. libert. l.* 6. *de castr. pec. l. vlt. C. de lib. & eorum lib.* Conclusio igitur ad hæc est: ius adcrescendi ad testamenta militum non pertinere. Cuius tamen duæ sunt exceptiones. Vna, quæ proponitur hoc loco, si probetur, hanc fuisse voluntatem militis, vt inter heredes suos seruaretur ius adcrescendi, & vt in totum testatus remaneret, id est, vt omittente altero, tota hereditas ad alterum rediret. Redire dicitur non legitima tantum hereditas, sed etiam testamentaria iure adcrescendi, vt in *l. cum pater* §. *cum pater, de leg.* 2. Altera exceptio proponitur in *l. si certarum* §. *quod si alterutra, hoc tit.* quæ lex, testamento militis, vno herede instituto ex bonis castrensibus, altero ex paganis, ait suorum quemque bonorum separatim, & in solidum æs alienum agnoscere. Quod scilicet ex ea causa pendet, ex qua heres institutus est, quia quodammodo duo sunt patrimonia, duæ hereditates, pagana & castrensis. Et si forte is, qui ex castrensibus heres institutus est, ideo omittat hereditatem, quod bona castrensia æri alieno contracto in castris non sufficiant, & si nec legitimus heres, eo repudiante, ea bona amplecti velit, quia soluendo non sunt, hoc casu alterum coheredem institutum ex paganis, aut debere agnoscere omnia bona, tam castrensia quam pagana, aut omnia dimittere omnibus creditoribus vendenda. Si igitur nemo exstat, neque ex testamento, neque ab intestato, qui bona castrensia amplecti velit, quæ soluendo non sunt, tum electio defertur heredi instituto ex bonis paganis, vt vel omnia bona credi-

toribu

toribus dimittat, vel omnia suscipiat cum onere æris alieni. Neque enim hoc casu bona pagana amplecti potest, quin etiam eis accrescant continuo castrensia, cum nemo alius existit, qui ea complectatur. Nam etsi in testamentis militum non seruetur superior regula, ne partim testati, partim intestati decedant, seruatur hæc tamen, quæ dictat, non posse hereditatem vni delatam partim adiri, partim repudiari, *l. 1. de adquir. hered. l. vn. §. in his, de cad. toll.* His igitur duobus casibus, puta ex voluntate militis & ex necessitate iuris, ius adcrescendi pertinet etiam ad testamenta militum: alioqui non pertinet nisi ad testamenta paganorum. Huic vero tractationi non inconcinne aptabitur *l. 5. de leg. 2. ex eodem libro*: Nam in regula illa, quæ vetat partim hereditatem adiri, partim repudiari, quam dicimus in testamentis etiam militum locum habere, ab hereditate ad legatum peruenit exemplum, a regula illa, id est, ab hereditate, de qua regula concepta est, vt non possit partim hereditas adiri, partim repudiari, exemplum peruenit etiam ad legatum. Paulus 3. *Sentent. tit. de legat. eius rei, qua legata est, exemplo heredis, partem agnoscere, partem repudiare legatarius non potest.* Quam sententiam idem repetit lib. 8. ad Plautium videlicet in l. 4. *qua precedit*, & ait, *neminem eiusdem rei legata, partem velle posse, partem nolle.* Ad quam legem quartam & quinta adaptatur. vnum legatum scindi non potest *l. 23. de condit. & demonst.* id est neque res legata scindi potest, neque actio legati, *l. cum filius §. variis, de leg. 2.* Iudicium defuncti, aut omnino amplecti, aut omnino respuere oportet, & legati vel hereditatis delatum honorem non fastidire superbe & inconstanter. Notum est verbū Senecæ, *Beneficium improbat, qui accipit fastidiose. 2. de beneficiis.* At vero subiicitur ex eodem Paulo in hac l. 5. si duo sint legata vni relicta, veluti fundus & pecunia, posse legatarium vnum repudiare, alterum amplecti: vnum nolle, alterum velle, quia non discindit, non contaminat, non deintegrat vllum legatum, partem fundi, & partem pecuniæ velle non potest, quia hoc genere discindit vtrumque legatum, *l. 8. §. vlt. sup. tit. prox.* repudiando fundum & amplectendo pecuniam nihil scindit. Item si duo sunt legata: puta decem & Stichus, & Stichi legato adiunctum sit onus præstandæ Sticho fideicommissariæ libertatis, recte docet Paulus hoc loco, non posse repudiato legato Stichi, cui iniunctum est onus fideicommissi, legatarium peruenire ad pecuniæ legatum quod est sine onere, sicut nec reiecta tutela, quæ etiam legari & relinqui dicitur in 12. tab. & *l. 32. de excus. tut.* non potest, inquam, legatarius reiecta tutela peruenire ad emolumentum legati, de quo ante tractatum est. Finge, mihi decem & Stichus legatus est: Duo sunt legata. At rogatus sum Stichum manumittere: lege Falcidia interueniente, non deducet heres Falcidiam ex legato Stichi, ne impediatur fideicommissaria libertas. nam Falcidia detracta, communis fieret Stichus inter me & heredem pro quadrante & dodrante, *l. Plautius, ad l. Falcidiam.* Communi autem seruo ante constitutionem Iustiniani *de comm. seru. manum.* vnus ex dominis libertatem dare non potuit. Igitur ne impediatur fideicommissaria libertas, heres ex legato pecuniæ vtriusque legati quartam detrahet, vt definitur in hac *l. 5. & l. sed si non seruus §. si solus, ad leg. Falcid.* Ex legato pecuniæ heres deducet & pecuniæ & Stichi Falcidiam, Idque facile fiet, si ego vtrumque legatum agnouero, immo & si Stichi legatum repudiauero, quia repudiatio non valet, male Bartolus valere ait, cum lex dicat, non idem esse dicendum, vt possit vnum legatum repudiari, alterum agnosci, si vnum sit onerosum alterum lucrosum: si non est idem dicendum, ergo onerosum repudiari non potest: si non potest repudiari, nec repudiatio valet. Quia igitur repudiatio Stichi non valet, ex legato pecuniæ duas quartas heres detrahet, & ego nihilominus Sticho præstabo libertatem quasi seruo meo: vel si moret in ea præstanda, ipso iure liber fiet ex Senatusconsulto Rubriano, de quo in tit. *de fideicomm. libert.* Eadem ratio est *l. si legatario, de fideicom. libert.* Qui mihi legauit fundum, legauit quoque mihi decem pro pretio serui mei, vt eum manumitterem: duo sunt legata. fundi legatum agnoui, pecuniæ repudiaui, quia in se habebat onus serui mei manumittendi, repudiatio non valet, & pro eo habetur, ac si & pecuniæ legatum agnouissem, quamuis interueniente Falcidia, vt ait, quæ minuit vtrumque legatum, atque ita Falcidia detracta, dodrans pecuniæ non sufficiat pretio serui mei, & nihilominus debeo seruo meo præstare libertatem.

Ad l. 10. de vent. in poss. mitt.

Postumus natus, quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem: Nam & ventrem prætor ex omnibus edicti partibus mittit in possessionem bonorum: non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.

Certum est, ex nulla parte edicti successorij, bonorum possessionem deferri ei, qui in vtero est tempore mortis eius, de cuius successione agitur, quia nondum est in rebus humanis, & certum non est, *an partitudo* sit recte peruentura, & ideo interim etiam ei non confertur, *l. vlt. de collat. bon.* At mulier prægnans ventris nomine, id est, eius nomine, quem in vtero gestat, vt interim is sustineatur & producatur ad partum, interim mittitur in possessionem bonorum ex omnibus partibus edicti vt ait in *h. l. vlt.* veluti ex prima parte, qua prætor liberis præteritis pollicetur bonorum possessionem contra tabulas, si venter testamento patris præteritus sit, id est, neque heres institutus neque exheredatus, interim mulier mittitur in bonorum possessionem vice bonorum possessionis contra tabulas. Vel si venter institutus sit testam. patris, vel etiam extranei (nihil refert) interim mulier mittitur in bonorum possess. vice bonorum poss. sec. tab. *l. 1. §. si filius, hoc tit. l. postumus, de inoff. test.* vel ab intestato vice bonor. possess. vnde liberi, id est, ex parte edicti, vnde liberi vocantur: aut ex parte vnde legitimi: aut ex parte vnde cognati vocantur, *l. 7. hoc tit. l. cum quidam §. quod dicitur, sup. de adq. hered.* videlicet si modo iam conceptus fuerit (vt ait hoc loco) tempore mortis sui parentis, vel agnati, vel cognati, de cuius bonis agitur. Et ita in *l. 5. §. nec mirum, inf. de Carb. edic.* ait, omnium edictis, id est, omnibus partibus edicti ventrem mitti posse in possess. Et in *l. 1. §. sed etsi matris, ad SC. Tertull.* ex omni parte edicti ventrem mitti in poss. Quum ergo venter aut mulier ventris nomine ex omnibus edicti partibus interim quoad pariat, mittitur in possessionem, consequens est, nato postumo dari debere eam bonorum possess. cuius vice mulier interim missa est in possessionem. Frustra enim mitteretur ventris nomine, si natus non posset agnoscere bonorum possessionem. Et hæc est sententia huius legis. Aliud enim est missio in bonorum possessionem, aliud bonorum possessio: ac minus proprie, imo improprie missio etiam dicitur bonorum possess. *l. 1. §. 1. hoc tit. & l. 1. §. 1. inf. si mulier in poss. ealum. cau. esse dicatur.* Nihil est amplius in hac l.

Ad l. 12. De bon. possess. secund. tab. & l. 92. de verbor. sign.

Vt scriptus heres agnoscere possit bonorum possessionem, exigendum puto, vt & demonstratus sit propria demonstratione, & portio adscripta ei inueniri possit: licet sine parte institutus sit. Nam qui sine parte heres institutus est, vacantem portionem, vel alium assem occupat. Quod si ita heres scriptus sit, vt interdum excludatur a testamento, eo quod non inuenitur portio, ex qua institutus est: nec bonorum possessionem petere potest: idem euenit, si quis ita heredem instituat: Titius quanta ex parte priore testamento eum heredem scriptum habeo, heres esto: *vel*, quanta ex parte codicillis scriptum eum habeo, heres esto: *si scriptus non inueniatur. Quod si ita scripsero*: Titius si eum priore testamento ex semisse scriptum heredem habeo, *vel*, si eum codicillis ex semisse

heredem ſcripſero, ex ſemiſſe heres eſto, *tunc accipiet bonorum poſſeſſionem, quaſi ſub conditione heres ſcriptus.*

SEquitur *l. vlt. de bon. poſſ. ſec. tab.* Bonorum poſſeſsio ſec. tab. datur heredi ſcripto. Verum, vt ei detur, quædam requiruntur & exiguntur, & hoc inter cætera, quod proponitur in hac *l. vlt.* vt certus heres teſtamento demonſtratus ſit, non quidem nomine proprio, ſed propria demonſtratione, id eſt, proprio & indubitabili ſigno: propria nota demonſtrationis, quæ vice nominis fungatur, alioqui inſtitutio non valet, *l. quoties §. ſi quis nomen, & §. ſeq. de hered. inſtit.* Item exigitur, vt certa ſit portio ex qua heres ſcriptus eſt, non quidem, vt ſit expreſſa, ſed vt facile intelligi & inueniri poſsit. Idem plerunque eſt in teſtamentis expreſsiſſe & intellexiſſe, *l.* 88. *de leg.* 1. *l.* 6. *de aſſign. libert.* Nam & ſine parte heredi ſcripto dari poteſt bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas, ſi non ſit incertum, quæ pars ei ſit adſcripta, aut quam partem ei teſtator voluerit adſcriptam. Denique ſi pars intelligatur, vt ſi duobus ſcriptis ex quadrantibus, aut ex ſemiſsibus tertius ſit ſcriptus ſine parte ſimpliciter hoc modo, *Titius heres eſto*, quia vtroque caſu intelligitur ſcriptus ex ſemiſſe, poſteriore ſcil. expleto aſſe duobus heredibus ſcriptis ex ſemiſsibus, tertius qui ſcriptus eſt ſine parte, intelligitur ſcriptus ex alio aſſe, qui ratione reuocata ad vnum aſſem, ſemiſſem efficit, & ideo ſemiſsis ei dabitur ſecundum tabulas bonorum poſſeſsio, licet ſine parte ſit ſcriptus, quia quæ pars ei ſit relicta ſatis intelligitur. At ſi eius portio inueniri poſsit, ſane excluditur a bonorum poſſeſsione ſecundum tabulas, & a teſtamento. Cuius rei hoc loco tale proponit exemplum: Titius quanta ex parte priori teſtamento vel codicillis eum ſcriptum habeo, collato ſermone in præſens tempus, vel etiam, ſi mauis, collato ſermone in præteritum tempus hoc modo: Titius quanta ex parte priore teſtamento vel codicillis eum heredem ſcripſi, heres mihi eſto: ſi non inueniatur ſcriptus priore teſtamento vel codicillis, non poteſt petere bonorum poſſeſſ. ſecundum tabul. quia quota ex parte heres ſit, non liquet. Diuerſum erit, ſi ita dixerit, collato ſermone in futurum tempus: Titius quanta ex parte codicillis eum heredem ſcripſero, heres mihi eſto, quia nulla codicillis adſcripta parte, hic videtur ſine parte heres inſtitutus. Et ideo ſi ſolus fuerit ſcriptus in aſſem, bon. poſſeſſ. ei datur, vel ſi adiectis coheredibus, in aſſis reſiduum, in portionem vacantem, vel in alium aſſem, *l.* 36. *de hered. inſtit.* Et ita lex 2. *§. vlt. eod. tit. de hered. inſtit.* intereſſe ait, vtrum quis ita ſcribat vel dictet, ex his partibus quas adſcripſi, an ex his partibus quas adſcripſero. Nam priore modo nullis ſcriptis partibus nulla inſtitutio eſt, poſteriori modo inſtitutio valet. Priore modo conditio inſtitutionis, in præſens vel in præteritum tempus confertur. Et ideo non ſuſpendit inſtitutionem, quia ſtatim conditio vera eſt, aut falſa. Si vera, ſtatim tenet inſtitutio: ſi falſa, ſtatim inſtitutio non tenet, *l. cum in ſecundo. de ini. rup. teſt.* Poſteriore autem modo inſtitutionis conditio confertur in futurum tempus, & propriæ conditionis poteſtatem habet, id eſt, inſtitutionem ſuſpendit. Ita quod ad partem adſcriptam attinet, ita ſcilicet, vt ſi poſtea partem adſcripſerit certam, pro parte adſcripta bonorum poſſeſsionem accipiat, ſi non adſcripſerit pro parte vacante quaſi ſine parte heres inſtitutus. At vt ſubiicit in fine huius leg. quum teſtator partem certam exprimit, veluti, *ex ſemiſſe heres eſto*, nihil intereſt, vtrum ſcribat hoc modo, *Titius ſi eum priore teſtamento ex ſemiſſe ſcripſi, vel ſi eum priore teſtamento ex ſemiſſe ſcriptum heredem habeo, ex ſemiſſe heres eſto*, an hoc modo: *Titius, ſi eum codicillis, quos poſtea fecero, ex ſemiſſe heredem ſcripſero, ex ſemiſſe heres eſto*: quum certam partem exprimit, nihil intereſt conditionem contulerit in præſens, vel præteritum, an in futurum, quia de parte conſtat, ex qua vult eum ſibi heredem eſſe. Et vtroque caſu, quaſi, inquit, ſub conditione heres ſcriptus bonor. poſſeſſ. accipiet. Malim *quaſi ſine conditione heres ſcriptus*, quia aperte vocatus eſt in ſemiſſem: Nam etſi heredi inſtituto ſub conditione, pendente conditione recte detur bonorum poſſeſſio ſec. tab. *l.* 5. *&* 6. *hoc tit. l. inter omnes, qui ſatiſd. cog.* tamen defecta conditione bonorum poſſeſsio, quam occupauit agnoſcere, ſine re conſtituitur, ſine effectu, exceptis certis caſibus, vt oſtenditur *d. l.* 5. Et forte etiam hoc caſu, ſi pro ſub conditione ſcripto habeatur, tuendus eſt, defecta conditione in ſemiſſem, etiamſi ante, vel poſtea ſcriptus non inueniatur, quia ſuperuacua conditio pro non ſcripta habetur, *ſi ſcripſero, vel ſi ſcripſi: vel ſi ſcriptum habeo, ex ſemiſſe heres eſto.* nam inſtitutionem ex ſemiſſe ſuperflue confero in id, quod facturus ſum vel feci, vel factum habeo. Itaque potius habendus eſt pro inſtituto ſine conditione, ea enim conditio ſuperuacua eſt, *l.* 1. *§. ſi quis vxori, de dote præleg.* Quod rei ſatis demonſtratæ adiicitur fruſtra, *l. quæſitum §. vlt. de fun. inſt. & inſtrum. leg. l. ſi ſeruo, de adim. leg.* Et ita eſt explicandus finis huius legis. Et hoc ſcripſiſſe Paulum hoc ipſo libro argumentum præbet *l.* 92. *de verbor. ſignif. ex eod. lib.* Non dubito, quin etiam hoc libro Paulus ſcripſerit id quoque exigi in petenda bon. poſſeſſ. ſecundum tabulas, vt ſupremæ ſint tabulæ, ex quibus petitur bonorum poſſeſsio. Nam ſuprema voluntas potior eſt.

Ad l. 92. De verb. ſign.

Proximus eſt, quem nemo antecedit. Supremus eſt, quem nemo ſequitur.

IN h. l. proximum eum eſſe ait, quem nemo antecedit, id eſt, qui ſolus eſt, ita vt non ſit nomen illud in comparando. Et ſimiliter ſupremum eum eſſe, quem nemo ſequitur, id eſt, qui ſolus eſt, qui vnicus eſt. Nam cum in hoc edicto, quo prætor pollicetur, ſe daturum bonorum poſſeſſ. ſec. ſupremas tab. teſtamenti; (ſic enim erat expreſſum in edicto prætoris.) Cum, inquam, interpretatur ſupremas tabulas eſſe etiam ſolas, quas nullæ aliæ ſequuntur, *l.* 1. *§.* 1. *de bon. poſſ. ſec. tab. l.* 163. *hoc tit. de verbor. ſignif.* eodem exemplo docuit, quod proponitur in hac l. 92. ſubſtitutionem, quæ fit ei, qui ſupremus morietur, factam videri etiam ei, qui ſolus eſt. Et in 12. tab. illo loco: *Proximus agnatus familiam habeto*, proximum agnatum dicit citra comparationem vllam etiam eum, qui ſolus eſt, vt *l.* 162. *hoc tit.*

Ad leg. 86. de diuerſ. reg. iur.

Non ſolet deterior conditio fieri eorum, qui litem conteſtati ſunt, quam ſi non: ſed plerunque melior.

VLtimo loco ex hoc libro datur hæc regula iuris in *l.* 86. *de reg. iur. non ſolet eius, qui litem conteſtatus eſt, deterior conditio fieri, imo plerumque melior, quam ſi litem conteſtatus non eſſet.* Hæc verba, *non ſolet*, & *plerunque* proprie regulæ conueniunt. Nam regula in iure conſtituitur ex his, quæ plerumque: ἐπὶ τὸ πλεῖστον, fieri ſolent. Nec vlla eſt in iure regula perpetua, nulla concluſio neceſſaria, quia omnes regulæ conſtituuntur ex his, quæ plerumque eueniunt. *Plerumque*, inquit, *per litis conteſtationem non fit deterior, ſed melior conditio actoris*; Non fit deterior: neque enim actori, ſi vice mutua a reo conueniatur, denegatur compenſatio eius, quod petit, *l.* 8. *de compenſ.* ne diligentior quiſquis deterioris conditionis habeatur. Ergo quod petiit ſemel, aut in quo petendo diligentior fuit, ſi poſt reconueniatur a reo omiſſa petitione, id compenſare recte poterit lite etiam conteſtata. non perit etiam actori priuilegium quod habuit, nec perit vſura, lite conteſt. vſuræ etiam vſuræ currunt, *l. lite, de vſur. l. aliam, de nouat.* non perit ei beneficium ſeparationis *l. vlt. de ſeparat.* non perit pignus, *l. vn. C. etiam ob chirog. pec.* Non perit ei pœna, quam forte ſibi cauit, ſi ad diem pecunia ſibi non ſolueretur, *l.* 90. *de verb. oblig.* non perit ei acceſsio fideiuſſoris, vel mandatoris, *l.* 23 *&* 28. *C. de fideiuſſ.* Melior autem fit litis

litis conteſtatione conditio eius, & vt DD. dicunt, litigando ius creſcit, quia litis conteſtatione perpetuatur actio, quæ tempore aut morte erat peritura, forte quia erat actio temporalis, vel talis, quæ non poterat transmitti in heredem, *d. l. aliam, l.* 1. *&* 3. *ſup. de feriis* : *l. nam poſtea* §. *ſi is qui, de iureiur. l. vlt. de fideiuſſ. tut. l. ordinata, de liber. cauſ.* quæ eleganter ait, actiones per litis conteſtationem in tutum redigi, *l.* 1. §. *ſed interdum, & l.* 2. §. 1. *de ſtat. defunct.* Atque ita poſt litis conteſtationē heredibus proſpicitur, & heredes tenentur ex omnibus cauſis etiam pœnalibus, vt lib. 13. fuſius explicabitur ad l. ſeq. quæ pertinet ad eandem regulam. Item poſt litis conteſtationem fructus veniunt & omnis cauſa etiam in iudiciis ſtrictis, *l. videamus* §. *ſi actionem, de vſur. l.* 8. *de re iudic.* Neque huic regulæ quidquam obſtat lex *heres* §. *vlt. de petit. hered.* quia fieret quidem conditio actoris deterior, ſi vſuræ, quæ cœperunt currere, poſt litis conteſtationem deſinerent currere, quod ſane non fit, *d. l. lite, de vſur.* Sed non, vt proponitur in *d. l. heres* §. *vlt.* ſi non incipiant currere, non ideo fit deterior conditio, ſed neque fit melior, neque deterior, arg. *l. bona fide* §. 1. *ad Senatuſc. Velleian.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum VIII. Quæſtionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 28. de teſtam. milit.

L. 28. Cum filiusfam. miles deceſſiſſet, filio impubere herede inſtituto, eique ſubſtituiſſet in aui poteſtate manenti, tutoresque dediſſet, Diui fratres reſcripſerunt, ſubſtitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere: quia hereditati quidem ſua miles, qualem vellet, ſubſtitutionem facere poteſt: Veruntamen alienum ius minuere non poteſt.

L. 29. Si a milite ſcriptus heres ſua ſponte adierit hereditatem, & rogatus totam hereditatem reſtituerit, ex Trebelliano tranſeunt actiones.

1. §. *Miles teſtamento ſuo manumittendo, nihil efficit in eo, cuius libertas lege Ælia Sentia, vel aliqua impeditur.*

2. §. *Edictum prætoris, quo iuſiurandum heredibus inſtitutis legatariiſque remittitur, locum habet etiam in militum teſtamentis: ſicut etiam in fideicommiſſis. Idemque ſi turpis eſſet conditio.*

3. §. *Patri eius, qui in emancipatione ipſe manumiſſor extitiſſet, contra tabulas teſtamenti dandam bonorum poſſeſſionem partis debitæ placet: exceptis his rebus, quæ in caſtris adquiſiuiſſet: quarum liberam teſtamenti factionem habet.*

Hvius legis initium pertinet ad id, quod conſtitutum eſt, quodque vulgo iactatur, teſtamentum quod miles fecit in caſtris, in foſſato, iure militari, prætermiſſo ritu, ordine, ſolemnitate, quæ in teſtamento pagani requiritur, poſt miſſionem, id eſt, poſteaquam deſiit eſſe in numeris, & paganæ conditioni redditus eſt, eodem iure valere intra annum duntaxat, id eſt, ſi vita decedat intra annum miſſionis ſuæ. Huic enim conſtitutioni locum eſſe docet, etiamſi teſtamento iure militari facto, & herede inſtituto ſub conditione, ipſe quidem poſt miſſionem intra annum vita deceſſerit, ſed conditio inſtitutionis extiterit poſt annum, quia etſi non ſoleat retrotrahi conditio adſcripta in teſtamento *l.* 1. §. *ſerui, ad SC. Syllan*: *l.* 4. *de an. leg. l.* 2. §. *id quoque, de collat. bon.* Placet tamen hoc caſu eam retrotrahi fauore militiæ coniuncto tempore conditionis exiſtentis cum

A tempore mortis, quæ contigit intra annum miſſionis, §. *ſed hactenus, Inſtit. hoc tit.* Et ideo, inquit Paulus, ſi heredi filio ſubſtituerit, in caſum ſcilicet mortis filij, id eſt, ſi filio teſtamentum fecerit, id quoque teſtamentum valet, quod pater ei fecit iure ſingulari, patre mortuo intra annum miſſionis, etſi poſt annum conditio ſubſtitutionis exſiſtat, puta filio poſt annum moriente, & locum faciente ſubſtituto. At quæſo, cur ait heredi filio? An non idem eſt, ſi filio exheredato ſubſtituerit? ſi exheredato teſtamentum fecerit? Sane idem eſſe in exheredato docet lex *in fraudem* §. *pen. hoc tit.* videlicet ſi filio impuberi, quem in poteſtate habet, in hunc caſum ſubſtituerit, ſi impubes moriatur, quod teſtamentum pupillare valet, quia factum eſt a milite, & ſi ſibi miles teſtamentum non fecerit, patre B mortuo in militia, vel intra annum miſsionis, quamuis filius impubes moriatur poſt annum, & inducat ſubſtitutionem *d.* §. *pen. & l. miles ita* §. *ſi miles, &* §. *vlt. hoc tit.* Si idem eſt in exheredato, cur ait, heredi filio? non eſt leuis quæſtio. Idem quidem eſt in exheredato, in eo quod diximus, ſed hoc intereſt, quod herede inſtituto ſubſtiturus capit tantum bona quæ a patre ex teſtam. ad filium impuberem peruenerunt, legitimus autem heres filij capit bona, quæ filius poſtea adquiſiuit, *d. l. miles ita* §. *pen. l. ſed ſi plures* §. *ad ſubſtitutos, de vulg. ſubſt.* Ratio eſt, quia vt de ſuis bonis miles partim teſtari, partim non teſtari poteſt, partim habere teſtamentarium, partim legitimum heredem, *l.* 6. *& l. prox. ſup. hoc tit.* ita & de bonis filij partim teſtari poteſt, partim non teſtari: atque adeo ſi eum heredem fecerit, eique ſubſtituerit in ſecundum caſum, bonis C ſuis ſubſtitutionem feciſſe videtur, bonis ſuis tantum. Itaque bona, quæ poſtea obueniunt filio aliunde, redeunt ad legitimum eius heredem, non ad ſubſtitutum. Subſtitutus autem filio impuberi exheredato, quem in poteſtate habuit, in hunc caſum, *ſi impubes moreretur*; exiſtente caſu, & conditione ſubſtitutionis pupillaris, capit bona, quæ tunc filius habuit, veluti bona materna hodie, vel quæ poſtea habere cœpit, iure ſubſtitutionis, quæ recte fit exheredato filiofamilias impuberi, tum a pagano, tum a milite *d.* §. *ad ſubſtitutos.* Quod ſi filio impuberi, quem non habuit in poteſtate, puta emancipato, vel manenti in poteſtate aui, in eundem caſum ſubſtituerit, ſi moreretur intra D pubertatem, multum intereſt, vtrum heredi ſubſtituerit an exheredi. Nam ſi heredi, ſubſtitutio valet, non quidem iure directo, quo iure non fit niſi filiofamilias, ſed valet tantum iure fideicommiſsi, id eſt, in bonis patris duntaxat, quæ ex teſtamento patris conſecutus eſt, *l. cum filiusfam. l. miles ita* §. *pen. hoc tit.* Si exheredi facta ſit ſubſtitutio, nullo iure valet, quia non poſſumus onerare fideicommiſſo eum, quem heredem non inſtituimus, nec ſi ampla legata ei relinquamus, fideicommiſſo ſcilic. hereditatis, ſiue ſubſtitutione precaria, *l. coheredi* §. *quod ſi heredem, de vulg. ſubſt.* Rurſus vt omnes caſus attingamus: ſi filio puberi ſubſtituerit æque in ſecundum caſum hoc modo, ſi intra 25. *ætatis annum vita deceſſerit, Titius ei heres eſto,* vel compendio orationis non vſque ad certam ætatem hoc modo, *quandocunque vita deceſſerit, Titius ei heres eſto,* vel E etiam ſi impuberi ſubſtituerit *vltra pubertatem*: hoc caſu etiam ſeparandus eſt heres inſtitutus ab exheredato. nam heredi inſtituto puberi vel impuberi vltra pubertatem facta ſubſtitutio valet iure fideicommiſsi, id eſt, in iis tantum, quæ a patre ad eum iure hereditario peruenerunt, *l. centurio, de vulg. ſubſt. l. precibus, C. de impub. & aliis ſubſt.* Sicut ſi non filio, ſed extraneo heredi ſubſtituiſſet in eundem caſum, quod poteſt, vt valeat iure fideicommiſsi in bonis tantum, quæ ex teſtamento conſecutus eſt, *l.* 5. *hoc tit. l.* 6. *in fi. C. eod.* Exheredato autem filio puberi vel impuberi, vltra pubertatem facta ſubſtitutio nullo iure valet, *d.* §. *quod ſi heredem.* Idemque hac in re ius eſt militis & pagani, nempe, vt vterque ab exheredato fruſtra relinquat fideicommiſſum hereditatis. Quare recte in §. *vlt. Inſt. de pup. ſubſt.* extraneo & filio puberi heredi inſtituto directo ſubſtitui non poteſt in ſecundum caſum: ſed per fideicom-

miss. potest. Recte, inquam, heredi instituto, quia exheredato filio puberi, nec fideicommissi verbis substitui potest. Et ita hic locus satis dificilis explicandus est.

Ad §. Miles.

QVod constitutum esse diximus, vt testamentum a milite factum in castris iure militari, non autem iure communi ciuium Romanorum, eodem iure militari valeat post missionem, intra annum militiæ, id in primis sciendum est de missione tantum honesta intelligendum esse, vel de causaria, quæ & ipsa honesta est, *l. 8. de excus. tut. l. 8. C. de re mil. lib. 12. C.* Cæterum honesta proprie est, quæ emeritis & impletis stipendiis indulgetur, id est, impleto iusto tempore militiæ. Causaria missio est, quæ verbi gratia ob causam, id est, morbum, aliudve corporis vel animi vitium indulgetur. Vtraque exprimitur in SC. quod refertur in epist. Cœlij ad Cic. his verbis, *senatui placere auctoritatem præscribi, &c.* Si missio fuerit ignominiosa, quæ dimissum militem infamem facit, testamentum eius statim iure militari valere desinit, *l. testam. hoc tit. l. 5. C. eod. tit.* Qua de causa exigitur in hoc §. vt testator non ignominiæ causa mittatur, vt testamentum eius valeat iure militari post missionem vel post militiam intra annum, siue intra annum militiæ, vt loquuntur. nam promiscue dicitur intra annum missionis, & intra annum militiæ: id est, post missionem, vel post militiam intra annum, *l. in fraudem §. 1. hoc tit.* & post annum militiæ, post annum missionis, *l. milites §. vlt. hoc tit.* Species autem huius §. hæc est: Miles testamentum fecit in militia: deinde sacramenso solutus est, & honeste dimissus: mox cinctus est in alia militia. *Cincti*, vel vt veteres loquebantur *cincluti* proprie milites dicuntur, quia quum referuntur in numeros, cingi iubentur armis & baltheis *l. Titius, l. pen. h. tit.* Vnde Virgil.

Cincti fulgentibus armis. & alio loco,
Impulit hos cingi telis.

Et apud Paulum corrupte in *l. 3. si pars hered. pet. & tergeminos Senatores cinctos vidimus Horatios.* corrige, *Cincios*, quia milites non senatores vsquam cincti dicuntur nisi & milites sint. nec potuit Paulus vidisse tergeminos Horatios, sed vidit forte sua ætate tergeminos Senatores Cincios, a quibus Cincia, locus Romæ auctore Festo, vbi monumentum Cinciorum fuit, & tolle illud quasi emplastrum, *Horatios. quia vidimus*, inquit, & non potuit Paulus vidisse tergeminos Horatios Senatores. Quæritur autem hoc loco, *an testamentum eius quod in castris fecit in militia valeat, si aliquandiu internallata fuerit militia, id est, si priore honeste dimissus sit, deinde cinctus in alia?* Et distinguit. Aut iure militari id fecit, aut iure communi. Si iure communi, testamentum valet. Si militari, distinguit iterum: aut intra annum missionis denuo cinctus, & in numeros relatus est, aut post annum: si post annum, certe testamentum iure militari valere non potest: si intra annum missionis recinctus sit, quo tempore adhuc valebat testamentum iure militari, poteratque idem rursus eodem iure testamentum facere: si denique intra annum missionis assumptus sit in aliam militiam, & post annum missionis primæ, vita decesserit, licet alia sit militia a priore ea, in quam assumptus est, & in qua decessit post annum solutæ prioris militiæ. Ait tamen humanius esse dicere, quasi coniuncto militiæ munere, id est, quasi coniuncta vtraque militia, testamentum iure militari valere, quod in priore militia fecit, etiamsi assumptus in posteriorem militiam id nullo signo ostenderit, se ratum esse velle. Nam si hoc ostenderit, nullus est labor, nulla dubitatio, quia videtur factum testamentum in militia posteriore, quod fecit in priore, quia scilicet id ratum fecit in posteriore: vt & quod paganus fecit, antequam militaret, si in militia ratum fecerit, videtur factum in militia, & iure militari valet, *l. 9. l. in fraudem §. testam. l. 20. l. Titius §. 1. hoc tit.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum IX. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 24. de lib. & post.

Postuma sub conditione heres instituta, si pendente conditione viuo patre nascatur, rumpit testamentum.

SCiendum est, postumos liberos cuiuscunque sexus silentio præteritos, id est, neque heredes institutos, neque exheredatos, quod valuit ab initio testamentum agnascendo rumpere: siue post mortem testatoris agnascantur, siue post testamentum viuo testatore. Hoc est certissimum. At quid dicemus, si instituti sunt sub qualibet conditione? Et siquidem exstiterit conditio priusquam nascerentur, nascendo non rumpunt testamentum, *l. cum post, hoc tit.* quia eo tempore, quo nascuntur, pura institutio est. At si pendente conditione nascantur, mortuo vel etiam viuo patre, vt hoc loco proponitur, testamentum rumpunt: quia institutio, quæ pendet, pro eo est, ac si non esset, *l. filius a patre, hoc tit.* Quid si defecta conditione nascantur? Et hoc casu iure ciuili, quod obtinuit ante Iustin. differentia quædam est inter postumum & postumam. nam si postumus sub conditione heres institutus sit, & deficiat conditio, antequam vti oportuit nasceretur, agnascendo testam. rumpit, quia in defectum conditionis vti oportuit, ne testamentum rueret, nominatim exheredatus non est. Postuma autem, quæ agnascitur post defectam conditionem institutionis, non rumpit testamentum, quia inter cæteros videtur exheredata: ergo non præterita, & soli præteriti rumpunt. Quamobrem, vt opinor, cum hoc de postumo subditurus Paulus esset, hoc loco sermonem instituit de postuma, non de postumo. postumam scilicet natam pendente conditione, sub qua heres instituta erat, etiam viuo patre, testamentum rumpere. Subiecerat enim natam eam, tamen iam defecta conditione non rumpere testamentum. Et hac in re distare a postumo: alioqui frustra dicit postuma, si idem est in postumo. Et sane in casu proposito idem est in postumo, & in postuma, vt natus, natave pendente conditione rumpat testamentum. Sed quia non erat idem in vtroque in casu subdito ab ipso Paulo, ideo dixit, postuma non postumus. nam si pendente conditione natus postumus testamentum rumpit, & multo magis natus conditione defecta: non si sit postuma; quia in defectum conditionis exheredata videtur inter cæteros. Postumus erat exheredandus nominatim nempe hoc modo, *si quis mihi filius gignitur, exheres esto.* Postuma exheredabatur recte etiam inter cæteros, dummodo ei aliquid legaretur, *§. postum. Inst. de exhered. lib. & Vlp. lib. sing. reg. tit. qui heredes institui possint.* Inter cæteros, id est, non nominatim, sed ἀθρόως: hac generali clausula, quæ post institutionem heredum testamento inseri solebat, *cæteri exheredes sunto*, id est, cæteri liberi, parentes, agnati, cognati, exheredes sunto. Ideo autem prætermisit Tribonianus, quod Paulus subiecerat, postumam scilicet non rumpere testamentum, in quo heres instituta esset sub conditione, *si nasceretur post defectam conditionem*: id, inquam, prætermisit, quia hodie ex constit. Iustin. idem iuris est in postuma, quod in postumo, id est, vtrique nominatim exheredantur, *l. vlt. C. de lib. præt.* Et ita hæc lex explicanda est.

Ad

Ad l. 81. de hered. instituend.

SEquitur *l.* 81. *de hered. inst. Clemens*, inquit, *Patronus testamento cauerat, &c.* Vbi patronus neque officij, neque honoris nomen est, sed proprium nomen, vt Patrona in inscriptione legis *precibus*, *C. de impub. & aliis subst.* Aliter Patronius, in *l. vlt. de iure fisci*, vel vt sæpe in epist. Symmachi, Patruuius. Species autem est apertissima. Clemens Patronus moriens testamento postumos heredes instituit, ita scilicet vt si sibi filius natus fuisset, heres esset ex asse: si filia similiter: si duo filij, heredes essent ex æquis partibus, si duæ filiæ similiter: si filius & filia, filius heres esset ex besse, filia ex triente, neque quidquam amplius adiecit. Nati sunt duo filij, & vna filia in quem casum Clemens nihil cauit testamento. Quæritur, quemadmodum inter eos faciendæ sint partes hereditatis? Et prudenter docet, quam rationem voluit testator seruari inter duos filios, & inter filium & filiam, eandem esse seruandam inter duos filios & filiam, cum duo filij & filia nati sunt, vt scilicet duo filij æquas partes habeant, & singuli altero tanto amplius, quam soror, vt inter fratres sit æqua proportio, inter fratrem quemque & sororem dupla. Itaque as diuidendus est, vt ait, in quinque partes, vt ex iis binas singuli filij habeant, filia vnam, vel quantum potest ratione reuocata ad solemnem distributionem assis, vt singuli filij habeant trientem & semunciam, filia sextantem & sicilicum, & tres sicilici qui excurrunt similiter inter eos diuidantur seruata proportione Geometrica, *l. ita scriptum §. 1. hoc tit.* At quæso, quid dicimus? Si natus sit vnus filius & duæ filiæ. Et consequenter superioribus: hoc casu filio dandus est semis, singulis filiabus quadrans, vt duplo plus habeat filius, quam filiæ singulæ, aut (quod idem est) tantum quantum duæ filiæ. Et ita Accursius recte. Sequitur alia quæstio in §. *si ita scripserit*, in qua agitur aliquid de captatoria institutione. Captatoriæ institutiones SC. improbantur. Et captatoriæ institutiones sunt institutiones factæ sub conditione collata ad testam. quod is faciet, non quod fecit, qui heres instituitur, *l. captatorias, sup. hoc tit.* hoc modo, quãta ex parte me Titius heredem fecerit & ex ea mihi heres esto, *l.* 1. *inst. de his quæ pro non script. hab.* quomodo sane perquam euidenter auide testator captat hereditatem Titij, quasi missa linea, & iactato hamo. Captatoria institutio est hamata, viscata institutio. Et similiter captatorium legatum, quod etiam est inutile, qualia sunt plerunque munera Monachorum & stellionum, sunt munera in hamo. Idque vitium captationis testamento inest, si testator eo modo non Titium heredem instituat, sed alium forte Titio carissimum, puta filium, aut summum amicum. At qui heredem instituit hoc modo, *quanta ex parte me Titius heredem fecit, vel factum habet, ex ea mihi heres esto ipse vel filius ipsius*, collato sermone non in futurum, vt in exemplo captatoriæ institutionis, sed in præteritum, aut præsens tempus, *quanta ex parte fecit, vel factum habet*, sane non captat nec captare potest hereditatem, quam iam habet sibi datam testam. Titij, non reposcit gratiam parem, vt in captatoria institutione, sed refert, & hæc institutio valet, *l.* 2. *l. ille autem, hoc tit.* Et ita recte ait hoc loco, *captatoriam institutionem non esse, si quis ita scripserit, quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, quia institutio Sempronij confertur in præteritum tempus, sicut melius esse arbitror accipere illa verba: Institutio, inquam, Sempronij confertur in præteritum tempus, id est, in testamentum, quod iam ante Titius fecit, & in recitationem futuram eius testam. Vt hic sit sensus, *quanta ex parte me a Titio iam heredem institutum* post *recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, vt sit duplex conditio institutionis: vna, si me fecit Titius heredem: altera, si me recitauero heredem, vel si me recitassem heredem. Duplex est conditio, & vtramque impleri oportet igitur. Itaque tametsi prior conditio iam sit impleta, atque ideo captatoria institutio non sit, tamen non aliter valebit institutio, quam si testator recitauerit testamentum Titij, & nuncupauerit publice, in foro, vel basilica, vt fieri solebat: denique non recitato testamento Titij, inanis est institutio: non quia est captatoria, neque enim hoc vitio laborat, & longe ab eo remota est, vt ait, suspicio captationis, sed quia defecit altera conditio non recitato testamento Titij. Aliud esset dicendum, si dixisset hoc modo: *Ex qua parte Sempronium heredem scripsero, ex ea heres esto*, quia valet institutio etiam nulla parte adscripta, postea, quasi facta, sine parte, vt in *l.* 36. *hoc tit.* Sed hoc casu ita ius est, in casu, *l.* 36. *hoc tit.* quia idem est in conditione & in institutione. In specie proposita alius est in conditione, alius in institutione. Et nihil est amplius in hac l.

Ad *l.* 24. *de lib. & post.* quam ante exposui, habeo quod addam aliquid. Postuma, inquit, sub conditione heres instituta, si pendente conditione viuo patre nascatur, testamentum rumpit. Cur ait viuo patre? nam si patre mortuo pendente conditione nascatur, interim videtur exheredata inter cæteros, & ideo non rumpit testamentum. Sane ita est. At postumus rumperet testamentum siue viuo patre, siue mortuo nasceretur. Non frustra igitur dixit de postuma viuo patre.

Ad l. ex facto 43. de vulg. & pupil. substitut.

Ex facto quæritur: Qui filium habebat mutum puberem, impetrauit a principe, vt muto substituere ei liceret, & substituit Titium. mutus duxit vxorem post mortem patris. & nascitur ei filius. quæro, an rumpatur testamentum. respondi: Beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Verum voluntatem principis inspicientibus, potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius eius in eadem valetudine perseuerat, & vt quemadmodum iure ciuili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit ius in eo, qui propter infirmitatem non potest testari: Nam etsi furioso filio substituisset, diceremus desinere valere testamentum, cum resipuisset: quia iam posset sibi testamentum facere: etenim iniquum incipit fieri beneficium principis si adhuc id valere dicamus, auferret enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam adgnatione sui heredis dicendum est rumpi substitutionem: quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an iure habere cœpit suum heredem: nec enim aut patrem, aut principem de hoc casu cogitasse, verisimile est, vt eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem: vtrum in personam vnius, an complurium.

1. §. *Item quæro: si ita facta proponatur substitutio*: filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto: si intra quatuordecim, Mæuius. *filiusque octo annorum decesserit: vtrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an & Mæuius: quia certum est, & intra decem, & intra quatuordecim annos filium decessisse: respondi, omne quidem spatium quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis huius pubertas est: magis autem est, in vtroque eorum tempus suum separatim seruari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur.*

2. §. *Lucius Titius, cum haberet filios in potestate, vxorem heredem scripsit, & ei substituit filios. quæsitum est, an institutio vxoris nullius momenti sit, eo quod ab eo gradu filij non essent exheredati. respondi: eum gradum, a quo filij præteriti sint, nullius esse momenti: & ideo, cum iidem substituti proponantur, ex testamento eius heredes extitisse videri: scilicet, quia non totum testamentum infirmant filij: sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit. sicut responsum est, si a primo sit filius præteritus, a secundo exheredatus. nihil autem interest, qua ratione, secundi heredis institutio valeat: vtrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.*

3. §. *Iulius Longinus pater eos, quos sibi heredes institue-*

rat, filio ita substituit, quisquis sibi heres esset. Vnus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodauerat, vt non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret ad substitutionem, impuberis admissus, vtrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit veniat: an vero pro ea quam cœpit, ita vt augeatur eius pars in substitutione? respondi. Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur. nec desinet heres esse, licet res, quæ ita relictæ sunt, auferantur. vnde & ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges. Quinimo, etsi desineret heres esse, idem dicerem: quemadmodum intelligendum est in eo, qui cum scriptus esset heres, postquam adisset hereditatem, in seruitutem redactus est, & postea libertate donatus: cui permissum est ad substitutionem venire, quæ ei in testamento fuerat relicta. licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum amisit percepturum.

NVnc venio ad leg. *ex facto* 43. *de vulg. & pupill. substit.* Ante omnia meminisse debemus, moribus comparatum esse, vt parentes liberis impuberibus, quos in potestate habent heredibus institutis vel exheredatis, non etiam præteritis, substituere possint in hunc casum: *Si intra pubertatem vita decesserint*, qui secundus casus dicitur, *l. Lucius hoc tit. l. precibus, C. eod. tit.* Primus casus ille est, in quem concipitur substitutio vulgaris, puta, *si heres non erit*: substituere autem liberis impuberibus in secundum casum plane est testamentum eis facere, qui per ætatem sibi ipsi testamentum facere nequeant. Sed est temporale testamentum, quia finitur pubertate, vt in hac l. Paulus ait duobus locis, *l. 14. sup. hoc tit. l. si frater, C. de fideicom.* finitur pubertate, quia iam pubes potest sibi testamentum facere, & inciuile atque iniquum est, ei auferre testamenti factionem, aut ei facere testamentum, qui ipse sibi facere potest. Moribus hanc esse parentibus datam potestatem Vlpianus ait in *l. 2. hoc tit.* & iure ciuili Paulus hoc loco, vt quæ dicitur moribus esse interdicta donatio inter maritos, *l. 1. de donat. inter vir. & vxor, l. 27. de pact. dotal.* iure etiam ciuili interdicta dicitur, *l. 5. si quis certam, de iur. dot. l. 4. de donat. inter vir. & vxor.* quia iuris ciuilis summæ partes duæ sunt, leges & mores. Pars vero hæc est patriæ potestatis, vt possit pater facere testamentum & heredem dare quem velit filio impuberi, quem habet in potestate, qui ipse sibi per ætatem testamentum facere non potest, vsque ad pubertatem duntaxat: nam huic substitutioni finem affert pubertas, vt dixi. Qua de causa & substitutio pupillaris dicitur & testamentum pupillare, quod consistit tantum intra pupillarem ætatem, nec porrigitur vltra eam ætatem. Et sic pars alia patriæ potestatis est, vt possit pater tutorem dare filio impuberi, quem habet in potestate: quod & patri iure ciuili permissum est, id est, 12. tabulis, *l. 1. de testam. tut. l. impuberi, de adm. tut.* sed vt substitutio pupillaris, ita tutela finitur pubertate. puberi pater tutorem dare non potest, *l. 6. de confirm. tut.* Puberi quoque pater heredem dare non potest verbis directis facta substitutione in secundum casum. Quid tamen si filius pubes eius conditionis sit, vt sibi testamentum facere non possit? fac esse furiosum, aut mente captum, fac esse mutum & elinguem: an poterit pater, qui eum habet in potestate, & in eo imitari & exercere ius, quod mores ei dederunt in filio impubere: vt quemadmodum filio impuberi testamentum facere potest, qui sibi per ætatem nequit facere testamentum, eodem exemplo faciat etiam puberi furioso, vel muto, qui propter aduersam valetudinem testari non potest, ita scilicet vt sicut factum impuberi finitur pubertate, sic factum puberi furioso finiatur resipiscentia, & factum muto loquentia, id est, fandi facultate recepta? Respondeo iure ciuili idem non licuisse patri in filio pubere furioso, vel muto, nec licere etiam hodie in muto, nisi ex permissu & beneficio principis, quo permittente etiam mutus ipse sibi testamentum facere potest, *l. 7. sup. qui testam. fac. poss.* non licuisse, inquam, furioso substituere in secundum casum sine speciali beneficio & venia principis: hodie furioso licere ex constit. Iust. etiam non petita venia a principe, *l. humanitatis, C. de impub. & al. subst. l. vlt. §. sin autem, C. de curat. furi* Sed hoc non licere, nisi parentibus, qui liberos furiosos in potestate habent: non ergo matri, aut auo materno: non item parentibus virilis sexus, id est, per virilem sexum descendentibus furiosis emancipatis. Nam hæc substitutio imitatur quantum potest substitutionem pupillarem, & ad exemplum eius comparata est. Proinde & informanda ad exemplum eius: nisi si quid nominatim exceptum sit constitutione Iustiniani, sicut exceptum illud est, vt parens furioso, vel mente capto, non quemcunque volet substituere possit, sed liberos tantum ab eo descendentes, vel fratres, qui compotes mentis sunt. nam impuberi substituere potest quemcunque volet: Quod autem aiunt DD. etiam parentibus, qui liberos furiosos non habent in potestate cuiuscunque sexus, substituere licere in secundum casum, id depromunt ex suo iecore. nam nihil tale inuenies in constitutione Iustin. quæ dat parentibus hanc potestatem, puta patri, auo, proauo. Quod ad exemplum pupillaris attinet, cuius nullam addit in ea re exceptionem Iustinianus, nullum προσδιορισμόν, sane ad exemplum pupillaris accipiam omnino de eis tantum parentibus, qui mente captos in potestate habent.

Quod item aiunt DD. furiosis exheredatis non licere parentibus substituere, etiam falsum est atque vitiosum. nam quod lex *humanitatis* exigit, vt legitima portio eis relinquatur, hoc non est, vt heredibus tantum institutis substituant, quia legitima relinqui potest etiam alio titulo, quam institutionis, sed vt legitimam eis relinquant, ne euertant testamentum per querelam inofficiosi testamenti, aut per bonorum possessionem contra tabulas, quo genere corruerent etiam secundæ tabulæ, *l. Papinianus, §. sed neque, de inoff. test.* His cognitis finge: Pater impetrauit a principe, vt sibi liceret filio suo puberi muto, quem habebat in potestate vni filio, vel pluribus filiis (nihil refert) eodem vitio affectis, vt iis, inquam, sibi liceret substituere in secundum casum, id est, facere testamentum: & substituit ei vel eis Titium, deinde, vt ponit, post mortem patris vxorem duxit mutus, neque enim prohibetur mutus nuptias contrahere, *l. mutus, de iure dot. cap. 23. de spons. & matrim.* quia nuptiæ nudo consensu contrahuntur, non verbis, aut re. Post mortem ergo patris mutus vxorem duxit, & ex ea filium procreauit. Quæritur, an quia in testamento, quod ei fecit pater, is filius præteritus est, an agnatione eius testamentum siue substitutio, quam ei pater fecit, rumpatur? Quæso cur ponit Paulus, ei post mortem patris natum fuisse filium? An non & viuo patre potuit vxorem ducere & filium procreare? Sic sane. Non est igitur otiosum, quod ponit, vt congrue quærat, an agnatione eius rumpatur institutio: nam substitutio vel testamentum non rumpitur nisi agnatione sui heredis præteriti, & suus heres muto non nasceretur, qui nasceretur viuo patre, in cuius potestate est. De eo autem quæri & disceptari ait Paulus ex facto, ἐκ φάκτου συμβάντος, id est, *ex facti contingentia*, vt Theophilus loquitur *Instit. de fideic. hered.* Demonstro otiosam hanc quæstionem non esse, sed vsum forte natæ rei ita tulisse, vt de ea quæreretur. Et vero quæstio pendet ex interpretatione beneficij principalis, quo patri permissum est muto puberi filio substituere, an id beneficium latissime accipi debeat, sicut dicitur in *l. pen. de const. princ.* beneficia principum esse plenissime interpretanda: an igitur beneficium illud ita accipi debeat, vt pater substituat ei in infinitum, adeo vt nec substitutio rumpatur agnatione sui heredis? Et respondet Paulus, beneficia principalia ipsos principes interpretari solere, non temere alios quoscunque, quod & Iustinianus ait initio Nouell. 143. *de rapt. mul.* & interpretationem principis vim legis obtinere in Nouel. 138. Plinius ad Traianum: *Rogo vt beneficia tua interpretari ipse digneris.* Symmachus ad Theodosium: *nos venerari potius,*

quam

quam interpretari oracula diuina consueuimus. Et ita quidem est, beneficia principalia ipsos principes interpretari solere, non temere alios quoscunque. Verum audeamus aliquid. Inspiciamus mentem animi principis, qui patri concessit, vt muto puberi filio substituere liceret. An voluit princeps eam substitutionẽ valere in infinitum? An &, si filius loquendi facultatem reciperet? quod non est verisimile, videtur enim princeps imitatus exemplum & ius substitutionis pupillaris, quæ finitur pubertate. Et ideo facta muto substitutio etiam finietur loquendi facultate recepta: sicut facta furioso finietur mentis sanitate recepta, quia iam potest qui mentis & linguæ suæ compos est, sibi testamentum facere: & iniquum est libero homini puberi & sano, auferri testamenti factionem, quod eueniret, si testamentum muto factum valeret, etiam postquam is mutus esse desiit: & in dubio ea interpretatio amplectenda est, quæ nihil captionis, nihil iniquitatis habet. Substitutio igitur facta muto, finitur vitio illo sublato, cum iam ipse sibi alium heredem instituere potest. Ex quo efficit, finiri quoque eam debere agnatione sui heredis, quia nihil interest, alium sibi postea heredem instituerit, id est, instituere potuerit, an iure habere cœperit suum heredem ex iustis nuptiis, quia non est verisimile, patrem aut principem de hoc casu cogitasse, vt filium, qui postea nasceretur, exheredaret.

Ad §. primum & secundum.

QVæ sequitur species, est plusquam facillima: Pater filio impuberi substituit Titium in secundum casum, si intra 10. annum decederet, & Mæuium, si intra 14. Is octo annorum decessit. Quæritur, vtrum solus Titius ei heres sit ex substitutione, an & Mæuius? Causa dubitandi hæc est, quia verum est, eum decessisse intra 10. & 14. annos, qui octo annorum decessit. Et respondet tamen, solum Titium heredem fore, vt in vtroque substituto Titio & Mæuio suum tempus separatim seruetur, nisi aliud senserit testator. Nihil est euidentius. Etiam satis aperta est tertia species, quæ sequitur in §. Lucius Titius, vxorem heredem instituit ex asse, & ei filios suos, quos habebat in potestate substituit in primum casum, quæ est substitutio vulgaris. filios igitur a primo gradu institutionis præteriit: quia neque eos eo gradu instituit, neque exheredauit: Itaque nullus est primus gradus, nulla institutio vxoris, & testamentum incipit a secundo gradu id est, a substitutione vulgari, quia eo gradu filij substituti inueniuntur, non præteriti. Et ideo ex eo gradu statim ipso iure heredes exsistunt & sine aditione, & sine bonorum possessione, *l.* 1. §. *qui sunt, si quis omis. caus. test.* Ex quo apparet præteritionem filiorum non infirmare totum testamentum, sed eum tantum gradum, a quo præteriti sunt. nam etsi a primo gradu filius sit præteritus, a secundo exheredatus, testamentum incipit a secundo gradu, perempto tantum primo gradu. Et hæc fuit sententia Sabinianorum, quæ obtinuit. Proculiani existimabant præteritione filij totum testamentum infirmari, *l.* 3. §. *vlt. de lib. & postum. l.* 75. *de hered. inst.* Quod etiam hic proponitur, & responsum est, inquit, a Sabinianus scilicet. Deinceps igitur, ne dicamus, testamentum valere: non valere in quo filius præteritus est, hoc plerumque falsum est: quia vno tantum casu est verum, si filius præteritus sit ab omnibus gradibus. Sed dicamus non valere eum gradum eamve partem testamenti, in qua filiusfamilias præteritus est, addita tantum hac exceptione, nisi primo gradu institutus sit, secundo præteritus. Tunc enim vterque gradus valet, quia a secundo exheredari non debuit, qui in primo institutus erat, *l. si postumus* §. *quod vulgo, de lib. & postum.* Contra, si primo gradu sit exheredatus, secundo præteritus, primus tantum gradus valet, non secundus, quia exheredari etiam debuit a secundo. Vnde ita concludit in hoc §. *Lucius*, nihil interesse, qua ratione secundi heredis institutio valeat, vtrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est. Vbi illis verbis, *secundi heredis institutio*, periphrasis est substitutionis.

Ad §. Iulius Longinus.

PArentes liberis impuberibus in potestate manentibus, etiam exheredatis testamentum, siue substitutionem pupillarem facere possunt, & exsistente casu substitutionis, puta liberis morientibus intra pubertatem, ad substitutum pertinent bona, quæ liberi post mortem parentum adquisiuerunt, vel quæ tunc habuerunt propria. Exheredatis, inquam, non quia heredes, sed quia liberi sunt, eis parentes substituunt, *l.* 1. §. *pen. l.* 10. §. *ad substitutos, hoc tit.* Et his quidem liberis exheredatis, quamuis quemlibet substituere possint, nominatim tamen plerumque substituunt eosdem, quos sibi heredes instituerunt, vt puta hoc generali sermone: *Quisquis mihi heres erit, eidem filio meo impuberi heres esto.* Ex qua substitutione, si plures sint heredes instituti, filij mortui intra pubertatem, heredes efficiuntur pro rata partium, ex quibus heredes instituti sunt: id est, quantam quisque habet partem in institutione, tantam habet in substitutione, *l.* 8. *in fine, l.* 10. *in princ. hoc tit.* Vnde quæritur hoc casu, si pars hereditaria vnius ex heredibus institutis, iisdemque filio impuberi substitutis diminuta sit, vt pote si in fraudem legum, Iuliæ scilicet & Papiæ ille heres tacitam fidem testatori dederit, aliquid ex sua parte se daturum incapaci, veluti cælibi, aut orbo iure veteri, idque iure suo, vt potest, ei fiscus eripuerit, atque adeo non ceperit integram partem suam, ex qua heres scriptus fuerat, quoniam ex ea fiscus carpsit portionem aliquam, de sua restituenda incapaci fidem dederat tacitam, quod palam non posset incapaci vtiliter relinqui fideicommissum. Quæritur, inquam, vtrum pro ea parte, quam cepit & retinet, an vero pro ea parte, pro qua heres scriptus fuit, veniat ad substitutionem pupillarem, ita vt augeatur, inquit, eius pars in substitutione, id est, vt plus ferat ex substitutione pupillari, quam ferat reipsa ex institutione? Et hoc loco verba Pauli ita videntur esse traiicienda. Vtrum pro ea parte, quam cepit veniat, an vero pro ea, pro qua scriptus fuit, ita vt augeatur, &c. Ex Paulo hæc postrema sententia placet magis, vt scilicet ad substitutionem veniat pro parte sibi adscripta in institutione in solidum, etiam si postea ea pars diminuta sit: hac ratione, quia qui ex parte heres scriptus est, adita semel hereditate ex ea heres manet, licet ei & ex ea parte res quasdam fiscus auferat ob causam taciti fideicommissi, id est, ob id quod tacitam fidem accommodauit, vt eas res incapaci restitueret. Imo & eadem ratione, etsi totam partem suam ei fiscus auferat, veluti trientem, si ex triente sit scriptus, & tacitam fidem accommodauerit restituendi trientem incapaci. nam & hoc casu pro triente heres manet, etiam triente toto ei erepto, qui semel adiuit ex triente, atque adeo pro triente ad substitutionem pupillarem admittitur, qui semel heres exstitit ipso iure vel aditione, publicatione hereditatis heres esse non desinit. Sed, & pro qua parte heres exstitit, pro eadem heres manet, sed heres sine re, quia publicata sunt bona, publicata res est, & in fiscum transiit. Eadem vero ratio est augmenti & diminutionis (vt & hoc obiter dicam) nam si eius heredis pars aucta sit iure adcrescendi, vel alluuionis iure, vt *l.* 44. §. *vlt. de bon. libert.* non pro parte, quam nunc habet, quæ longe maior est, sed pro qua heres scriptus fuit, pupillo heres efficietur ex substitutione pupillari, vt seruetur eadem ratio in augmento, quæ seruatur in diminutione, & decessione. Quod autem diximus eum, qui semel heres exstitit, publicatione hereditatis non desinere esse heredem, generaliter procedit & aliis plerisque casibus, vt qui semel heres exstitit ex substitutione vulgari, repudiante scilicet instituto, postea herede instituto, auxilio prætoris restituto in integrum obtinendæ hereditatis causa, quam inconsulto repudiauit, nihilominus heres manet, qui semel heres exstitit, sed heres sine re, quia heres primo

gradu inſtitutus ei rem auſert beneficio reſtitutionis in integrum, *l. 7. §. ſed quod Papin. de minor.* Prætor nec heredem facere poteſt, nec exheredem: non poteſt etiam alius quiſquam veluti coheres coheredem, quem ipſe heredem non fecit, facere exheredem, ſibi vindicato aſſe toto, *l. ei qui ſoluendo, ſup. tit. prox.* Lex ſola, ſiue ius ciuile exheredem facere poteſt, etiam eum, qui ſemel heres extitit, non prætor, non coheres, non fiſcus, ſed lex ſola. Quod infra demonſtrabimus quatuor exemplis. Item ſuus heres, qui parenti ipſo iure heres extitit, ſi auxilio prætoriæ iuriſdictionis, vt ſit, abſtinuerit ſe bonis, nihilominus heres manet, eadem ratione, quia pater exheredem facere non poteſt, ſed heres ſine re: heres nomine, non re. Quod tamen non eſt ſine effectu aliquo, quia & nudum nomen heredis conſeruat tabulas pupillares, & libertates, & cæteras teſtamenti vel inteſtati cauſas: qui abſtinuit ſe, heres eſt, ſine re igitur, quia res defertur ſequentis gradus cognato, *l. cum quaſi §. ſed etſi ſuus, de fideicomm. libertat. l. etſi ex modica §. pen. de bonis. libert.* Item, qui ſemel aditam hereditatem ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituit, forte non detracta Falcidia, quia maluit plenam fidem defuncto exhibere, quam vti beneficio legis Falcidiæ, vel quia a prætore coactus adiit, qua ex cauſa amittit Falcidiam: Denique qui reſtituit totum aſſem, totam hereditatem fideicommiſſario, nihilominus heres permanet, ſed & is heres eſt ſine re, res tranſit ad fideicommiſſarium, *§. reſtituta, Inſtit. de fideicomm. hereditat.* Et ita in ſpecie propoſita, qui ex triente heres ſcriptus adiit hereditatem, heres manet ex triente, licet incolumis & integer triens apud eum non remaneat, a fiſco erepta ei parte ex eo, quod cepit, vel erepto toto ob cauſam taciti fideicommiſſi. Quod ſi heres manet ex triente iure inſtitutionis, conſequens eſt, vt etiam iure ſubſtitutionis habeat trientem in pupilli bonis. Et ita concludit Paulus, addita etiam hac ratione, quia & ſatis punitus eſt in eo, quod in fraudem legum fecit, adempta aut reſciſſa parte eius. Quamobrem idem etiam dicendum videtur, ſi deſinat heres eſſe, vt deinde hic probat Paulus. In caſu propoſito non deſinit heres eſſe ex inſtitutione, & multo magis ex ſubſtitutione, & fert tantam partem quanta ex parte iure inſtitutionis heres fuit, & manet. Sed idem tamen eſt dicendum, ſi deſinat heres eſſe, veluti ſi poſt aditionem reſciſſo teſtamento pro parte ſua querela inofficioſi teſtamenti, quo genere, etſi deſinat heres eſſe ex inſtitutione lege Glicia, quæ querelam illam induxit, nihilominus poſtea ex ſubſtitutione pupillari heres eſſe poteſt, quæ eſt ſententia *leg. in ſubſtitutum, hoc tit.* Idemque eſt, vt hoc loco oſtendit, ſi deſinat eſſe heres maxima capitis deminutione. Finge: heres ſcriptus poſt aditionem, in ſeruitutem redactus eſt: hæc eſt maxima capitis deminutio: & omnis capitis deminutio manat ex iure ciuili, ac proinde quaſi iure ciuili heres eſſe deſiit, qui extiterat ſemel, quia vt libero homini ei delata eſt hereditas, non vt ſeruo, & quamdiu in ſeruitute erit, quia non eſt heres patris, qui ita eum ſubſtituit impuberi filio, *ſi ſibi heres eſſet, vel, quiſquis mihi heres erit, &c.* Ideo non poterit venire ad ſubſtitutionem: ſed ſi manumittatur antequam conditio ſubſtitutionis exiſtat, poſtea exiſtente conditione ſubſtitutionis ei permittitur, vt ait, ad ſubſtitutionem venire, quæ ei in teſtamento fuerat relicta, (ſubſtitutio relinqui dicitur, id eſt, hereditas pupillaris, vt inſtitutio dari, id eſt, hereditas, *l. 10. titul. ſequent.* & a Græcis *l. 36. de ſtatulib.* ἐδόθη ἡ [illegible] *adita eſt inſtitutio*) Ergo, qui trientem ex inſtitutione ex teſtamento paterno amiſit maxima capitis deminutione, non amittit eum tamen ex ſubſtitutione teſtamento pupillari, ſi moriente filio impubere donatus ſit libertate, licet, inquit, hereditatem ex inſtitutione amiſerit, tamen ex ſubſtitutione iſtam portionem quantam amiſit recepturum, non dicit quam amiſit. Hanc enim manumiſſione non recuperat, ſed quantam amiſit. Denique deſit etiam heres eſſe iure ciuili, qui ſemel heres extitit, tore poſt mortem & poſt adquiſitam ab herede hereditatem damnato perduellionis, *l. Iulia §. per contrarium, de heredit. quæ ab int. def.* vel etiam alio caſu, ſi iudicetur, qui adiuit heres non eſſe, quia res iudicata pro veritate habetur. Sed (quod notandum) his duobus poſterioribus caſibus, qui deſiit eſſe heres ex inſtitutione, non poteſt etiam venire ex ſubſtitutione pupillari, quia euanuit teſtatore damnato perduellionis, vel iudicato quo pronuntiatum eſt eum heredem non eſſe, deſtitutum teſtamentum eſſe, atque deſertum. Duobus autem prioribus caſibus, qui deſiit eſſe heres ex inſtitutione, poteſt venire ex ſubſtitutione pupillari, quia in duobus illis caſibus ſubſtitutio pupillaris non euanuit, puta herede redacto in ſeruitutem, vel teſtamento per querelam reſciſſo pro parte: dico reſciſſo per querelam pro parte, vt in *d. l. in ſubſtit. & l. Papinian. §. ſed nec impuberis, de inoffic. teſtam.* pro parte reſciſſo teſtamento paterno manet pupillare. Sed ſi totum teſtamentum principale reſcindatur per querelam inofficioſi teſtamenti, hoc etiam caſu non poteſt venire ad ſubſtitutionem pupillarem, quæ euanuit in totum reſciſſo teſtamento principali, *l. 2. hoc tit.* Dixi eum, cui pars tota hereditatis ablata eſt, ex cauſa taciti fideicommiſſi poſſe venire ex ſubſtitutione pupillari. Huic ſententiæ nihil obſtat lex *ſi totam*, quam Accurſius opponit, *inf. de adquir. heredit.* quia non loquitur de iure ſubſtitutionis, quod eſt perſonale, ſed de iure adcreſcendi, quod eſt reale: adcreſcit enim rei, non perſonæ, vt alluuio. Et ait *l. ſi totam*, *am* partem, vt Florentini habent priſco more ſcriptum, pro ſi totam eam partem, *am* pro *eam*, *em* pro *eum*, apud Feſtum, ſi totam eam partem, inquam, ex qua heres inſtitutus eſt, tacite rogatus ſit reſtituere incapaci, & ideo totam eam fiſcus abſtulerit. Euidentiſſimum eſt, inquit, ſi poſtea coheres eius repudiet ſuam partem, ei nihil debere adcreſcere, quia rem non videtur habere, id eſt, quia heres eſt ſine re, & rei adcreſcit, non perſonæ. Diuus Ambroſius 9. Epiſt. ad Clementium, heredes quoſdam eſſe ſine re, quoſdam cum re, quod & Vlpianus *lib. ſing. regul. de bon. poſſ.* eodem modo ſcribit, alios bonorum poſſeſſores eſſe cum re, alios ſine re. Heredi ſine re nihil adcreſcit iure adcreſcendi, attamen heredi ſine re obuenire poteſt commodum ex ſubſtitutione pupillari, quia id perſonæ obuenit, non rei adiungitur.

Ad leg. filiusfam. 39. de teſtam. milit.

Si filiusfamilias miles captus, apud hoſtes deceſſerit; dicemus, legem Corneliam, etiam ad eius teſtamentum pertinere: ſed quæramus, ſi pater eius in ciuitate deceſſerit, relicto nepote ex filio, an ſimiliter teſtamentum patris rumpatur? & dicendum eſt, non rumpi teſtamentum, quia ex eo tempore, quo captus eſt, videtur deceſſiſſe.

SVmmo iure qui captus eſt ab hoſtibus, & apud hoſtes vita deceſſit, heredem ex teſtamento, vel ab inteſtato habere non poteſt, quia ſeruus deceſſit: ſerui nulla eſt hereditas, nullus heres, *l. 3. §. vlt. de verbor. ſignif.* Non ſane ex teſtamento, quod fecit apud hoſtes, quia ipſo iure nullum eſt, nec vllo caſu conualeſcere poteſt, non etiam ex teſtamento quod fecit ante captiuitatem, quia captiuitate irritum factum eſt. At quum decedit apud hoſtes, teſtamentum illud, quod fecerat ante captiuitatem confirmatur & conualeſcit ex lege Cornelia, perinde atque ſi in ciuitate deceſſiſſet eo ipſo tempore, quo captus eſt ab hoſtibus. Fingit enim lex Cornelia eum, qui in captiuitate deceſſit momento ipſo captiuitatis deceſſiſſe, & nunquam in hoſtium poteſtatem perueniſſe, & quaſi coniungit tempus captiuitatis cum tempore ſiue momento mortis, *l. 18. de capt. & poſtlim. reu. l. iuſto, in fine, de vſurpat. & vſucap. l. Gallus §. videndum, de liber. & poſtum. l. 4. §. 1. de bon libert. l. lex Cornelia, de vulg.*

vulg. subst. Hæc fictio legis Corneliæ hereditatem facit, quæ nulla erat: heredem facit, qui nullus erat summo iure. Legis proprium est heredem facere, vel exheredem, *l. filiusfam. ad leg. Falcid. l. in bello §. si quis capiatur, de capt. & postl. reu.* Et hanc quidem legem Corneliam pertinere tam ad testamentum militum, quam ad testamenta paganorum certissimum est. An ergo pertinet etiam ad testamentum filiifamilias militis, qui post factum testamentum iure militari de castrensi peculio, captus apud hostes decessit? Et ad eius quoque testamentum, fictionem legis Corneliæ pertinere pro certo constituit Paulus initio huius legis, eoque posito & constituto: Sed quæramus, inquit, si pater eius prius in ciuitate decesserit relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris rumpatur. Quid hic facit illud, *similiter*, aut quid significat? Locus est difficilis. Interpretatio quoque Accursij subobscura, sed vera tamen, quam & Dynus & Angelus & Albericus sequuntur: cæteri hunc locum inexplicatum relinquunt. Vera, inquam, est interpretatio Glossæ, veræ glossæ omnes huius legis si modo in glossa vlt. (vt recte legi in manuscriptis) negatiue legas hoc modo: *& ita eo tempore quo filium suum in potestate non habebat.* Sic vero interpretatio Accursij nobis explicanda, & ad facilitatem redigenda. Ex eo quod Paulus proposuit initio huius legis, legem Corneliam etiam ad testamentum filiifamilias militis, qui in hostium potestate decessit, pertinere, ex eo intulit Paulus, quod tamen prætermissum est, postumum & agnatum, nempe filiofamil. post captiuitatem, post captiuitatem igitur filiifamilias postumum ei agnatum viuo auo, in cuius aui scilicet testamento præteritus est, testamentum aui agnascendo rumpere, quia videtur auo protinus suus heres agnasci, quandoquidem filius, id est, pater eius, non videtur eum præcessisse, aut præuenisse in successione aui, quia lege Cornelia fingitur viuo auo mortuus in ipso articulo captiuitatis, licet naturaliter, seu reuera auus prior decesserit, quam filius: sed fictio legis potior est veritate. Et hæc fictio legis Corneliæ retrotrahitur, sicut fictio postliminij in omnibus casibus. Inde quæsiuit Paulus, an & *similiter* postumus rumperet testamentum, quod pater eius fecit ante captiuitatem, more militiæ, militari iure, in quo præteritus etiam est a patre per errorem, videlicet si prius (vt ante posuimus) moriatur auus in ciuitate, quam pater apud hostes? Et negat Paulus ab eo similiter testamento aui, rumpi testamentum patris. Ratio hæc est, quia lege Cornelia pater eius fingitur, priusquam auus, vita decessisse, eo ipso momento, quo captus est: viuo auo igitur, quo tempore, quia postumus natus in aui, non in patris potestate futurus erat, ideo non videtur patri suo suus heres agnatus: ergo non rumpit eius testam. quia agnatione tantum sui heredis præteriti, testamentum rumpi constat, *l. ex facto, in princ. de vulg. subst.* Denique is postumus, qui præteritus est, & aui & patris testamento, aui quidem testamentum rumpit, sed non etiam patris, quia auo, non patri suus heres agnascitur, vel agnatus videtur. Et ex hoc loco elegantissimo explicandum est aliter, quam hic faciat glossa, id quod est in *l. filiusfam. h. t.* postumum nunquam posse duorum simul testaméta rumpere, & aui & patris. Et hoc loco pater eius, id est, pater filiif. militis, idemque auus postumi nepotis ex filio: & hoc ipso loco inf. patris rumpatur, patris id est, filiif. militis defuncti apud hostes, qui pater est postumi præteriti tam aui, quam patris testamento. Et nihil est præterea in hac lege.

Ad leg. si quis testam. 81. de leg. 2.

Si quis testamento facto, a filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissa reliquisset: non vt a legitimis heredibus, sed vt a scriptis, & testamentum aliquo casu irritum factum sit: filij ab intestato venientes fideicommissa ex testamento præstare compelli non possunt.

Species hæc est: pater a filiis testamento heredibus scriptis, fideicommissum reliquit Titio, non vt a legitimis heredibus, sed vt testamentariis, & testamento aliquo casu irrito facto filij patri ab intestato heredes extiterunt, an Titio fideicommissum debent? Et ait Paulus, quod est satis apertum, eos non obligari fideicommisso: neque ab intestato, quia non vt legitimi heredes rogati sunt: neque ex testamento quod irritum factum est. Quo vero casu, quave ratione ponemus testamentum ad irritum recidisse: an maxima aut media capitis deminutione testatoris, vt Accursius ponit, id est, seruitute aut peregrinitate testatoris, vel etiam minima capitis deminutione, veluti adrogatione? Non potest hic casus congruenter, hocve exemplum apponi, quia capite minuti, nec ab intestato legitimos heredes habere possunt. Seruus potestne habere legitimum heredem? peregrinus, qui desiit esse ciuis Romanus habetne legitimum heredem? filiusfamilias habetne legitimum heredem? Nemo prorsus istorum nisi forte pristinum statum receperint antequam morerentur. Pone igitur congruentius exemplum, patrem incidisse tabulas testamenti aut cancellasse, aut linum abrupisse, vt intestatus decederet, vt *l. 1. §. pen. si tab. testam. nul. exstab. l. vlt. de his quæ in test. del.* Et hac ratione irrito facto testam. fideicommissum in eo relictum a filiis ab intestato venientibus non debetur, in *l. ex ea scriptura, in princ. sup. qui test. fac. poss. l. quoniam §. cum filia, de vulg. substitu. l. 1. de iure codicill. l. fideicommissa §. 1. seq. tit. l. ex testam. C. de fideicomm.* Fideicommissum testamento relictum non debetur ab intestato, nisi liquido appareat aut probetur, hanc fuisse voluntatem testatoris, vt & ab intestato fideicommissum præstaretur, vt omnino præstaretur. Huius rei multa sunt exempla in iure, *l. cum pater §. filium matr. h. t. l. ea quam C. de fideic.* & aliis locis innumeris. Hanc vnam tantum exceptionem ad illam regulam adhibemus, ne excipias etiam casum, vt hic glossa facit, *l. postumus, de ini. rup. irr. fac. test.* quæ lex si ruptum, vel iniustum vel irritum factum sit testamentum, in quo heredes scripti sunt, qui etiam ab intestato omnimodo heredes futuri sunt, hos docet, missa causa intestati, si velint, accipere posse cum re bonorum possessionem secundum tabulas, & idcirco rata esse legata & fideicommissa testamento relicta: minirum, quia heredes ex testamento venient, non ab intestato. Nos dicimus, venientes ab intestato non obligari fideicommissis testamento relictis. Ne excipias etiam, dum tractas de iure, quod ante Iustin. Nouell. semper obtinuit, ne excipias inquam, casum Nouell. 115. quasi ex causa præteritionis vel exheredationis, sola heredis institutio infirmetur, fideicommissa & cætera omnia rata habeantur. Quod tamen non de quolibet vitio præteritionis constituit Iustinianus, sed de præteritione tantum, quæ pro exheredatione habetur, puta, quæ fit a matre, aut auo materno, & de testamento rescisso per querelam inofficiosi testamenti. Quo casu Iustinianus longissime recedit a iure, quod antea semper obtinuit, dum præter institutionem heredis, cætera facit rata: cum antea, nec si testamen o quod inofficiosum iudicatum est, cauisset testator, vt & ab intestato fideicommissum præstaretur. id deberi non placeret. testamento rescisso per querelam: quia credebatur quasi demens, qui liberos immerito exheredauerit, non habuisse testamenti factionem, aut codicillorum, id est, nec dandi quidem fideicommissi, vel ab intestato, vel ex testamento ius habuisse, *l. 36. tit. seq. l. Titia, l. qui repudiantis §. vlt. de inoffic. testam.* Ex Nouella illa inofficiosum testamentum non per omnia habetur pro vltimo iudicio dementiæ, quia remota institutione cætera valent.

Ad l. 45. de bonis libert.

Si patronus ex sexta, & seruus eius ex reliqua parte sit heres institutus: nec ex serui portione fideicommissum debetur. at si seruus duntaxat heres institutus est: puto nec hic ex debita portione præstandum.

FAcillimum eſt quod reſtat in *l. 45. ſi patronus, de bonis libert.* ex portione debita patrono, quæ olim fuit ſemis bonorum liberti, hodie eſt triens, certiſſimum eſt fideicommiſſum non deberi, quia pura integra & illibata ea portio ad patronum peruenire debet ſine onere & incommodo vllo, *l. prox. ſup.* quam expoſuimus lib. *6. l. 28. de leg. 2.* Quid vero ſi patronus teſtamento liberti heres ſit ex ſextante, & ſeruus eius ex reliqua parte, id eſt, ex triente, vel hodie ex alio ſextante, an ſaltem ſerui portio fideicommiſſo onerari poterit? minime: quia ſupplet portionem debitam patrono. Imo etſi ſolus ſeruus patroni ſit heres inſtitutus ex portione debita patrono, non poteſt fideicommiſſo onerari, quæ eſt ſententia huius legis. Vnde intelligitur nihil intereſſe portio debita relinquatur patrono ipſi, an ſeruo eius vel filio ſ. per quem ſit eam adquiſiturus, vt in *l. ſiue libertus §. 1. de iure patronat.*

Ad leg. 26. ſi ſeruo, de adim. legatis.

Si ſeruo cum libertate dato legato & alienato, adimatur libertas: quamuis alieno inutiliter adimatur: tamen legatum ad emptorem non peruenturum. & merito: Conſtitit enim ademptio, quia poſſit redimi. ſicut datio, cum in eum confertur, qui teſtamenti faciendi tempore fuit teſtatoris, deinde alienato codicillis libertas datur.

1. §. *Quid ergo, ſi eum, quem liberum eſſe quis iuſſerat, manumiſerat viuus, deinde codicillis libertatem ei ademerit? videamus, an perdiderit legatum vana ademptio libertatis. quod quidam putant. ſed ſuperuacua ſcriptura non nocet legato.*

DIfficilis & ſubtilis lex eſt: Regula eſt iuris ciuilis, ſeruo proprio inutiliter legatum dari ſine libertate, *l. 4. de leg. l. ex fideicommiſſo, C. de fideiuſſ. l. 20. hoc tit. l. plane §. ſi coniunctim, de leg. 1. l. 11. de leg. 2.* Cuius quidem regulæ ratio hæc eſt, quia ab eodem & eidem legatum deberi non poteſt. Atqui adita hereditate quo tempore dies eius legati cedit, quod ſeruo proprio relictum eſt ſine libertate, ſi cederet vtiliter, deberet id heres ſibi ipſi quaſi domino ſerui, cui datum eſt, atque ita concurreret in eiuſdem perſonam debitum, & creditum: ſcilicet emolumentum legati, & obligatio iuris: quod neque ius, neque natura patitur, *l. cum legato, quand. dies leg. ced.* Huic autem regulæ conſequens eſt, vt ſi ſeruo alieno legatum detur ſine libertate, quia & fruſtra ſeruo alieno daretur libertas l. *ſi ſeruus §. ſerui de leg. 1.* vt, inquam, eo ſeruo a teſtatore comparato, legatum euaneſcat: quia in eam cauſam peruenit, a qua incipere non poterat, id eſt, quia hodie ſeruo proprio relictum legatum inuenitur ſine libertate, *l. 3. in fine, de his quæ pro non ſcript. habent.* Item ſupradictæ regulæ conſequens eſt, vt ſi teſtamento ſeruo proprio dederit quis legatum cum libertate, vt oportet, codicillis ad teſtament. factis adempta libertate, euaneſcat legatum. Eadem ratione quia in eam cauſam res recidit, a qua incipere non poterat, de qua ratione, diximus ſatis in *l. 85. de reg. iur.* Et hæc ita, ſi vtilis ſit ademptio libertatis, vt in hac l. Paulus oſtendit. Nam ſi inutilis ſit ademptio, quia tunc libertatis datio conſiſtit, & legati quoque datio. His cognitis finge: Teſtator ſeruo proprio legatum dedit cum libertate: deinde Titio eundem ſeruum vendidit, poſt codicillis ei ademit libertatem: inutilis videtur eſſe ademptio, quia eadem videtur eſſe ratio ademptionis & dationis, *l. legata, in fine, hoc tit.* Seruo alieno libertas datur inutiliter, ergo ei adimitur inutiliter. Quod ſi inutilis ſit ademptio libertatis, videtur valere legatum, & deberi emptori, quia venditione ſerui non intelligitur eſſe ademptum aut reuocatum legatum, quod ei recte datum eſt, *l. 47. & l. 86. de condit. & demonſtrat.* Ex quibus locis merito ab omnibus interpretibus refellitur, quod Gloſſa ait hoc loco, venditione ſerui ſponte facta, non neceſſario reuocatum videri legatum ſeruo relictum. Ergo ſupradicta ratione tentari poteſt, inutilem eſſe ademptionem libertatis: & conſequenter conſiſtere legatum, quaſi ſeruo proprio relictum cum libertate, ac proinde ad emptorem peruenire, emptori deberi. Et tamen Paulus negat hoc loco, legatum deberi emptori hac ratione, quia non eſt omnino verum, quod initio propoſuit, ſeruo vendito inutiliter adimi libertatem. Nam inutilis quidem ademptio eſt in præſenti, quamdiu ſeruus alterius eſt, id eſt, in dominio emptoris, ſed in futuro vtilis eſſe poteſt, ſi quandoque is ſeruus a teſtatore ipſo redimatur. Quo caſu non conualeſcit libertas, quæ nominatim adempta eſt, & eatenus ademptio effectum habet. Ergo nec conualeſcit legatum quaſi ſeruo proprio relictum ſine libertate, quia recte adempta libertas, pro non data eſt. Et hoc caſu, quum ſcilicet teſtator redemit ſeruum ante mortem, vtilis ademptio eſt: ſicut & hoc caſu, vt ait, datio libertatis vtilis eſſe poteſt, quæ ſcilicet ſeruo vendito datur codicillis teſtamento confirmatis, qui tamen teſtamenti facti tempore proprius teſtatoris fuerit, quia redimi ab eo poteſt, priuſquam moriatur, & vt conſiſtat datio libertatis, ſatis eſt, ſi ſeruus proprius teſtatoris fuerit, aut hereditatis, quæ teſtatoris locum obtinet duobus temporibus, tempore facti teſtam. & tempore mortis teſtatoris, vel aditæ hereditatis, *l. ſeruus, l. verum, de man. teſt.* Paulus argumentatur a datione ad ademptionem, vt & in *l. ſeq. in princ.* Datio libertatis valet, quæ datur ſcilicet codicillis ſeruo vendito. Ergo & ademptio, quæ fit eidem. Et ſi ademptio valet in hac ſpecie, ergo legatum non valet, quaſi datum ſine libertate, vt *l. vlt. in fine hoc tit.* Nec igitur legatum, quod non valet, ad emptorem ſerui peruenire poteſt. Et ita concludit Paulus. Hoc vero loco Accurſius notat, non eſſe idem in hereditate, quod in legato ex *§. quod ſi alienatus, Inſtit. de heredibus inſtitut.* quod falſum eſſe contendo. Ac primum obſeruandum eſt, aliam eſſe ſpeciem eius *§. quod ſi alienatus,* & aliam ſpeciem huius legis, & in vtroque tamen demonſtrandum mihi eſt, nullam poſſe conſtitui differentiam inter hereditatem & legatum. Non in ſpecie huius legis. Nam & ſi teſtator ſeruum proprium heredem inſtitutum cum libertate vendiderit, deinde ademerit ei libertatem, eadem ratione, quia non eſt omnino inutilis ademptio, quia redimi ſeruus a teſtatore poteſt, & redemptione non conualeſcit libertas, quæ nominatim adempta eſt, atque ita ademptio effectum habet, ergo nec valet inſtitutio, & ad emptorem hereditas peruenire non poteſt. Eadem ratione in ſpecie *d. §. quod ſi alienatus,* nulla etiam eſt differentia inter hereditatem & legatum relictam, relictumve ſeruo proprio cum libertate: Nam quod in illo §. de hereditate traditur, idem obtinet in legato, puta ſi ſeruo proprio teſtator legatum dederit cum libertate: deinde eum vendiderit, nec nominatim ei ademerit libertatem, alia eſt ſpecies, quia poſt mortem teſtatoris legatum peruenit ad emptorem quaſi libertate reuocata per alienationem, vt *l. 47. de cond. & demonſt.* Quod ſi idem ſeruus redemptus ſit a teſtatore, cur ſicut hereditas ei data cum libertate conualeſcit, *l. quotiens §. pen. de hered. inſt.* non conualeſcet, etiam eodem caſu legatum & libertas? Alia autem eſt ſpecies, nec vllomodo commiſcenda cum ſuperiori, de qua agitur in *l. cum ſeruus, hoc tit.* quæ cum hac male confunditur a Gloſſa: nam ſpecies illius legis eſt de ſeruo alij legato, nos tractamus de legato relicto ſeruo cum libertate. Denique ſpecies legis *cum ſeruus,* hæc eſt: Seruum proprium alij legauit quis, deinde eum vendidit, legatum ſerui alij ademiſſe videtur, nec conualeſcit legatum ſeruo redempto a teſtatore, niſi ex noua voluntate, vt *l. ſeq. in princip.* Quod ſi eidem ſeruo, quem alij legauit, legatum dederit, ſane id ſequitur emptorem, ſi non redimatur a teſtatore; ſi redimatur, neque emptori debetur vel adquiritur per ſeruum, qui deſiit eius eſſe, neque ſeruo, quia ſine libertate relictum inuenitur. Verum redeamus ad priorem ſpeciem. Ea fuit de ſeruo proprio a teſtatore vendito, cui dederat legatum cum libertate, & de libertate ei poſt

ei post venditionem adempta. Quæro an, quod dixi de seruo vendito, idem procedat in seruo manumisso. Finge, seruo proprio in testamento legaui cum libertate. Deinde eum manumisi inter viuos, puta censu, aut vindicta, post codicillis ei ademi libertatem. An & hoc casu dicemus ademptionem valere sicut in priore? Et Paulus docet hoc casu, non idem esse admittendum, seruo manumisso scilicet, quod admissum est in priore parte huius *l. seruo vendito.* In hac enim posteriore parte huius l. ademptionem libertatis factam codicillis, post manumissionem factam inter viuos inutilem, futilem, vanam, & superuacuam esse. Frustra enim manumisso inter viuos, qui non ex testamento libertatem adeptus est, cui repræsentata est libertas viuo testatore: frustra, inquam, ei libertas viuo testatore codicillis adimitur: manumisso ex testamento recte adimitur vel eodem testamento, vel codicillis, *l. 10. §. 1. de manum. test. l. si seruus legatus, de fideicomm. libert.* At manumisso inter viuos adimi non potest. Quia igitur ademptio libertatis hoc casu est, futuraque est inutilis in omne æuum, non in præsenti tantum, sed & in futuro, quæ in priore parte legis siue priore casu fuit inutilis in præsenti, in futuro poterit esse vtilis. Hoc igitur posteriore casu, quia ademptio prorsus inutilis est, consequens est, legatum valere, & manumisso deberi post mortem testatoris. vt venditione (sicut ante dixi) ita manumissione non videtur ademptum legatum: & superuacua, inquit, ademptio, non nocet legato. Paulus 3. Sententiarum: *Superflua facta iuri obesse non possunt.* Augustinus 4. de ciuit. Dei cap. 27. *Solet, inquit, a Iurisperitis dici, superflua non nocere.* Et hac ratione sane dicitur falsam quoque causam legato non nocere, quia superuacuum est adiicere legato rationem & causam legandi. Item falsam demonstrationem adiectam legato omni ex parte satis demonstrato legato non nocere, quia superuacua est. Denique superuacua vel abundans scriptura non nocet. Non deerant qui dicerent, hoc posteriore casu, quasi quasi facta ademptione libertatis post manumissionem legatum non valere, eam ademptionem perdere legatum. Forte (quod vt attingit Accursius) hoc casu non omnino sit futura inutilis ademptio, quia fieri potest, vt seruus a testatore manumissus inter viuos recidat in eius potestatem antequam moriatur, & vindicet sibi libertatem ex testamento, cui rei obstaret ademptio: atque ita non esset ademptio illo casu sine effectu, vel vtilitate aliqua. Sed recte Accursius notat, ominosum & inciuile hoc esse, liberi hominis spectare, vel exspectare omnium longe teterrimum infortunium, seruitutem: hanc spectationem, obnuntiationem esse mali ominis, malæque sceuæ (vt verbo vtar iuris auguralis) neque igitur ad eam esse animum aduertendum: & priore casu nihil inesse mali ominis in serui redemptione, cuius ratio habetur. Idcirco nec male huius casus consideratio, siue cogitatio facit, vt non omnino sit inutilis ademptio libertatis in persona serui alieni, qui in potestatem nostram, in qua fuit, antequam a nobis alienaretur, redire potest. In persona autem liberi hominis cogitatio futuræ seruitutis abominanda est. nam & qui ex libero fit seruus, alius est, id est, nouus homo est, non idem qui fuit ante, *l. seq. in fi. l. qui res §. aream, de solut.* Seruus autem, qui mutat dominum, puta qui redimitur, idem est homo, non alius: ille mutat statum, & capite minuitur: hic non mutat statum, sed dominum tantum. Et eleganter idem Paulus in *l. inter stipulantem §. sacram, de verbor. obligat.* casum seruitutis aduersamque fortunam hominis liberi spectari, neque ciuile, neque naturale esse, & in *l. si in emptione, §. libertum, de cont. empt.* nefas esse hunc in libero homine teterrimum casum exspectare.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum X. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 44. de vulg. substit.

Ex pupillari testamento superius principale neque ex parte, neque in totum confirmari posse, Macianus scripsit.

Hac lege nulla est vtilior in hoc tit. quæ ab interpretibus minus intelligatur, quæ ait, *ex pupillari testamento, &c.* Des mihi speciem huius legis, vel eius sensum mihi exponas. Accursius ponit exemplum in querela inofficiosi testamenti, si per eam rescissum sit principale testamentum, id est, paternum: quod huic loco conuenire nullomodo potest: nam vel in totum rescissum est per querelam inoffic testamenti, vel pro parte. Si in totum: frustra quæritur an paternum testamentum confirmetur ex pupillari, quia nec pupillare valet, *l. Papin. §. sed nec impuberis, de inoffic. testam.* Sin autem pro parte rescissum sit, forte impuberis fratre pubere exheredato, agente querela inoffic. testamenti, pro parte contra fratrem impuberem heredem institutum, etsi hoc casu valeat pupillare, quia satis est si paternum valeat aliqua ex parte, *l. in substit. hoc tit. d. §. sed nec impuberis,* & quamuis verum sit, non ideo tamen quod valeat pupillare, valeat etiam pro parte qua rescissum est paternum testamentum. Hoc exemplum non potest accommodari ad verba huius legis quæ ponit testamentum paternum fuisse superius, pupillare inferius: id est, prius factum fuisse testamentum paternum, deinde posterius alio tempore factum fuisse pupillare: potest pupillare separatim fieri alio tempore, *l. si quis eum §. 1. hoc tit.* Hæc verba desiderant exemplum, in quo quæratur, an ex pupillari confirmetur paternum, eo quod paternum sit superius, pupillare inferius, non quod paternum sit querela inofficiosi testamenti vel quo alio iure rescissum, nec enim otiosum est, quod ait superius principale. Qua ratione non placet aliud exemplum quo Bartolus & Albericus vtuntur de bonorum possessione contra tabulas, si per eam paternum testamentum rescissum sit, puta, quod in eo alter filius præteritus esset, quia etsi eo casu rescisso testamento paterno per bonorum possessionem contra tabulas maneat pupillare, nec rescindatur, *l. ex duobus §. vlt. l. seq. hoc tit. inf.* in hac tamen lege de eo non quæritur generaliter, an quod pupillare valeat, etiam paternum valeat, de quo inepte quæreretur, an scilicet valeat, quod iam certo ponitur non valere, id est, fuisse rescissum in totum per bonorum possessionem contra tabulas. Quærendus ergo casus nobis est, in quo quæstio hæc vertatur, quæ pendeat ex eo, quod testamentum paternum sit superius, pupillare inferius. Qui superiores casus affingunt temere pene, circumscribunt verbum illud *superius*, quod est in hac lege, tum illius nullam rationem habent. Idemque facit Paulus Castrensis, quum ponit exemplum tale, testamentum paternum irritum factum est, non adita paterna hereditate ab extraneo herede instituto. post mortuo filio impubere, cui exheredato pater fecerat testamentum, substitutus vult adire hereditatem patris ex substitutione vulgari, quæ inest pupillari, *l. iam hoc iure, hoc tit.* atque ita vult confirmare testamentum paternum, quod destituit extraneus in eo heres scriptus, quæritur an pos-

sit, & ex hac lege respondet non posse. Ita vero posita specie, Castrensis nullam habet rationem eius, quod lex ait, superius fuisse testamentum paternum. Præterea lex speciem requirit, in qua valeat pupillare: atqui non adita hereditate patris, pupillare testamentum euanescit, *l. 2. §. quisquis, hoc tit. l. 10. §. si ex asse, eod.* Pupillaris expressa substitutio euanescit, ergo & tacita vulgaris. Vbi id quod expressum est non valet, id etiam non valet, quod expresso tacite inest, *l. 26. in 2. parte, de adim. leg. l. cum vnus §. 1. de bon. auct. iud. possid. l. 3. in fin. de seruit. præd. rust.* Præterea falsum est, quod ponit substitutioni pupillari factæ exheredato inesse tacitam vulgarem, quæ inesse tantum potest factæ heredi instituto, nam in exheredato inepta est substitutio vulgaris: *Si heres non eris, ille heres esto.* si expressa, & tacita quoque. At quum substitutio pupillaris facta est heredi instituto, tum fateor substitutioni pupillari expressæ inesse tacitam vulgarem, casum secundum perduci ad casum primum. Et hoc quidem casu filio impubere herede instituto, abstinente se bonis paternis, quia heres manet nomine tenus, ex testamento paterno, etsi abstinuerit se, qui ipso iure semel inuitus heres extitit patri, valet testamentum pupillare, quia nudum nomen heredis conseruat testamentum pupillare, nudum nomen heredis ex testamento, paterno videlicet, vt *l. filius, l. Iulianus de acquir. hered.* Ergo conseruat & tacitam vulgarem, & ex ea mortuo impubere intra pubertatem, quia abstinuerat se, substitutus venire potest, id est, quia in vulgari substitutione hæc verba, *si heres non erit,* quum ea facta est, aut facta intelligitur esse suo heredi, sic accipiuntur, *si heres non erit, id est, si se bonis non immiscuerit, si se abstinuerit, l. 7. §. sed quod Papinianus, de minor.* Ergo substitutus venire potest ex substitutione vulgari, nec tamen confirmat ipse testamentum paternum, quia id iam satis confirmarat exsistentia heredis sui, quæ ipso iure inducitur etiam inuito & ignorante suo herede. sed & hoc casu posito nulla habetur ratio eius quod ea lex ait *superius*, nempe fuisse testamentum paternum. Itaque & hic casus ad definitionem huius legis aptari non potest. Alij interpretes, Iason præcipue Alexander, Angelus, qui quidem interpretandis legibus solent esse multi, in interpretanda sententia & in ponenda specie huius legis sunt muti. Nullo modo scilicet attingunt sensum & speciem huius legis, sed vt solent cum quid non intelligunt, agunt se in omnia, scribentes hoc loco de priuilegiis ecclesiasticis. An priuilegium minori Ecclesiæ concessum, maiori concedatur in rescriptis Pontificiis: denique de iure canonico hoc loco scribunt, non de iure ciuili, vel de pactis & contractibus, non de testamentis, de quibus tamen lex est scripta. Denique de sententia huius legis quodve ad illam pertineat, res non erit adeo obscura. Sciendum est, si vnius eiusdemque hominis duo sunt testamenta, quæ is sibi fecerit, superius & inferius, superius rumpi & infirmari per inferius: nam vltimum iudicium potentius est, *l. 1. & 2. & 8. de ini. rup. & irr. fac. testam.* superius igitur rumpi & infirmari per inferius: vel etiam sæpe confirmari superius vel inferius, vt puta, si in inferiori testamento, quo superius ruptum est, testator cauerit, se superius testamentum valere velle iure fideicommissi & codicillorum: nam paganus non potest duo testamenta relinquere quæ sunt rata iure ciuili & iure directo. Non potest ergo in inferiori testamento directo confirmare superius sed potest id ita confirmare, vti valeat iure fideicommissi, iure codicillorum, *l. quærebatur, de test. milit. l. si quis priore, ad Trebell.* Et hoc modo inferius testamentum confirmat superius, vel in totum, id est, etiam heredis institutionem, si hoc expresserit testator, vel ex parte tantum, vt si legata & fideicommissa & libertates, quæ, vel quas videlicet dedit priore testamento tantum voluerit conuerti in causam codicillorum, vt *d. l. quærebatur.* Et hoc, si vnius eiusdem hominis sit superius & inferius testamentum. At si superius testamentum patris fuerit, pupilli inferius, testamento certe inferiore, quod alius est hominis, superius non rumpitur, *d. l. si quis eum §. 1. hoc tit.* quæ aperte ait, ratum manere prius testamentum quod pater sibi fecit, etsi intermisso interuallo alio tempore posterius testamentum fecerit filio impuberi. Denique vtrumque testamentum valere, suum, quod est superius: & pupilli, quod est inferius. Ex pupillari igitur non infirmari paternum superius testamentum. Quod si ex pupillari testamento inferiori non infirmatur superius testamentum paternum, consequens est, vt id etiam ex pupillari non confirmetur, quia nec id quod non infirmatur, confirmatione indiget. At finge, patrem inferiori testamento pupilli cauisse, vt superius suum testamentum valeret iure fideicommissi in totum vel pro parte, quod ita finges probabiliter ducta coniectura ex eo, quod Paulus huius sententiæ hoc loco auctorem Mæcianum facit, qui de fideicommissis tantum scripsit extra causas criminales, de quibus etiam scripsit. Quod ergo ex Mæciano hic tradit, qui vel de criminibus scripsit, vel de fideicommissis, cum ad crimina aptari non possit, aptari debet ad fideicommissa. Dico autem hoc casu patrem, qui id cauit, superius suum testamentum valere iure fideicommissi nihil omnino egisse, quia mero iure satis consistebat, nec indigebat confirmatione: nec confirmari ex pupillari potest, quia nec infirmari. Confirmandi & infirmandi eadem est ratio. Denique non potest verti superius testamentum patris in causam fideicommissi, etiamsi id cauerit in pupillari: alio testamento opus est, vt prioris, quod sibi fecit causa mutetur. non potest mutari prioris causa, quod iure directo valet, nuda voluntate, vt si illud caueat in testamento pupillari quod dixit, debet mutari alio testamento solenni. Denique nullo modo paternum testamentum vires accipit a pupillari, sed pupillare a paterno, quia & pupillare testamentum paterno testam. infirmari potest. Fac patrem prius testamentum fecisse sibi & filio impuberi: deinde sibi tantum posteriori loco, hoc posteriore testam. rumpitur testam. quod prius pater sibi fecit, atque etiam id quod prius fecit filio. & ita est proditum nominatim in *d. l. si quis cum §. 1. hoc tit.* quia rupto testamento paterno rumpitur pupillare, quod est sequela testamenti paterni: paternum autem principale testamentum est, *§. liberis, Inst. de pupill. subst.* Et recte hoc loco principale dixit, vt pupillare innuat esse sequelam: proprie enim principali opponitur sequela. Denique testamento paterno posteriore infirmatur superius pupillare, atque etiam id, quod fecit sibi superius, quia non potuit superius facere pupillo, quin & sibi faceret. Si posterius paternum testamentum infirmat pupillare superius: ergo & confirmare id potest, puta verbis fideicommissi, atque ita sicut codicilli posteriores, qui etiam sunt sequela testamenti, non possunt confirmare testamentum, quia nec infirmare opus est alio testamento solemni, sed ipsi codicilli testamento confirmantur, vel infirmantur: denique non confirmant, sed confirmantur, *l. quod per manus, de iure codic.* quæ id ait esse traditum per manus, id est, per traditionem, per manus, in Epist. D. Petri. Ita vero testamentum pupillare posterius non potest confirmare principale superius testamentum, quia nec etiam potest infirmare seu rumpere, sed ex paterno testamento ipsum potius pupillare testamentum confirmatur vel infirmatur.

Ad leg. debitor 82. de leg. 2.

Debitor decem legauit creditori, quæ ei post annum sub pignore debebat, non (vt quidam putant) medij temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt. Nec tollitur petitio, si interim annus superuenerit: nam sufficit, quod vtiliter dies cessit. quod si viuo testatore annus superueniat: dicendum erit inutile effici legatum: quamquam constiterit ab initio. Sic & in dote prælegata responsum est, totam eam ex testamento peti posse. Alioquin, secundum

secundum illam sententiam, si interusurium tantum est in legato; quid dicemus, si fundus legatus sit ex die debitus? nam nec pecunia peti potest, quæ non est legata: nec pars fundi facile inueniretur, quæ possit pro commodo peti.

1. §. *Si Primo & Secundo & Tertio heredibus institutis, sic legata dentur:* Si mihi Primus heres non erit, Secundus Titio decem dato: si secundus mihi heres non erit, Primus Seio fundum Tusculanum dato: *vtrisque omittentibus hereditatem, Primo, & Secundo: quærebatur, substituti, quos eis dederat, an & cui legata præstare debent. ab vtroque substituto legata debentur.*

2. §. *Seruo alieno posse rem domini legari Valens scribit. Item id, quod domino eius pure debetur. Cum enim seruo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ve sit cum eo testamenti factio. Ceterum ex persona serui constitit legatum. Et ideo rectissime Iulianus definit, id demum seruo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. Calumniosa est enim illa adnotatio, posse legari seruo, & quandiu seruiat. Nam & hoc legatum ex persona serui vires accipit. Alioquin & illud adnotaremus, esse quosdam seruos, qui licet libertatem consequi non possint, attamen legatum & hereditatem possunt adquirere domino. Ex illo igitur præcepto, quod dicimus, serui inspici personam in testamentis, dictum est, seruo hereditario legari posse. Ita non mirum, si res domini, & quod ei debetur, seruo eius pure legari possit: quamvis domino eius non possent hæc vtiliter legari.*

Certum est, debitorem, id quod debet creditori suo frustra legare & inutiliter, quia nihil est in legato: id est, quia nullum est emolumentum legati, *l. Meuius §. 1. sup. hoc tit. l. si creditor, & l. legaui §. vlt. de lib. leg.* legatum est donatio: at nullius emolumenti nulla est donatio. non nego, quin in legato pecuniæ debitæ, quod debitori relinquit, possit inesse emolumentum aliquod: & eius rei multa exempla suppeditat *l. si creditori cum l. seq. sup. tit. prox.* Ac tum si sit aliquod emolumentum legati, valere legatum, si plus sit in legato, quam in debito, vtile esse legatum: vt si debitor, quod debet sub conditione, vel ex die, præsenti die legauerit, valet legatum propter commodum repræsentationis, commodum & compendium medij temporis, quod ex ea pecunia interim creditor facere potest, quod vno verbo *interusurium* dicitur hoc loco, & multis aliis locis iuris nostri, quod scilicet consequitur creditor iure legati, qui ante diem vel conditionem id iure crediti habiturus non erat, *l. 7. §. vlt. tit. sequ. l. idem est, de liber. leg.* quæ pars est *d. §. vlt. l. 7. l. 2. in princip. de dote præleg.* Quamobrem si legato pecuniæ debitæ insit commodum repræsentationis, a creditore eodemque legatario fideicommissum relinqui potest pro modo interusurij, non pro quantitate pecuniæ debitæ, & lege Falcidia interueniente, ex eo quoque interusurio quarta detrahi potest, non ex pecunia debita, *l. 1. §. si quis creditori, ad l. Falcid.* Fac (quæ est species proposita hoc loco) debitorem pure decem legasse creditori, quæ ei debebat post annum sub pignore, vel sine pignore, (nihil refert quantum ad rem propositam attinet) & mox debitorem, eundemque testatorem vita decessisse. legatum valet propter commodum repræsentationis, quod creditori affert pecunia data pro mutuo, pecunia data in antecessum, *en aduence*, vt Seneca loquitur, & non tantum illud commodum, illave vtilitas medij temporis ex testamento debetur, sed tota decem actione ex testamento peti possunt, quæ tota specie legati repræsentata sunt, sicut & fit dote sua vxori a marito testamento prælegata pure, quę alioqui nō fuisset reddita vxori nisi annua, bima, trima die, id est, anno, biennio, triennio, tribus pensionibus, quod legatum valet eadem ratione, qua & legatum pecuniæ debitæ ex die, vel sub conditione, quod pure debitor creditori relinquit, quia vt huic, ita & illi legato dotis inest commodum repræsentationis, & placet totam dotem ex testamento peti posse, vt ait hoc loco, & ita est responsum. Quamobrem male Accursius ait *l. 2. in princip. de dote præleg.* mulierem tantum esse legatariam in commodo repræsentationis & in remissione impensarum necessariarum, vel vtilium a marito factarum in dotem: quia imo & in dote tota legataria est: totam enim dotem quæ prælegata est, mulier petere potest actione ex testamento. Ergo & creditor potest petere totam pecuniam debitam actione ex testamento, si ei prælegata sit, quod & Papinianus ipse probat: qui dedit ex testamento petitionem totius pecuniæ debitæ, *l. 5. inf. ad leg. Falcid.* improbata illorum sententia, qui existimabant, medij tantum temporis commodum siue interusurium peti posse, non tota decem, & improbata hac ratione, quia si tota pecunia debita, quæ legata est, non potest peti actione ex testamento, sed interusurium duntaxat, si legatum consistit tantum in commodo interusurij, fundo debito ex die & legato pure, inutile erit legatum, quod tamen nemo dixerit, quia nullum hic interusurium esse potest, nullumve commodum fructuum, si paulo post dies, in quem fundus debetur, superuenerit. Nam pars fundi non potest accipi pro interusurio: interusurium enim separata res est a principali, quæ est in obligatione: id est aliud est res, aliud id quod interest, vel vsura, vel fructus. Pars igitur fundi non potest accipi pro interusurio, vel alio commodo simili, quod fundo debito extrinsecus accedat. Melius igitur est dicere, totum fundum esse in legato, alioqui inutile esset legatum nullo existente commodo medij temporis. Quod si fundus totus est in legato, ergo & tota pecunia. Ita argumentatur Paulus addita hac ratione, quia nec interusurium, id est, quod medio tempore creditor ex pecunia lucrari potest, peti potest, cum non sit legatum nominatim, sed decem tantum. *Nam nec*, inquit, *pecunia peti potest, quæ non est in legato*, pecuniam accipiens pro interusurio, siue pro eo quod interest, vt *l. stipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.* illo loco, pecuniam dari oportere, id est, id quod interest, *l. si quis ab alio §. vlt. de re iudic.* Ad hæc quæritur, an supradictum legatum, de quo hic agitur, inutile efficiatur in specie proposita, an legatum pecuniæ debitę, eiusque petitio collata ex testamento tollatur, si post mortem testatoris, antequam peteretur, annus superuenerit, in quem pecunia debebatur? Et respondet, non effici inutile, quia dies eius legati cessit vtiliter a morte testatoris, quo tempore nondum annus superuenerat. Et hoc quoque Papin. probauit. Verum, an idem dicemus si post factum testamentum viuo testatore annus superuenerit? Et hoc casu dissentiunt inter se Paulus & Papinianus, vt est relatum in §. *ex contrario, Instit. de legat.* Paulus hoc loco scribit, *inutile effici legatum, si annus superuenerit viuo testatore*, quia postea moriente testatore dies legati vtiliter cedere non potest, quia tēpore mortis testatoris pecunia pure debebatur: legatum igitur nullius lucri est, ac proinde inutile. Constitit quidem legatum ab initio testamēti tempore, cum nondum exiisset annus, sed quia in eam causam recidit viuo testatore, a qua incipere non poterat, etiam nihil ex eo legato amplius creditor consequi potest, quam ex obligatione crediti esset consequuturus. ideo inutile videtur. Hæc est sententia Pauli. Contra Papinian. in *d. l. 5. in princip.* scribit etiamsi dies debiti venerit viuo testatore, eodemque debitore, valere legatum, quod semel ab initio testamenti constitit, nec hoc casu regulam illam esse seruandam, quæ dictat, *inutilia fieri ea, quæ semel vtiliter constituta sunt, si ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt*, quam & aliis plerisque locis vitiari & perdere suum officium docuimus *lib. 6. ad leg. 85. §. 1. de regu. iur.* Hoc etiam casu, eam censet Papinianus non esse sequendam, quia erubescit facere irritum vltimum iudicium defuncti, quod semel ab initio constitit. Et Papiniani etiam sententia obtinuit, vt est proditum in *d. §. ex contrario*, ne quod semel testator recte decreuit, ex casu temere fiat irritum. Itaque pecunia debita hoc etiam casu peti poterit quasi legatum actione ex testamento, sed non subiicitur Falcidiæ, quia reuera nihil commodi continet pecuniæ debitæ legatum, cum dies pecuniæ venit viuo testatore, *l. si creditori, infi. sup. tit. prox.* Eademque ratione, quia nihil

BBb iiij

commodi in eo legato est, non poterit a creditore, eodemque legatario, si nihil præterea ei legatum sit, fideicommissum relinqui, *l.* 3. §. *si rem, tit. seq.* ergo hoc casu valet tantum legatum pecuniæ debitæ, vt ea pecunia peti possit, non male actione ex testamento: non etiam valet, vt Falcidiam patiatur, aut vt fideicommisso oneretur. Et hic est finis huius quæstionis. Quod sequitur in §. 1. est facillimum.

Ad §. primum.

QVidam Primum, Secundum, Tertiũ heredes instituit. Primo in primum casum substituit vulgari modo, *si heres non esset, si repudiaret, vel omitteret hereditatem.* Primo substituit Quartum, & in eundem casum, *si Primus heres non esse, a Secundo, Titio legauit decem.* Secundo autem æque substituit Quintum vulgari modo in primum casum, & in eumdem casum, a Primo, Seio legauit fundum Tusculanum, & nihil præterea cauit testator, nihil de Tertio, id est, Tertio non substituit, nihil etiam cauit in hunc casum: *si & Primus & Secundus heredes non essent, si neuter heres esset.* At fac exstitisse casum substitutionis in persona vtriusque, Primum omisisse, vel repudiasse hereditatem. Omittit hereditatem, qui eam non adit intra constitutum tempus: repudiat, qui palam edicit se heredem esse nolle. fac igitur Primum omisisse vel repudiasse hereditatem, & Secundum similiter. Quæritur, an substituti eorum legata a Primo & Secundo relicta præstare debeant, & cui debeant præstare? Et respondet ab vtroque substituto legata deberi, puta substitutum Secundo debere Titio decem, substitutum primo debere Seio fundum Tusculanum, legata relicta ab institutis videri repetita a substitutis, vt *l. licet Imperator, sup. tit. prox. l. si Titio* §. 1. *hoc tit. l.* 4. *C. ad Trebell.* In hac specie causa dubitandi ex eo pendebat, quod testator non expresserat palam, cui & a quo legatum præstari vellet, si neuter heres esset, & quodammodo alterutrum tantum legatum videbatur voluisse præstari, vel a Secundo omittente Primo, vel a Primo omittente Secundo: sed quia vtriusque legati conditio extitit vtroque repudiante, vel omittente, verius est ab vtroque substituto legatum deberi. Et ita concludit Paulus.

Ad §. seruo alieno vlt.

QVod mihi legari non potest, seruo meo recte legari potest, exempli gratia. Res mea mihi legatur inutiliter, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest. At seruo meo res mea legatur vtiliter, quia fieri potest vt die legati cedente liber sit, & perueniat ad legatum, id est, ad rem meam, vel ad æstimationem eius herede compulso, vel rem meam redimere eique præstare, vel iustam æstimationem. Item debitor, quod mihi debet pure, id mihi inutiliter legat pure vel sub conditione, quia nihil est in legato. At seruo meo id inutiliter non legatur, quia fieri potest, vt die legati cedente, id est, mortuo debitore liber sit, qui sane tum, si liber sit, tantum ei heres debitoris debebit iure legati, quantum creditori iure crediti, & vtrique tantumdem ab herede debitoris soluendum erit. At que ita fit, vt quod mihi legatur inutiliter, seruo meo non legetur inutiliter. Verum huic sententiæ obstare videtur, quod vulgo dicitur: *Ex persona domini, seruum habere ius capiendi ex alieno testamento.* Nam si ex eo testamento dominus capere potest, potest & seruus eius. Et si ex eo testamento dominus capere non potest, nec seruus quoque eius: testamenti factio cum seruis ex persona dominorum introducta est, *l. non minus, de heredib. instit.* quia omni iure seruus pro nullo habetur: Iure ciuili, prætorio, ordinario & extraordinario, *l.* 1. *sup. de iur. delib. l. nulla, ad leg. Cornel. de fals.* serui persona nulla esse intelligitur. homo est naturale nomen, hoc seruus habet: persona est ciuile nomen, hoc per se seruus non habet, sed vt Theoph. ait *Inst. initio tit. de stipul. seru.* seruus ex persona domini personatur. Ergo persona domini personat seruum, & qualis est persona domini, talis & serui esse dicitur: si dominus est incapax, & seruus quoque. Quæ regula iuris ciuilis dicitur in *l.* 12. §. *regula, sup. tit. prox.* Alioqui per seruum suum quisque acquireret hereditatem, cuius incapax est, sed quod per se non potest, nec per alium, id est, seruum suum acquirere potest. Nihil vero hæc regula superiori sententiæ obstat, neque sententiæ propositæ initio huius §. Imo ea confirmatur altera regula iuris ciuilis, quæ dictat, *ex persona serui legatum ei relictum vires accipere, & in testamentis serui personam inspici, cui legatum, aut fideicommissum, aut hereditas relinquitur.* Dico hanc esse regulam iuris, nam & præceptum dicitur hoc loco, quod eam fecerint præceptores iuris: præceptores enim iuris vocantur iurisconsulti, *l. paterfamil. de priuil. cred.* hoc loco dicitur esse definitio Iuliani, id est, regula: videtur ergo quodammodo regula vna iuris confligere cum altera. Et tamen vtramque coniungit Papinianus in *l.* 5. *de seruit. leg.* & si vtramque nos coniungamus, statim intelligemus eas nihil inter se discrepare, & ex vtraque efficiemus, in testamentis tam domini, quam serui personam inspici, sed diuerso fine, diuersa ratione: domini personam inspici, vt sit cum eo testamenti factio, id est, vt dominus sit capax, alioqui seruus eius non erit capax: serui autem persona inspicitur, vt quod seruo legatur sit eiusmodi, vt & id ipse quandoque liber factus capere possit, alioqui quod liber factus capere non potest, id ei legatur inutiliter. Hæc duo exigimus, vt legatum seruo alieno relictum consistat. hoc vel illud, si de fuerit, inutile est legatum seruo alieno relictum. Et illud in primis exigimus generaliter, vt cum domino sit testamenti factio, vt dominus ex testamento capiendi ius habeat: deinde specialiter, vt quæ res seruo legatur, eam ipse liber factus capere possit, & sibi acquirere, non etiam, vt & eandem rem dominus acquirere possit. Separo testamenti factionem a re, quæ legatur: testamenti factio est cum seruo, ex persona domini. legatum certæ rei aut quantitatis seruo relictum, ex persona serui valet, vt & contractus, quem seruus habuit, licet ex persona domini consistere non possit, *l.* 1. *C. si seruus ext. se emi mand.* quia satis est, si seruus, qui nunc est, dum contrahit, vel dum ei legatur, quandoque liber factus, idem contrahere aut iure legati capere possit. Et hoc est quod ait Paul. hoc loco recte Iulian. definiuisse, id demum seruo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere potest. quæ Iuliani regula non pugnat cum regula Catoniana, quæ dictat, *legatum quod ab initio non valet, ex post facto non conualescere.* seruo enim alieno relictum legatum ab initio valet, etiamsi non possit domino eius acquiri. quia dies legati vtiliter cedere potest, nempe seruo manumisso ante mortem testatoris. Sic fit, vt seruo recte legetur res domini, quæ domino legaretur inutiliter, & seruo recte legetur, quod domino debetur pure, quod domino legaretur inutiliter. Et ait Paulus initio huius §. quod domino eius pure debetur. Nam quod domino sub conditione debetur, id etiam ipsi domino pure legaretur vtiliter, propter commodum repræsentationis. Et ob id ait, *quod domino eius pure debetur, quamvis id non potuit legari domino*, seruo tamen eius legari potest. Vnde & in fine huius §. traiecta voce *pure*, suoque loco restituta ita legendum: *non mirum si res domini, & quod ei pure debetur, seruo eius legari possit.* quamvis domino eius non possent hæc vtiliter legari. Eademque ratione seruo hereditario, qui seruus est sine domino, nam seruus hereditarius semper in iure dicitur, seruus defuncti, interim dum pendet aditio hereditatis, dum iacet hereditas, qui seruus sane est sine domino, *l.* 55. §. 4. *hoc tit. l. eius seruum, de heredib. instit.* Seruo, inquam, hereditario legari potest, etiamsi nullum in viuis dominum habeat, ex cuius persona legatum consistere possit, quia & in legatis, & in institutionibus serui solius persona inspicitur, non domini. Ergo quod dominum non habeat nihil mutat. Idque apparet etiam ex eo, quod vice versa, licet via domino ad fundum eius legari possit, frustra tamen ea legatur seruo eius,

l.5.de ser. leg. quia & libero frustra legaretur via ad fundum alienum. Certissima ergo est Iuliani definitio. Eam tamen Marcellus calumniatur, qui sæpe in notis ad Iulianum errauit nimio notandi studio. Marcelli enim notam, cuius vestigium exstat in *l. seruo alieno, sup. tit. prox.* Paulus hoc loco intelligit, dum ait, *Calumniosa illa adnotatio est,* scilicet Marcelli, quæ est eiusmodi, siue argumentatio contra regulam Iuliani: *si seruo alieno id tantum legari potest, quod ipse liber factus capere possit, vt Iulianus definiuit, non poterit igitur seruo ita legari: Quandiu seruus erit Titij: quia nunquam est futurum, vt & eo libero facto dies legati cedat.* Quod tamen est falsum. nam & seruo eo modo recte legatur, *quamdiu seruiet Titio, l. seruo alieno, l. filiusfam. de cond. & demonst.* Quod si illud falsum est, falsa igitur est regula Iuliani. Sic Marcellus argumentatur, & similiter B ita poterit quis argumentari, si seruo alieno id tantum legatur recte, quod liber factus capere posset. Non poterit ergo ei legari, qui nunquam ad libertatem peruenire potest, vt puta ei, qui testam. domini hanc conditionem accepit, ne vnquam manumitteretur, sed perpetuam seruiret seruitutem, vel ei qui ea conditione veniit vt perpetuam seruitutem seruiret, *l. 9. de manum.* Falsum autem est ei inutiliter legari, si cum domino eius potest capere quod in primis exigitur, si sit testam. factio. Ergo hæc Iuliani regula falsa est, id tantum seruo alieno posse legari, quod liber factus capere possit, quia hic liber fieri nunquam potest: & tamen relictum ei legatum valet. Verum ex his vitiose colligitur, ex persona serui legatum non valere. Nam & priore casu, quem attulit Marcellus, liber factus legatum C capere posset, nisi legato apposita fuisset conditio, *quandiu seruiet Titio.* Articulus *quandiu*, conditionem facit, *l. 4. de seru. leg.* Posteriore casu, si ad libertatem peruenire posset, si non cohæreret personæ eius causa perpetuæ seruitutis, certe perueniret ad legatum. Hæc ergo argumenta nihil lædunt Iuliani definitionem. Est enim in eis captio duplex, captio figuræ dictionis, vel vt Ioan. loquitur ex schola dialect, *in leg. 1. de reg. Cat.* est captio secundum quid & qualiter, quoniam a substantia legati fit transitus ad qualitatem legati vel legatarij: ab vno prædicamento fit transitus & ocultus saltus ad alterum, hoc modo: *non potest seruo legari quod liber factus capere non possit.* Ergo non potest seruo legari, addita qualitate & conditione huiusmodi, *quamdiu seruiet, vel seruo cui adhæreat hæc conditio, ne vnquam liber fiat.* Vitiosa ergo collectio est a substantia ad D qualitatem. Altera captio est a simpliciter dicto ad non simpliciter dictũ. Nam quod in propositione sumitur simpliciter, seruo alieno eam tantum rem recte legari, quam liber factus capere potest, id in assumptione adiuncta conditione non simpliciter assumitur. Quæ mutatio fallaciam summam creat, sicut e contrario, quum a non simpliciter dicto quid ducimus ad dictum simpliciter. Denique calumniosa illa argumenta sunt. Recte calumniosa: Nam Arist. σοφίσματα appellare solet, συκοφαντήματα, id est, calumnias.

Ad leg. Sempronius 26. de vsu & vsufr. leg.

Sempronius Attalus ab herede suo fundum in Italia Caio E *post decennium, deducto vsufructu dari iussit: quæro, cum medio hoc decennij spatio heres vita functus sit, an post tempus decennij plenus fundus ad legatarium pertineat. Mouet enim me quod dies legati huius siue fideicommissi cesserit, ac per hoc & ad heredem legatarij pertinere potuerit: & ideo quasi circa debitum iam legatum, mortuo herede, vsusfructus exstinctus sit, nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi: Dies quidem fideicommissi vel legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare rogatur, siue iubetur, sed vsusfructus nondum est heredis: nisi cum dominium deducto vsufructu præstitit: & ideo capitis deminutione, vel morte perire non potest, quod nondum habuit. Idem euenit si proprietas, deducto vsufructu sub conditione legata sit, & pendente conditione, heres decesserit: tunc enim ab heredis herede incipit vsusfructus, qui ex persona eius finietur. sed his casibus de sententia testatoris quærendum est, qui vtique de eo vsufructu detrahendo sensit, qui coniunctus esset heredis personæ. quo exstincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere cœpit vsumfructum, quam si iam habere cœpisset.*

1. §. *Si fundus duobus, alij vsusfructus legatus sit: non trientes in vsufructu, sed semisses constituuntur. Idemque est ex contrario, si duo sint fructuarij, & alij proprietas legata est. Et inter eos tantum adcrescendi ius est.*

IN hac lege duæ sunt quæstiones. Prior pertinet ad hanc speciem: testator ab herede post decennium fundum deducto & detracto vsufructu, Caio dari iussit verbis directis, aut verbis fideicommissi, id est, verbis precariis, nihil B refert. *Iubeo*, quo verbo vtitur Paul. hic, commune verbum est, quod modo imperandi significationem habet, *l. 2. C. commun. de legat.* atque adeo directum est, id est, imperatiuum: nam quicunque imperat, verbis directis vtitur: modo precandi tantum significationem habet, *l. pen. §. quisquis, de legat. 2. l. Aurelius §. vlt. de lib. leg.* sicut Græcis quoque κελεύω Eustathius scribit modo accipi θετικῶς, modo συγκριτικῶς. Quæritur autem hoc loco intra decennium herede mortuo, an post decennium plena fundi proprietas, non detracto vsufructu, Caio debeatur ab herede heredis, qui etiam intelligitur esse heres testatoris, *l. vlt. C. de hered. instit.* nec minus obligatur legatis a primo herede relictis, quam ipse heres primus, *l. 64. de condit. & demonstrat.* An ergo heres heredis debet præstare C Caio plenam proprietatem fundi, id est, plenum fundum, quasi morte primi heredis exstincto vsufructu & reuerso ad proprietatem, sicut amicum & familiare semper est vsufructui, vt quoquo modo finitus sit, recurrat ad proprietatem: Græci aiunt: φιλεῖ γὰρ ἀεὶ χρῆσις αὐτῆς ἔχειν πρὸς τὸν δεσπότην. *Solet enim semper vsumfructus ad proprietatem regredi.* quæ res proprio nomine consolidatio, dicitur, Theoph. σώρευσις, quia quæ nuda erat proprietas, vel vt idem Theophi. loqui solet quæ nuda erat proprietaria, id est, proprietas eo pacto fit plena & solida, vt infra Paulus ait, *solidam proprietatem.* Et inde consolidationis nomen solidæ opponitur. Sola, id est, nuda, *l. qui vsumfructum §. 1. de vsufr.* Denique recurrente vsufructu ad proprietatem, dominium fit plenum, fundus plenus, qui ante erat D solus, id est, nudus: nam in iure, fundi nomine plena proprietas significatur, *§. vlt. huius l. 19. hoc tit. l. si tibi de vsuf. adcresc. l. 26. 76. §. dominus, de legat. 2. l. eum qui §. si a te, de verb. obligat.* An ergo mortuo primo herede vsusfructus recurrit ad proprietatem, atque ideo an pertinet ad Caium, cui legata nuda proprietas est, non ad heredem heredis? Et tentari potest vsumfructum ad legatarium pertinere, id est, plenam proprietatem. Quia legatum ei relictum fuit in diem certum, puta post decennium. Ergo dies eius cessit statim ex mortis testatoris tempore, vt puri legati. puri legati & in diem certum relicti dies statim cedit a morte testatoris, *l. 5. quand. dies, leg. ced.* etiam ante aditam hereditatem, *l. heredis, hoc tit.* & antequam legatarius cognouerit, sibi relictum legatum esse, *l. vlt. C. eod.* E *tit.* Cessionis autem duo sunt effectus, vnus vt deberi incipiat legatum, licet ante diem peti non possit. Non omne quod debetur, peti statim potest, *l. 9. vt legat. nom. cau l. quoties, de oper. lib. l. 8. §. vlt. rem rat. hab.* Alter hic est, vt ante diem mortuo legatario ad heredem eius transmittatur legatum: qui duo effectus cessionis notantur in hac lege. Et ab hoc posteriori effectu Theophilus noster *cessionem* definiuit, esse legati nondum percepti ad heredem transmissionem. Quod vero illa ratione tentari posse dixi in specie proposita, plenum fundum ad legatarium pertinere, id primum Paulus improbat, quia etsi verum sit eius legati vel fideicommissi diem cessisse statim ex mortis testatoris tempore, tamen verum non est, morte heredis primi amissum vsumfructum fuisse, qui nunquam fuit heredis: neque videtur quisquam amittere id, quod nunquam eius fuit, *l. non videtur, de reg. iur.* non fuit autem vsusfructus

fundi heredis, quia ante diem adscriptum legato, heres fundi plenus dominus fuit, non vsufructuarius: dominus in re sua vsumfructum non habet, quia vsusfructus est seruitus, & nemini res sua seruit, *l. 5. si vsusfr. pet.* Ergo morte heredis primi non fuit amissus vsusfructus, quia necdum adquisitus aut constitutus erat in persona eius, ideoque nec ad legatarium recurrit, qui nullus est vsusfructus, sed post decennium competente petitione legati incipit vsusfructus, & deducitur ab herede heredis, nuda autem proprietas legatario præstatur. Et addit Paulus, idem esse dicendum, si non in diem certum, vt in superiori specie, sed sub conditione fundus Caio legatus sit deducto vsufructu. Et sane idem dicendum est multo magis. Nam huius legati conditionalis dies non cedit statim a morte testatoris, sed tum demum, quum conditio exstiterit. Ergo & multo magis dicendum est, mortuo herede pendente conditione legati, & postea exsistente conditione vsumfructum incipere ab herede heredis, & in eius persona finiri morte vel capitis deminutione, non in persona primi heredis, qui nunquam vsumfructum habuit. Et hæc quidem vera sunt, si subtilitatem nimiam iuris spectas, non si latitudinem voluntatis testatoris, secundum quam defendi potest, verius esse, quod & initio tentauimus, vt & tandem ipse Paulus concludit, plenum scilicet fundum post decennium, vel post conditionem impletam legatario deberi. Quod confirmat Paulus his verbis, *sed illis casibus*, id est, siue in diem certum, siue in conditionem legatum aut fideicommissum fundi relictum sit deducto vsufructu, de sententia testatoris quærendum esse. Id est subtilitates illas iuris, quas ante exposuimus, acumina illa, vel apices iuris, & syllogismos esse omittendos & potiorem esse sententiam testatoris. Et vt ait *l. ex facto, de hered. instit.* totum facere voluntatem testatoris, nam quid senserit spectandum est. Et in specie proposita mens animi testatoris hæc semper fuisse præsumitur, vt Africanus declarat in *d. l. qui vsumfruct. §. 1.* vt deductus vsusfructus consisteret tantum in persona heredis primi, non in persona secundi, qui testatori incertus erat & incognitus, *l. sciendum, de verb. signif.* Et ideo eo vsufructu exstincto, id est, eius habendi spe erepta primo heredi mortuo, intra decennium eius deductione secundus heres post decennium vti non potest, quia deductionem testator voluit permittere primo heredi tantum, non secundo, de quo nihil cogitauit. Ergo ex voluntate testatoris sequitur plenum fundum post decennium legatario esse præstandum, non ex iure, id est, iuris subtilitate, sed ex voluntate testatoris. Atque ita fit, vt quemadmodum is, qui vsumfructum habet in fundo alieno, eum non transmittit ad heredem suum, quia personæ eius cohæret, & cum eo exstinguitur, vel interit: ita etiam is, qui nondum vsumfructum habere cœpit, sed eius tantum habendi & deducendi spem habuit & facultatem post decennium si interim moriatur, eam spem vel facultatem non transmittat ad heredem suum. Et hæc de priore quæstione.

Ad §. Si fundus duobus.

Sequitur alia quæstio: supra iam diximus, fundi appellatione plenam proprietatem, plenum dominium significari: ex eo sequitur, fundo coniunctim duobus legato, & tertio vsufructu fundi legato, etiam duobus illis coniunctis vsusfructus portionem deberi, hoc est certissimum. Sed quæritur quæ portio vsusfructus eis debeatur, quam immisceant proprietati, & quemadmodum inter eos & tertium vsusfructus diuidi debeat, vtrum in capita, in partes viriles, id est, in trientes, an in semisses? Et ait, verius esse, vt semisses in vsufructu constituantur, puta vt tertius semissem ferat, cui legatus vsusfructus est: duo autem, quibus fundus coniunctim legatus est, alterum semissem ferant, quia propter coniunctionem verborum quasi in vnum corpus redacti videantur, pro vno habentur qui sunt duo, *l. plane, in princ. de leg. 1. l. vn. §. his ita, C. de cad. toll.* quæ coniunctio etiam efficit, vt inter eos tantum sit ius adcrescendi. Eademque ratio seruatur ex contrario, si coniunctim duobus legatus sit vsusfructus & separatim tertio vsusfructus: nam & hi duo coniuncti semissem vsusfructus ferent, alterum semissem tertius. Præterea inter eos duos, qui re & verbis coniuncti sunt, versabitur ius adcrescendi, quia coniuncti vnius personæ potestate funguntur, Et idem omnino dicit Africanus in *l. si proprietas, de vsuf. adcresc.* quam miror Accursium non annotare in specie legis *si tibi, eod. tit.* recte ait Accursius fieri trientes, & inter omnes versari ius adcrescendi, quia tribus coniunctim legatus vsusfructus erat. In specie autem hoc loco proposita fieri semisses, & inter eos tantum, qui in vnum semissem coniunguntur, versari ius adcrescendi, Id est, vno ex iis deficiente, adcrescere tantum alteri portionem deficientis, qui re & verbis coniunctus est, non etiam tertio, qui re tantum coniunctus est. Coniunctum re & verbis præferri coniuncto re tantum, *l. re coniuncti, de legat. 3.* Cæterum deficiente vtroque coniuncto, puta vtroque repudiante legatum, tum semissem adcrescere coniuncto re tantum.

Ad leg. 7. De opt. leg.

Imo etsi quosdam seruos distraxit, quosdam retinuit, non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede, cum disposuerit familiam heres.

Hæc lex pendet ex eo, quod de seruorum optione, siue electione legata Pomponius tradit in *l. prox. sup.* Electio seruorum vel legatur adiecto certo numero seruorum, puta, vt eligat quatuor aut quinque, quos volet legatarius, aut non adiecto vllo certo numero. Item legatur, vel adiecto certo tempore, intra quod legatarius eligat, vel non adiecto. si non sit adiectus certus numerus, legatarius tres tantum eligere potest, *l. 1. sup. hoc tit.* Huius definitionis ratio proficiscitur ex frugalitate veterum, qui contenti erant tribus seruis, qui paucitate, non multitudine seruorum delectabantur, vt in *l. si legatario §. 2. de fideic. libert.* Proponitur testator tres tantum seruos habuisse. Marcus Cato superior tribus seruis comitatus Consul. Hispaniam rexit, auctore Valer. Max. & Apuleio in Apologia pro se ipso. Iul. Cæsar in Britanniæ expeditione duxit tres tantum seruos auctore Athenæo in cap. vlt. lib. 6. Platoni quoque tres seruos tantum fuisse auctor est Seneca lib. de consolat. ad Albinum. Et inde sumenda est ratio eius, quod dicitur in *l. 1. hoc tit.* ex rescripto diui Pij, eum, cui seruorum electio legata est non adiecto numero, tres tantum eligere posse: legatum ergo non est inutile. Et tamen si nummi legentur, nullo adiecto numero, inutile legatum est, *l. ita stipulatus, de verb. oblig.* quia ad minimum redigi potest, & nulla concurrit hic frugalitatis ratio, quæ numerum finiat. Si autem adiectum non sit tempus certum, intra quod seruos legatarius eligeret, Pomponius in *l. prox. sup.* docet, prætorem tempus certum decernere debere causa cognita, intra quod legatarius eligat, & nisi intra præfinitum tempus elegerit, legati petitionem ei denegatum iri. Et hoc ita decernit prætor, ne quo minus ab herede fiat venditio, pignoratio, vel manumissio seruorum impediatur, neve facta post tempus illud quandocunque eligente legatario interpelletur & rescindatur infinita licentia eligendi quandocunque breuitate temporis, aut certo temporis spatio a prætore constringitur & coercetu. Denique decretũ prætoris facit, ne legatarius in infinitum eligere, & quem elegerit vindicare possit: ne mora fiat heredi cupienti seruis hereditariis vti, & eos vel vendere, vel donare libertate, vel pignori dare. Et ita si testamento non sit adiectum certum tempus, intra quod heres scriptus adeat hereditatem, id prætor decernere & definire solet, ne mora longior fiat creditoribus hereditariis, *l. si quis instituatur §. 1. & seq. de hered. inst.* Item si tibi electio serui, mihi reliqui serui legati sint, decernere prætor solet, nisi tu

tu intra certum tempus optaueris,legati actionem tibi non dari, *l. seq. hoc tit.* Inde quæritur, quid sit dicendum, si elapso die præfinito & præstituto decreto prætoris ad eligendum, adhuc res sit integra, id est, si nullos seruos heres vendiderit, vel pignorauerit, vel manumiserit, an adhuc liberum & integrum sit legatario eligere? Et ita Pomponio videtur in *l. prox. sup.* quia hoc casu decreti prætoris ratio cessat, quæ in eo consistit, ne damnum subeat heres: puta, ne emptori teneatur de euictione, electo seruo vendito & vindicato, ne emptori teneatur actione ex empto, ne creditori actione pignoratitia, ne legatario actione ex testamento electo seruo manumisso. Quod damnum sane nullum subiturus est, si res omnis sit in integro, si nihil contaminauerit, vel deintegrauerit heres. Contaminata Cicero opponit integris, & ait, decreti non sermonem tantum, sed & sententiæ causam, rationem & finem inspici oportere. At si res non sit integra, vt puta si heres post præfinitum tempus a prætore omnes seruos hereditarios, vel aliquos ex iis distraxerit, pignorauerit, vel manumiserit, legatario prorsum excluso, tuenda, non interpellanda venditio est, vel pignoratio vel datio libertatis, nec casu aliquo seruis postea reuersis in dominium ac potestatem heredis, actio legatorum semel amissa restituenda est, *l. qui res §. aream, de solut.* Notandum hoc loco, quod hic Pomponius ait, rem non esse integram, non tantum si omnes, sed etsi aliquos ex seruis heres manumiserit, aut vendiderit, aut pignorauerit. Quod ita apertius Paulus definit in *h. l. 7.* vt nec ex seruis, quos retinuit heres post diem decreto præfinitum legatarius eligere possit, quia iam heres disposuit familiam suam: familia proprie dicitur de seruis, de famulitio, alios alienando, pignorando, alios retinendo, quasi exstincta electione legatario data. Ergo res non est integra.

Ad leg. 11. de alim. vel cibar. leg.

Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est: respondi, eum & præcedentium annorum recte cepisse alimenta, & sequentium deberi ei.

Ex hac lege intelligitur damnatum in metallum, qui aliorum legatorum incapax est, quia seruus est pœnæ, non fisci, aut vllius certi hominis, sed pœnæ & cruciatus, & ideo dominum non habet, ex cuius persona cum eo testamenti factio sit, legatum tamen alimentorum vestiarij, calcearij, habitationis capere posse, quod *l. 3. de his quæ pro non scrip. hab.* ostendit illo loco, *extra causam alimentorum,* quod scilicet legatur damnato in metallum pro non scripto esse extra causam legatorum. Et ideo, vt in hac lege proponitur, sic enim explicanda est, non secundum summarium Bart. damnato in metallum alimentis legatis, dum metalli pœna fungitur, recte percipit alimenta. Quod significatur his verbis, *præcedentium annorum*, quibus scilicet metallo seruiuit, *recte cepisse alimenta:* sed etsi restituatur indulgentia principis, vt præcedentium annorum quibus pœna functus est, alimenta cepit recte, ita sequentium annorum restitutione in integrum alimenta ei iure deberi. Hoc enim humanitatis & misericordiæ ratio extorsit, ne & summa pœna affecti, priuentur quotidianis alimentis. Quæ etiam ratio efficit, vt seruis nostris, quibus alias legamus inutiliter sine libertate, recte tamen alimenta relinquamus etiam sine libertate, vtque ea heres extra ordinem, quia seruus homo iudicio ordinario experiri non potest, vt, inquam, ea heres extra ordinem interuentu prætoris aut proconsulis seruis præstare compellatur, *l. seruos, inf. hoc tit.* Simmach. in epist. ad Theodosium, *Seruis*, inquit, *testamentorum commoda iusta non negamus.* commoda, id est, alimenta. Eademque ratio efficit multo magis, vt deportatis, etsi cum eis non sit testamenti factio, quia sunt peregrini, non ciues, & liberi tamen sunt, etsi, inquam, cum eis non sit testamenti factio, *l. 1. C. de hered. instit. l. 7. & 36. C. de hæretic.* iis tamen æque alimenta legentur recte, *l. 16. de interd. & releg.* quæ vna est ex iis, quas illi titulo, qui mutilus erat, ex Basilicis restituimus. Deportatis ergo recte legantur alimenta ex rescripto Antonini. Cui tamen obstare videtur lex 3. *hoc tit.* quæ ait, *ei, qui in ciuitate esse desijt,* cuiusmodi est deportatus, alimenta legata non deberi, alimentorumque legatum non finiri tantum morte legatarij, sed & deportatione in insulam. Sed hoc ita procedit, si cum ciuis esset, legatum acceperit, quia legato tacita conditio inest, quamdiu in eadem causa manserit, argumento *l. cum quis, de solut.* Cui tamen sententiæ rursus obloqui videtur *l. pen. sup. de cap. min.* quum ait, legatum in annos aut menses singulos relictum, & habitationis legatum capitis deminutione interueniente perseuerare, morte finiri naturali, morte ciuili, id est, capitis deminutione non finiri: sæpe in annos aut menses singulos legatum relinquitur certæ quantitatis alimentorum causa, *l. quidam, de pact. dotal.* Et habitatio pars alimentorum est, *l. 6. & vlt. hoc tit.* Sed vt respondeam, quod dicitur in *d. l. pen.* pertinet tantum ad minimam capitis deminutionem, veluti emancipationem vel adrogationem: vt & duæ superiores leges ad eam tantum minimam capitis deminutionem spectare & pertinere videntur. Idque ratio *l. pen.* demonstrat. Non pertinet ergo & lex *pen.* ad eam capitis deminutionem, de qua tractamus, puta ad maximam, veluti damnationem in metallum, quæ plectit ciuitate & libertate: non pertinet etiam ad mediam, veluti deportationem, quæ plectit ciuitate tantum, & damnatum redigit ad peregrinitatem; non pertinet, inquam, ad maximam vel mediam capitis deminutionem, nisi aliud suadeat sententia testatoris. Ratio autem eius legis, cur capitis deminutione minima interueniente perseueret legatum habitationis, vel legatum annuum aut menstruum, hæc est, quia talia legata magis in facto, quam in iure consistunt, id est, in eis versatur factum, vt corporalis detentio, vel incubatio domus comparatæ ad habitandum, vel alimentorum perceptio & absumptio potius, quam ius. Et quæ facti sunt iure ciuili infirmari non possunt, vt emancipatione, arrogatione, *l. 1. §. si vir, de adquir. poss.* neque vero, quod de habitatione dicitur in *d. l. pen.* aptari vllo modo potest ad capitis deminutionem maximam vel mediam, quia qui hanc vel illam passi sunt, non possunt in ea ciuitate morari, vnde eiecti sunt, vbi domus est, cuius habitatio eis legata est. At fateor iam passo maximam aut mediam capitis deminutionem, necdum pœna absoluto, recte alimenta legari ex supradicto rescripto Antonini *d. l. 16.* Humanitatis ratio exigit, ne & damnatis capitali pœna quotidiana alimenta inuideamus.

Ad leg. 25. de lib. leg.

Legaui Titio quod mihi debetur, vel adiecta certa quantitate siue specie, vel non adiecta. aut ex contrario, æque cum distinctione, veluti: Titio, quod ei debeo, *vel ita:* Titio centum, quæ ei debeo. *quæro, an per omnia requirendum putes, an debitum sit? & plenius rogo, quæ ad hæc spectant, attingas. quotidiana enim sunt. Respondi: si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit: nihil interest, heredem suum iussit, vt eum liberaret: an prohibeat eum exigere. vtroque enim modo liberandus est debitor, & vtroque casu competit vltro ad liberandum debitori actio. Quod si etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit: si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est. quod si nihil debeat: poterit dici, quasi falsa demonstratione adiecta, etiam peti, quod comprehensum est, posse. sed poterit hoc dici: si ita legauit:* centum aureos, quos mihi debet: vel, Stichum, quem debet heres meus damnas esto non petere. *Quod si sic dixit:* heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare: *etiam illud tentari poterit, vt petere possit, quasi falsa demonstratione adiecta, quod mihi nequaquam placet: cum dandi verbum*

ad debitum referre se testator existimauerit. Contra autem, si debitor creditori leget, nullam vtilitatem video, si sine quantitate leget. Sed & si id demonstret, quod debere se confitetur: nulla vtilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quod si centum aureos, quos se debere dixit, legauit: si quidem debet, inutile est legatum. quod si non fuit debitor, placuit vtile esse legatum: certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa. Idque & diuus Pius rescripsit, certa pecunia dotis accepta nomine legata.

IN hac l. proponitur species huiusmodi. Creditor debitori legauit, quod sibi ab eo debetur: vel adiecta certa quantitate seu specie, quæ debetur hoc modo: *Titio centum aureos, quos mihi debet: vel Titio Stichum, aut fundum, quem mihi debet:* vel non adiecta quantitate siue specie certa simpliciter, hoc modo: *Titio, quod mihi debet, do, lego:* Vel contra, finge debitorem, quod debet creditori legasse, vel adiecta quantitate siue specie certa, vel non adiecta. Quæritur, an legatum valeat, etiamsi nihil testatori debeatur, nihilve testator debeat, & an omnino requiratur, vt debitum sit, vt debiti causa subsit? Et consultor rogat Paulum, vt plenius, quæ ad hæc spectant, attingat & exsequatur, quod quotidiana, inquit, sunt. Vnde nostri DD. notant iis maxime quæstionibus esse operam impendendam, quæ quotidianæ sunt. qua de causa Caius libros rerum quotidianarum scripsit VII. siue aureorum, vt & alibi semper, & scribit hoc loco. Aurea sunt quæ cottidiana sunt, cum ipse Paulus, tum etiam alij auctores cotidianum per c. & o. non per q. quia cotidie non a quoto die dicitur, sed a continenti die, vt Papinianus ait. Et quia consultor plenius ait rogo te vt quæ ad hæc spectarent, attingas. Hinc aliqua ex parte dignosci potest, quid distent quæstiones a responsis, libri quæstionum a libris responsorum eiusdem auctoris, cum in libris quæstionum responsa contineantur. Et sane responsa sunt ad quæstiones propositas oracula quædam admodum breuia & concisa: quæstiones desiderant pleniora responsa, vt hoc loco ait, *plenius attingas*, quæ omni ex parte rem, de qua agitur, pertractent: vel etiam quæstiones sunt deliberationes agitatæ diligentius in consiliis & auditoriis iudicum adhibitis IC. in *l. Titius, & l. seq. de act. emp.* in *l. lecta, de reb. cred. l. Claudius, qui pot. in pign. hab.* Ad quæstionem propositam Paulus rescribit primum de creditore, qui quod sibi debetur, legauit debitori, qui certe debitum ei remittere voluit. Et nihil refert, heredem suum iusserit debitorem liberare, an prohibuerit debitorem exigere, quoniam vtroque casu debitori vltro competit actio ex testamento, vt ab herede liberetur per acceptilationem. vltro, id est, etiam si non conueniatur ab herede: Nam conuento certe exemplo actionis, datur exceptio doli mali, quia contra voluntatem testatoris conuenitur, *l. apud §. præterea, de doli mal. & met. except. l. 1. §. si debitori, vt in possess. legat. l. 3. §. nunc de effectu, h. t. l. si creditoris, C. de fid.* Nihil etiam interest, adiecta necne fuerit legato, quæ debetur quantitas vel species certa. Et hoc, si legatarius debitor fuisse probetur. Quod si legatarius debitor non sit, adiecta certa quantitate poterit dici, inquit, quasi falsa demonstratione adiecta etiam petere legatarium posse illam quantitatem certam, quia falsa demonstratio vt superflua, non vitiat legatum. Poterit hoc dici, vt ait hoc loco, & infra, poterit tentari, sed falso. Primum enim si ita testator dixerit 100. aureos, quos mihi Titius debet, vel Stichum, quem mihi Titius debet, *heres meus damnas esto non petere*, vere dici non poterit Titio deberi centum vel Stichum, quia non centum vel Stichum heres dare, sed non petere damnatus est. Itaque hoc loco deest negatio, id est, ita legendum est: *sed non poterit hoc dici, si ita legauit 100. aureos, &c.* Nam etsi heredem damnauerit, non vt ne peteret a Titio, sed vt Titio daret centum, vel Stichum, si heredem damnauerit Titio dare centum aureos, quos sibi Titius debet, vel Stichum quem debet, & nihil Titius debeat, verius est nihil deberi Titio, quia testator verbum dandi retulisse videtur ad debitum, & dare, accepisse pro condonare & remittere, *l. vlt. hoc tit.* Heres meus damnas esto Titio dare centum aureos, quos mihi debet, id est, condonare, remittere, acceptos facere. Inutile igitur legatum est, quoquomodo quis quasi creditor non debitori id, quod sibi deberet, legauit, *l. 14. sup. hoc tit.* Hæc de creditore aut quasi creditore, qui debitori, aut vt debitori legauit quod sibi debetur. Nunc dicamus de debitore aut velut debitore, qui creditori legauit, quod debet, & vt siue expresserit certam debiti quantitatem, certumve corpus, siue non expresserit, statim præcidit Paulus, inutile esse legatum, quod iam ante dixerat in *l. debitor, de leg. 2.* inutile esse legatum, nisi, inquit, in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. In his enim speciebus vtile legatum est, quia in legato amplius est, quam in debito. Species vero hæ sunt, si debitor creditori leget pure quod debet in diem, vel sub conditione, quia legato inest emolumentum repræsentationis, *l. 15. hoc tit.* si debitor creditori pure leget id, cuius præstationem loci vel modi adiectio remorabatur, *l. 29. de legat. 1.* aut differebat, qua specie legati, ea dilatio remitti videtur, & festinatione, aut prorogatione ampliari debitum. Item si debitor, qui agente creditore se tueri potest exceptione perpetua, id, quod debet creditori legauerit, quia remisisse eam exceptionem videtur, *l. 14. hoc tit. l. 28. de leg. 1.* si quod prætorio, non ciuili iure debet, legauerit, quia ciuili actione, qualis est actio ex testamento ampliatur quod prætoria tantum actione peti poterat, *d. l. 28.* Et vtique pinguior est ciuilis, quam prætoria actio, nimirum quia ciuilis perpetua est, prætoria plerumque annua, quia prætoris imperium erat annuum. Item si creditoris intersit ex testamento potius debitum petere, quod id consequi non possit ex pristina obligatione, antequam de suo aliquid erogauerit, quæ erogatio remittitur debito prælegato vt in specie *l. 12. sup. hoc tit.* Postremo si debitor, quod debet ex stipulatu legauerit creditori per vindicationem, quia actione in rem debitum ampliatur, ex quo tantum competebat actio in personam: & melius est, quod debetur, vindicare posse, quam petere tantum a debitore posse, *d. l. 28.* Hæ sunt species, in quibus emolumentum debiti ampliatur per legatum, & idcirco vtile est legatum. Eis speciebus detractis, quoties debitor creditori suo legat, inutile est legatum. debitor (*inquam*) verus: nam si non debitor, quasi debitor legauerit simpliciter quod debet, inane quidem est legatum: Sed si non debitor quasi debitor legauerit certam summam vel speciem quasi debitam, *vt lego Titio centum, quæ ei debeo:* vel *Stichum, quem ei debeo*, certe vtile est legatum, etiam si falsum sit eam summam vel speciem L. Titio deberi. Et hoc casu locus est regulæ iuris vulgo iactatæ, *falsam demonstrationem non perimere legatum.* Vnde & si vir vxori ita legauit, *centum quæ mihi doti dedit*, vtile est legatum, licet eam quantitatem vxor doti non dederit. Et ita Diuus Pius rescripsit, vt Paul. refert in extremo huius legis: & in eadem specie idem rescripsisse Seuerum & Antoninum relatum est in *§. sed si vxori, Inst. de legat.* Altera quæstio est in *leg. seq.*

Ad l. 30. Petitor, de lib. legat.

Petitor vel possessor damnauit heredem suum, ne centumvirale iudicium exerceat. De effectu legati quæritur. & dictum, ita demum vtile videri legatum esse, si malam causam aduersarius testatoris habuit, vt litigante herede vinci debuerit: tunc enim non tantum litis emolumentum, sed etiam sumptus heres legatario præstare cogitur: nam in bona causa nihil videtur esse in legato nec propter sumptus: quod quidam existimauerunt.

Qui

QVi egerat centumvirali iudicio, id est, petitione hereditatis: vel possessor, cum quo actum erat eodem iudicio, damnauit heredem suum, ne illud exerceret, sed ab eo desisteret. Exercere iudicium, est commune actoris & rei. Vterque id exercet, dum id persequitur, quod iam inchoauit, quæ & exercitio litis, siue exercitatio dicitur, *l. 1. de off. eius cui mand. est iurisd.* Quæritur, *an valeat tale legatum, ne heres actoris, vel ne heres rei, testamentum scilicet faciente actore vel reo institutum iudicium centumvirale exerceret de hereditate?* Et distinguit Paulus: aut malam causam aduersarius testatoris habuit, vt litigante herede vinci debuerit, aut bonam vt litigante herede vincere debuerit. Priore casu vtile est legatum, eoque continetur, vt quasi victus heres ei cedat lite, siue re, qua de agitur, & præterea refundat ei omnes sumptus litis, vt more iudiciorum receptum est, vt victus victori reddat omnes sumptus litis, aut si eos perperam victo remittat, iudex ipse qui non nisi ex iustissima causa, & nominatim quidem debet victo sumptus remittere. *Nou. 82. l. 1. §. 1. de vacat. muner. l. properandum C. de iudic. l. eum quem tenere, de iudic. l. qui solidum §. etiam de leg. 2. l. 3. C. Theodos. de fruct. & sumpt.* Cassiod. 9. variarum, aut rex Gothorum apud Cassiod. eo in libro, *litium expensas*, inquit, *iudicio superatus exsoluat, quo huic dantur fomenta detestabilis iurgij cum improbi vincantur illæsi.* In Gallia primum vincebatur quisquis illæsus, nec victori reddebat impensas, & inde forte quod poëta obiicit, Gallia facta est nutricula litium, nutricula Causidicorum. Quod ostenditur in eo libro, quem iamiudum Consiliarius quidam Parisiensis edidit, & inscribitur *Summa ruralis*, optimus liber. Deinde obtinuit, vt victus redderet tantum sumptus factos in causa appellationis. Et ad extremum secundum ius ciuile populi Romani & in omni lite. Et hæc de priori casu proposito in hac lege, quum aduersarius testatoris malam causam habet, quo sane constat valere legatum. Posteriore autem casu, quo bonam causam habet, nulla est vtilitas legati, nec propter sumptus litis, vt nec quum debitor creditori legat, quia eos heres iudicio superatus sine dubio aduersario testatoris debet. Porro, de emptore, quod hic attingit Accursius breuiter omne ita se habet: Aut est emptor hereditatis, id est, iuris, aut emptor certi corporis, emptor hereditatis, cui mota lis est de hereditate, siue obtinuerit litem, siue non, sumptus litis non repetit a venditore, *l. 1. C. de euict.* quia nec venditor ei tenetur de euictione. Vendidit enim ei ius quale quale: emptor autem corporis, cui facta est controuersia de proprietate, si non obtinuerit litem, sumptus repetit a venditore, ad quem etiam regressum habet totius rei euictionis nomine, *l. 17. C. de euict. l. fideiussor. de doli except.* Si emptor litem obtinuerit, sumptus non repetit a venditore, sed ab aduersario, quem vicit, iuxta supradictam regulam, *vt victus victori, &c.* Nisi & venditor ipse cauerit, se omnimodo sumptus agniturum.

Ad leg. 128. De verb. oblig.

Si duo rei stipulandi ita exstitissent, vt alter vtiliter, alter inutiliter stipularetur: ei qui non habet promissorem obligatum, non recte soluitur: quia non alterius nomine ei soluitur, sed suæ obligationis, quæ nulla est. Eadem ratione, qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in vnum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat: etiam si desierit eius esse, non recte soluitur: quia vtraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

CErtum est, obligationem, quæ ex stipulatione nascitur, in eius tantum persona consistere posse, id est, ei tantum adquiri posse, qui stipulatur sibi dari vel fieri, non si sibi & alteri stipuletur, vel alteri tantum, quia ex stipulatione facta alteri nulla nascitur obligatio, nulla quæritur obligatio stipulatori, vel alteri absenti: solutio etiam in alterius persona consistere potest: vt si stipuler *mihi aut Titio*, obligatio in mea persona consistit, solutio in persona Titij, qui appellatur adiectus solutionis gratia. Ego sum creditor: Titius non est creditor, sed adiectus tantum solutionis gratia, nam etiam me inuito Titio promissor soluit recte meo nomine, antequam ego petierim, quia semel stipulatione comprehensam conditionem, ego qui stipulatus sum, mutare non possum. Et hoc casu quodammodo stipulatio obligat vltro citroque, quæ alias est μονόπλευρος, id est, ex vno latere tantum, quæ alias obligat tantum ex vna parte, nimirum ex parte promissoris non stipulatoris. Denique si stipuler *mihi aut Titio*, mihi soli debetur, Titio autem solui potest, ego solus petere possum, quod in stipulationem deductum est: Titius id non potest petere, sed solutum recte accipere potest, & quod accepit, mihi reddere debet mandati iudicio: contra, si stipuler non mihi aut Titio, vt posui, sed *Titio, aut mihi*, tota stipulatio est inutilis, quia Titij persona, quæ primo loco posita est, videtur applicata obligationi, non solutioni, & hoc probatur omnino *l. Caius, sol. matrim.* & ibi rationem vberiore tractatu factam satis exposui lib. 6. *supr.* Quod si stipuler *mihi, & Titio decem dari*, quia & hoc modo Titij persona obligationi applicatur, non solutioni, pro parte mea vtilis stipulatio est, pro parte Titij inutilis, *l. si mihi & Titio, l. eum, qui ita, in princip. hoc tit.* Denique cum stipulatione persona alterius comprehenditur, vel comprehenditur obligationis, non solutionis gratia. in eius persona concepta stipulatio nullius momenti est, adeo vt nec pro adiecto solutionis gratia haberi possit, nec ergo ei deberi, aut solui recte, in cuius persona non consistit obligatio, nec solutio, *l. 126. §. Chrysogonus, hoc tit. illo loco, vt nec ad solutionem proficiat adiectio absentis cui principalis obligatio quærebatur, &c.* id est, cui principaliter, vt obligatio quæreretur, agebatur, sed frustra & inutiliter. Idem probat hæc lex 128. Cuius species hæc est: duo sunt eiusdem serui stipulatores, Caius & Seius, qui eum seruum sibi dari separatim eodem tempore stipulantur, & Caius vtiliter quidem sibi Stichum illum dari stipulatur, Seius inutiliter, quia iam Stichi dominus est, *l. si id, tit. seq.* Sic fit vt Caius & Seius non constituantur eo modo duo rei stipulandi, quia in vtriusque persona obligatio non consistit, puta Seij, quia Stichus eius est, neque ei soluitur recte, neque vt reo principali, quia in eius persona obligatio non consistit, neque vt adiecto solutionis gratia, quia id non est actum, vt esset adiectus, sed vt ei quæreretur obligatio & ius stipulationis, quod tamen inutiliter actum est. Seius ergo neque est, quod agebatur, vt esset, id est, reus principalis: neque est, quod non agebatur vt esset, id est, non est adiectus solutionis gratia. Et ita filio impuberi heredi instituto substitutus in secundum casum vltra pubertatem, puta *si filius moreretur intra 25. annum*, filio mortuo pubere: neque venit vt substitutus, quia iure non potest: neque venit vt adiectus coheres, quia pater noluit eum filij coheredem esse, quæ est sententia *l. verbis, de vulg. & pupil.* Quod vero diximus de personis, *vt in quibus non consistit obligatio, non consistat etiam solutio.* idem addit Paulus seruari in rebus deductis in stipulationem. Nam si ego stipuler mihi dari *Stichum aut Pamphilum*, & Pamphilus meus sit, in Sticho tantum consistit obligatio: in Pamphilo neque consistit obligatio, neque solutio; etiamsi postea Pamphilus desierit esse meus, quia & in stipulationibus regula Catoniana locum habet, id est, quæ ab initio inutilis fuit stipulatio Pamphili, quod meus esset, etiam ex post facto alienato Pamphilo non conualescit, §. 1. *Instit. de inut. stipul.* quem locum hæc lex valde confirmat.

Ad leg. 12. De stip. seru.

Nam cum vterque obligationis capax sit: non inuenimus quis adiectus sit, quia non est, qui petere possit.

SVperiori vero legi coniungenda eſt lex hæc 12. *de ſtipul. ſeru.* in qua etiam oſtenditur, *in quibus*, vel *in quo obligatio non conſiſtit, nec conſiſtere ſolutionem.* Finge, ſeruus communis Primi & Secundi ſtipulatus eſt primo aut Secundo dari ſub diſiunctione. Inutilis eſt ſtipulatio, quia incertum eſt, in cuius perſona conſiſtat ſtipulatio. Incertum vtri quæratur actio ex ſtipulatu, Primo an Secundo *l. 1. §. pen. l. 9. §. vlt. l.* 10. 11. *& 21. hoc tit.* Vterque dominus eſt capax obligationis vt Paulus ait in hac l. 12. & ideo neutri adquiritur obligatio, quia vtrique adquiri non poteſt: & cui potius adquiratur, non apparet, cum par ſit vtriuſque domini cauſa. Qua ratione etiam non apparet quis eorum ſit adiectus ſolutionis gratia. Denique non apparet quis petere, aut quis ſolutum accipere poſſit, & omnino quoties illud non apparet, nec hoc apparere poteſt. Et vt dicitur in *l. 13. hoc tit.* τὸ ἰσάζον ſic eſt ſcriptum corrumpit ſtipulationem & ſolutionem τὸ ἰσάζον, id eſt, par cauſa dominorum: quod verbum Iuriſconſulti mutuantur a Rhetoribus, de quo vide Hermogenem lib. 1. περὶ τῶν στάσεων, facientem aliud τὸ ἰσάζον, τῶν πραγμάτων & τὸ ἰσάζον τῶν προσώπων. quia quidquid dixerit Primus ſibi aſſerendo obligationis, vel ſolutionis gratia, idem & Secundus dicturus eſt. Itaque ſibi inuicem obſtant ſi ſeruus ſtipularetur domino aut Titio extraneo, liquido apparet in dominum obligationem, in extraneum ſolutionem conferri, quoniam diſpar eſt cauſa domini & extranei, & τὸ ἰσάζον confirmat obligationem & ſolutionem, ſi ſtipuletur illi aut illi domino, & τὸ ἰσάζον corrumpit vtrumque. Huius regulæ clauſula eſt in *l. 89. de reg. iuris*, qua nihil eſt apertius.

Ad leg. 89. De regulis iur.

Quamdiu poſſit valere teſtamentum, tamdiu legitimus non admittitur.

QVamdiu teſtamentarius heres ſeparatur aliqua ex parte, ſi partis ſit capax, quamvis ſi ſolidi, ſiue aſſis non ſit capax, legitimum heredem non admitti, non ſuccedere legitimum heredem antequam excluſus ſit teſtamentarius, vel tempore, vel repudiatione, vel querela inoffic. teſtamenti quæ inteſtatum teſtatorem facit, vel quo alio iure, legitimam hereditatem cedere teſtamentariæ, *l. illud, l. quandiu, l. in plurium, de adquir. hered. l. 8. C. commun. de ſucceſſ.* Idemque ſeruatur in tutela: legitima tutela cedit teſtamentariæ, *l. 11. de teſtam. tut. l. 9. de tut. & rat. diſt.* Ab hac regula notiſſimum eſt excipi caſum legis *ſi quis ita heres, de hered. inſt.* Si teſtamento heres inſtitutus ſit ſub hac conditione, *ſi legitimus heres hereditatem vindicare noluerit*, legitimo vindicante ab inteſtato (neque enim vindicare poteſt ex teſtamento, cum non ſit ſcriptus) deficit conditio adſcripta inſtitutioni heredis, & legitimus præfertur teſtamentario, nimirum ex manifeſta voluntate defuncti, qui voluit non aliter teſtamentarium vocari, quam ſi legitimus reſpuerit hereditatem.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad librum XI. Quæſtionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 34. De adoption.

Quæſitum eſt, ſi tibi filius in adoptionem hac lege ſit datus, vt poſt triennium (puta) eundem mihi in adoptionem des, an actio vlla ſit? & Labeo putat, nullam eſſe actionem: nec enim moribus noſtris conuenit filium temporalem habere.

ADOPTIO, vt Theophilus definit, eſt actus legitimus, naturam imitans, qui ſcil. in iure, id eſt, apud prætorem vel præſidem ſolemni ritu & ordine peragitur. Actus legitimus, & legis actio idem eſt. Et adoptionem eſſe legis actionem conſtat ex *l. 4. hoc tit. & l. 3. de offic. Proconſ.* Vnde & in h. l. 34. actio non eſt perſecutio iuris ſui, ſed legis actio. Sane in *l. actus legitimi, de reg. iur.* mancipationis verbo, quod latiſſime manat, continetur etiam datio in adoptionem alteri, qui enim a patre naturali dabatur in adoptionem alteri: adoptaturo mancipabatur per æs & libram, *l. vlt. C. hoc tit. Aul. Gellius:* adoptantur, inquit, quum a parente, in cuius poteſtate ſunt, tertia mancipatione in iure ceduntur, & ab eo qui adoptat apud quem legis eſt actio vindicantur. Suet. in Auguſto: Auguſtum, Lucium & Caium adoptaſſe domi emptos a patre per æs & libram. Tert. in apolog. adoptandos melioribus parentibus emancipatis, &c. Ius autem & conditio cuiuſcunque actus legitimi hæc eſt, vt ad tempus fieri, vt tempore finiri non poſſit, *d. l. actus legitimi.* Temporis adiectio actum legitimum ſiue legis actionem vitiat & corrumpit in totum. Vnde quæ eſt ſententia huius legis, ſi pater naturalis tibi filium dederit in adoptionem, ea lege, vt eum habeas vſque ad triennium, poſt triennium, vt ei eundem remancipes, & des in adoptionem, quia honeſte reuerti non poteſt in poteſtatem patris naturalis, niſi adoptione, *l. 12. hoc tit.* ita facta adoptio nullius momenti eſt, nulla eſt legis actio, quia moribus noſtris non conuenit filium temporalem habere.

Ad leg. 53. De pecul.

Si Sticho peculium, cum manumitteretur ademptum non eſt, videtur conceſſum. Debitores autem conuenire, niſi mandatis ſibi actionibus, non poteſt.

MVltum intereſt, vtrum ſeruus teſtamento manumittatur, an inter viuos, vt cenſu aut vindicta. Nam teſtamento manumiſſo conceſſum peculium non videtur, niſi ſpecialiter legatum ſit, manumiſſo inter viuos tacite conceſſum videtur, niſi ademptum ſit nominatim *l. vnica, C. de peculio eius qui liber. mer. l. 19. de pecul. leg. §. pecul. Inſtit. de leg.* Ratio differentiæ hæc eſt, quia dominus manumittendo ſeruum inter viuos, peculium neque alij dat, neque ſibi recipit: & ideo cum libertate tacite id in manumiſſum transferre videtur, quod ſibi neque alij recipit nominatim. At manumittendo in teſtamento peculium ſerui manumiſſi cum vniuerſo ſuo iure heredi ſcripto relinquere intelligitur, quod ſcilicet ſeruo vel alij non legat ſpecialiter. Hæc lex eſt de manumiſſo inter viuos, cui etiam ait, tacite conceſſum videri peculium, quod nominatim ademptum non eſt, non tamen ceſſas etiam videri manumiſſo actiones contra debitores peculiares. Itaque etſi debitores peculiares ei recte ſoluant & ſoluendo liberentur, *l. 3. inf. de manumiſſ.* non tamen ab eo debitores peculiares conueniri poſſunt, niſi dominus, qui eum manumiſit, nominatim ei ceſſerit & mandarit actiones, eo facto procuratore in rem ſuam. Facilius manumiſſum ſequitur peculium, quam actio peculiaris, quæ cohæret perſonæ domini: ſed (vt opinor) eam manumiſſo cedere debet, cui & peculium conceſſit, *l. 3. pro ſoc.* Creditoribus quoque peculiariis ex ſententia Proculianorum, quæ obtinuit, aduerſus dominum actio peculiaris, quam habere cœperunt, perſeuerat, nec datur aduerſus manumiſſum, licet peculium habeat. Qua de re, vberiore tractatu facto admonuimus in *l. frater a fratre, de condict. indeb.*

Ad

Ad leg. 68. De leg 2.

Sequens quæstio est, an etiam, quæ viuus per donationem in vxorem contulit, in fideicommissi petitionem veniant? respondi, ea extra causam bonorum defuncti computari debere, & propterea fideicommisso non contineri, quia ea habitura esset etiam alio herede exsistente. plane nominatim maritus vxoris fidei committere potest, vt & ea restituat.

QVæstio legis huius est. Si testator vxore herede instituta fidei eius commiserit, vt quæcunque ex bonis suis cepisset, liberis communibus restitueret, forte puberibus effectis, an fideicommisso contineantur res inter viuos vxori donatæ constante matrimonio, quia dixit, generaliter, *quæcunque ex bonis suis cepisset.* Et respondet eas res fideicommisso non contineri, quia sunt extra causam hereditatis siue bonorum defuncti, quandoquidem eas etiam vxor non instituta heres, habitura erat ex oratione Antonini, & SC. quo donatio manente matrimonio in vxorem collata, morte mariti confirmatur & conualescit, *l. cum hic status, de don. int. vir. & vx. l. 2. §. 1. de dot. præleg.* Ergo eas res vxor heres instituta non capit iure hereditario, sed iure donationis, quia & non instituta heres eas caperet. nec ergo veniunt in fideicommissum hereditatis. Et verba illa: *Quæcunque ex bonis meis*, sic accipiuntur, *quæcunque ex hereditate mea.* Verum vt eas res quoque mulier liberis communibus restitueret, nominatim fidei eius committi potuit, siue heredi institutæ, siue non, quia eas res capit mortis causa, nimirum morte donatoris confirmata donatione, & ab omnibus qui mortis causa capiunt, fideicommiss. relinqui potest, *l. 1. §. sciendum seq.* Quas item res viuus maritus ei per vindicationem adimere potuit, eas etiam ei per fideicommissum adimere potest, *l. quidam testam. §. 1. sup. tit. prox.* Cæterum si eas ei nominatim per fideicommissum non ademerit, non intelligitur ademisse eas per fideicommissum hereditatis, quia in hereditate eæ res donatæ esse non intelliguntur.

Ad leg. 83. de leg. 2. eod.

Latinus Largus: Proxime ex facto incidit species talis: Libertinus patronum ex semisse heredem instituit, & filiam suam ex alio semisse. Fidei commisit filiæ, vt quibusdam ancillis patroni restitueret, cum hæ manumissæ essent, & si eadem filia heres non esset, substituit ei easdem ancillas. Quoniam filia non voluit heres exsistere, ancillæ iussu domini, id est patroni, adierunt defuncti hereditatem. Post aliquantum temporis ab eo manumissæ, quærebant, an fideicommissum petere ab eodem patrono, possent. Rogo ergo, quid de hoc existimes rescribas. Respondi: nec repetitum videri in hunc casum fideicommissum, sed alterutrum datum, vel fideicommissum, vel ipsam hereditatem. Melius autem dici, in eundem casum substitutas videri, in quem casum fideicommissum meruerunt: & ideo ad substitutionem eas vocari. Cum enim seruo alieno fideicommissum ab vno ex heredibus sub conditione libertatis fuerit datum: idemque seruus ei heredi substituatur, licet pure substitutio facta sit, tamen sub eadem conditione substitui videtur, sub qua fideicommissum meruit.

LIbertus patronum heredem instituit ex semisse: hæc fuit portio legitima patrono debita ex lege Papia: filiam autem heredem instituit ex alio semisse, & ab ea petiit (verbis fideicommissi scilicet) vt suum semissem quibusdam ancillis patroni restitueret, cum manumissæ essent: mox ei quoque filiæ suæ easdem ancillas pure & directo substituit. Substituit ergo ei ancillas dupliciter, precario & sub conditione, si manumissæ essent in secundum casum, si filia heres esset, & directo ac pure in primum casum, si filia heres non esset, quæ substitutio vulgaris dicitur. Exstitit casus directæ substitutionis, quia filia patri heres esse noluit, & mox ancillæ iussu domini ex substitutione pro semisse adierunt defuncti hereditatem. Quæritur, *an si postea a domino manumittantur quasi exsistente fideicommissi conditione, an ab eo fideicommissum ex substitutione precaria petere possit?* Consultus fuit hac de re Paulus a Latino Largo iudice quodam, cum in eius auditorio talis ex facto incidisset species. Quæstio hæc iudiciaria est. Et respondet Paulus, ancillas manumissas a patrono, fideicommissum ab eo petere non posse, quia in hunc casum non videtur a testatore repetitum fideicommissum, videlicet si iam ex substitutione vulgari adiissent defuncti hereditatem: sed alterutrum ancillis datum esse, vel hereditatem ex substitutione vulgari, vel fideicommissum, vtrumque eas consequi non posse. Denique ex substitutione vulgari admissas ancillas, etiam ex fideicommisso admitti non posse, vt prudentissime responsum est quod omiserat consultor. Melius autem esse vt dicamus ancillas denuo admitti posse ex substitutione vulgari, quasi non iure prius admissas, quia hæc mens fuisse videtur testatoris, vt eas directo substituere sub eadem conditione, si manumitterentur, sub qua eas precario substituit. Et ideo antequam ea conditio exstiterit, id est, ante manumissionem, eas intempestive & inutiliter adiisse hereditatem iussu domini ex substitutione vulgari, quia qui repudiat, vel adiit, antequam exstiterit conditio institutionis, nihil agit, *l. 13. de acq. hered.* Et ideo manumissis ancillis esse integrum eam hereditatem adire suo nomine ex substitutione vulgari. Denique ita concludit, conditionem fideicommisso adscriptam, si manumissæ essent, repetitam videri in substitutione vulgari: vt & si seruo alieno testator fideicommissum reliquerit sub conditione libertatis, deinde eum directo & simpliciter heredi substituerit, eadem conditio libertatis in posteriori substitutione repetita videtur. Nec desunt complura exempla, quibus conditio repetita priori parte testamenti, & posteriori parte repetita intelligitur, quæ licet ex glossa repetere.

Ad l. 18. ad leg. Falcid.

Filiusfam. qui militauerat, decedens patris sui fidei commisit codicillis, vt peculium suum castrensi Titio post mortem restitueret. Quærebatur, an vt heres quartam deducere possit. Dixi legem Falcidiam inductam esse a D. Pio, etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa: Sed in proposito nec hereditatem esse; quamvis placeret mihi extraneo herede instituto, fieri hereditatem aditione eius. Nam cum apud patrem remanet, ius pristinum durat, & peculium est. Nec huic contrarium est quod in testamento eius, qui apud hostes decessit, exercetur Falcidia. Nam fictio legis Corneliæ & hereditatem & heredem facit. sed me non dubitare, quin debeat id quoque indulgeri legis beneficium, siquidem quasi patrisfamiliæ bona restituere cogitur: & heres scriptus omissa ex testamento aditione exemplo edicti legatorum nomine conuenietur.

1. §. *His consequens erit, vt si ex fructibus medio tempore quartam & quartæ fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatusconsultum inducamus, & vtiles actiones exerceri possint, fiatque hereditas post restitutionem.*

SCiendum est, lege Falcidia recissa, & deminuta tantum fuisse legata testamento relicta ad modum finemque dodrantis, vt quadrans integer apud heredem remaneret. Verum postea fideicommissis, quæ testamento relinquerentur, eundem modum impositum fuisse Senatusconsulto Pegasiano, lege Falcidia porrecta ad fideicommissa, tam vniuersalia, vt puta, quum testamento heres scriptus rogatur alij restituere hereditatem, quam specialia siue peculiaria, *§. sed quia heredes, Instit. de fideicom. hered. l. 1. §. hodie, tit. seq. l. is cui fideicommiss. hoc tit.* vbi hodie, id est, ex Senatusconsulto Pegasiano. Porrecta etiam est lex Falcidia ex constitutione Diui Pij ad fideicommissa relicta codicilis factis ab intestato. Senatusconsulto Pegasiano porrecta erat ad fideicommissa testamento relicta: constitutione Diui Pij etiam

ad fideicommiſſa ab inteſtato relicta porrigitur, vel ſpecialia, vel vniuerſalia, *l. 1. §. hoc autem, l. 3. C. ad Trebell. l. 6. §. 1. eod. l. vlt. C. quando dies leg. ced. l. filij, C. fam. erciſc.* Denique conſtitutione Seueri porrecta eſt lex Falc. ad donationes cauſa mortis ex teſtamento, id eſt, ſi donator teſtatus deceſſiſſet, atque ita ocurreret comparatio donationum cauſa mortis cum legatis teſtamento relictis, *l. 5. C. eod. tit. l. 1. §. in mortis; tit. ſeq. l. cum pater §. 1. de leg. 2. l. Seia §. vlt. de mort. cauſa donat.* Imo & tandem conſtitutione Gordiani in *l. 2. C. de donat. cauſa mort.* ab inteſtato quoque lex Falcidia porrecta eſt ad donationes cauſa mortis. Ita paulatim excreuit modus l. Falcidiæ qui datus erat initio legatis tantum teſtamento relictis. His cognitis finge: filiusfamilias veteranus codicillis factis ab inteſtato patris ſui fidei commiſit, vt peculium ſuum caſtrenſe L. Titio poſt mortem ſuam reſtitueret. Quæritur, an ex caſtrenſi peculio per fideicommiſſum relicto Falcidia detrahi poſſit ex conſtitutione Diui Pij, quæ etiam ab inteſtato in fideicommiſſis Falcidiam induxit? Et videtur non poſſe detrahi, quia vt ſatis liquet ex verbis legis Falcidiæ, eius legis beneficium, id eſt, quartæ commodum, & quartæ detractio heredi tantum datur vel ex perſona heredis ſcripti, pater autem in caſtrenſi peculio filiifamilias inteſtati non eſt heres, quoniam id capit vt pater, quaſi eius peculij dominus, perinde atque pagani; id capit, vt pater, non vt heres: vt peculium ſibi quæſitum iure antiquo, iure priſtino, quo ſcilicet ante conſtitutiones principium caſtrenſe peculium, non minus adquirebatur patri, quam paganum, quod ius antiquum exercet pater hodie filio inteſtato defuncto: nam peculium paganum occupat iure ſuo vt peculium, non vt hereditatem, *l. 1. 2. 9. l. pen. §. pater, de caſtr. pecul. l. 1. §. ſi is qui bona, de collat. bon. l. vlt. ad Tertul. l. in eo, de adq. rer. dom.* id inquam occupat vt peculium, quod ad ſe pertineat, videlicet cum filius in eo iure & priuilegio ſuo non vtitur, quod ei dederunt conſtitutiones principum, puta cum de eo non teſtatur. nam ſi de eo teſtatur, peculium quaſi hereditas heredi inſtituto defertur, & aditione quaſi hereditas ei adquiritur, ſiue extraneum heredem inſtituerit, ſiue patrem ipſum, *d. l. 9. de caſtr. pecul.* Et hoc ſignificant hoc loco, verba illa, *& heres ſcriptus*, pater ſcilicet. ex conſtitutionibus, filiusf. in caſtrenſi peculio teſtamentarium heredem habere poteſt, non etiam legitimum: teſtamentarium poteſt habere ſi adierit, nam aditione peculium caſtrenſe fit hereditas: pagani teſtamentum confirmatur morte, filiif. teſtamentum militis, aut veterani in caſtrenſi peculio confirmatur aditione demum, *l. 18. de ſtip. ſeru.* Itaque ſi inſtitutus heres ex caſtrenſi peculio, non adierit quaſi hereditatem filiifam. caſtrenſe peculium iure peculij reſidet apud patrem iure priſtino, quod obtinuit ante conſtitutiones principum, *d. l. 18. & l. 14. de caſtr. pecul. l. ſeruum filij, in princ. de leg. 1.* reſidet, inquam, apud patrem ceſſante herede ſcripto, & omittente aditionem ex teſtamento, ſi filiusf. mortuus ſit ſine liberis aut fratribus *§. 1. Inſtit. quib. non eſt, permiſſ. fa. teſtam.* Hoc ergo loco, dum ait, *extraneo herede inſtituto*, adde, *vel patre*, fieri hereditatem aditione eius. Sic igitur ſtatuo filiofam. defuncto inteſtato vel teſtato, & herede inſtituto omittente aditionem ex teſtam. & deſtituente teſtam. caſtrenſe peculium apud patrem ſuperſtitem quaſi peculium paganum remanere, non quaſi hereditatem remanere, iure patrio, non hereditario: & ideo Falcidiam ab eo exerceri non poſſe: quia Falcidia competit tantum & debetur heredibus. Nec obſtat quod in teſtam. eius, quod ante fecit, qui captus eſt ab hoſtibus, ibique deceſſit, lex Falcidia exerceatur, *l. 1. §. lex, hoc tit.* cuius tamen nulla hereditas, nullusve heres dici poteſt, quia ſeruus deceſſit, *l. 3. §. vlt. de verb. ſignifi.* Ergo & non heres Falcidiæ beneficio vtitur. Hæc ratio non obſtat, vt Paul. docet, quia fictione legis Corneliæ, eius, qui apud hoſtes deceſſit, & heres & hereditas inducitur, *l. in bello §. ſi quis capiatur, de capt. & poſt.* quod rurſus oſtendit *l. 9. ad l. 39. de mil. teſtam.* Nempe quia fingitur obiiſſe diem in ciuitate, paulo antequam in ſeruitutem hoſtium veniret. fictio, inquit, Paulus leg. Cornel. & hereditatem & heredem facit. Legis proprium eſt heredem facere, & vt heres igitur Falcidiam detrahit ex legatis quæ ſuperant dodrantem. Hactenus Paulus tentat, in ſpecie propoſita Falcidiæ locum non eſſe, quia pater retinet peculium vt pater, non vt quilibet heres: tentat, inquam Falcidiæ locum non eſſe ſuo more quæſtionem propoſitam ex vtroque latere pertentare ſolens, ſed in hac ſententia non permanet. nam ad extremum concludit in ſpecie propoſita legi Falcidiæ locum eſſe, quia pater codicillis a filio inteſtato factis peculium caſtrenſe, quaſi patrisfam. hereditatem L. Titio reſtituere rogatus eſt, & id denique rogando patrem, egit ſe filiusfamil. pro patrefamilias, & perinde vſus eſt iure & priuilegio ſuo, quo ex conſtitutionibus Principum in caſtrenſi peculio vice patrisfamil. fungi poteſt, *l. 2. ad Maced. l. 15. §. ſi ſeruus, de caſtr. pec. l. 6. §. vlt. de ini. rup.* Et cum igitur in caſtrenſi peculio relinquendo Titio per fideicommiſſum a patre filiusf. vice patrisf. ſe gerit, id quoque peculium vicem hereditatis habet. Ergo Falcidia ex eo detrahi poteſt. Hæc eſt ratio Pauli, & addit non eſſe nouum, vt caſtrenſe peculium filiifa. quod pater retinet iure peculij pro hereditate quandoque habeatur. Nam ſi pater a filiofamil. ex caſtrenſi peculio teſtamento heres inſtitutus omiſerit aditionem ex teſtamento, tum id retinet iure peculij, non iure hereditatis, & tamen tanquam heres legatis obſtringitur teſtamento filij relictis, perinde atque ſi ab inteſtato id tanquam hereditatem poſſideret, exemplo edicti prætorij, *ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, l. 17. §. 1. de caſtr. pec. l. ſi certarum §. pen. de mil. teſtam.* Atque ita hoc etiam caſu pater peculium caſtrenſe filij, quod retinet vt peculium, vt hereditatem nactus videtur. Non mirum ergo, ſi & in illo ſuperiore caſu idem videatur, cum id a filio rogatus eſt alij reſtituere. Itaque vtroque caſu Falcidiæ locus eſt. Et conſequenter vt attigi in vlt. parte huius legis, ſi medio tempore, antequam moreretur pater, ex fructibus caſtrenſis peculij perceperit Falcidiam, & Falcidiæ fructus, quartam & quartæ fructus, quia fructus medio tempore percepti in quartam & quartæ fructus imputantur, *l. in fideicommiſſaria, l. mulier §. ſi heres, l. deducta §. ante, ad Trebell. l. 15. §. quod auus, & §. fructus, hoc tit. l. Papinianus §. vnde, de inoff. teſtam.* hoc caſu, quia viuus pater ex fructibus peculij percepit, quantum ſatis eſt quartæ, & quartæ fructibus, totum peculium ſine vlla detractione pater, aut poſt mortem patris heres eius L. Titio fideicommiſſario reſtituet ex SC. Trebelliano, atque ita in fideicommiſſarium transferet vtiles actiones quaſi hereditarias, & fiet hereditas poſt reſtitutionem, quod notandum. Peculium caſtrenſe teſtato filiofamil. aditione heredis ſcripti hereditas fit. Inteſtato autem filiofam. reſtitutione peculij fideicommiſſario facta, id caſtrenſe peculium hereditas fit, iuſque ſequitur omne hereditatis, & obtinet, & Paulus de filiofa. proprie loquitur, dum ait hoc caſu Trebell. Senatuſconſultum induci, quia ex Senatuſconſulto Trebelliano fit reſtitutio fideicommiſſi, quum lex Falcidia non interuenit, cum nulla detractio interuenit, vt in hoc caſu totum peculium ſine deminutione fideicommiſſario reſtitui oportet, quia medij temporis fructus ſufficiunt quartæ & quartæ fructibus. Quum autem lex Falcidia locum habet, cum detractioni quartæ locus eſt, reſtitutio fit ex Senatuſconſulto Pegaſiano, non ex Trebell. niſi hodie poſt conſtitutionem Iuſtiniani, quæ transfundit Senatuſconſultum Pegaſianum in Trebell. Qua ratione ſæpe in Digeſtis vbi iuris auctor ſcripſerat proprie Senatuſconſultum Pegaſianum nimirum locum habente Falcidia, Tribonianus repoſuit Senatuſconſultum Trebellianum. Et hæc omnia intelligere licet ex *Inſt. de fideic. hered. & ex Vlpiani lib. ſing. regul. tit. de fideicommiſſ.*

Ad

Ad leg. patronus 60. ad SC. Trebell.

Patronus ex debita portione heres institutus, sextam partem restituere rogatus restituit. non transeunt ex Trebelliano actiones: quoniam non fuit debitum quod restituit. Et ideò si per errorem fecit, etiam repetetur.

OStenditur in hac l. quod & in *l. cum patronus, de leg. 2. & l. 45. de bon. lib. & l. ita tamen §. si patronus, hoc tit.* patronum ex debita parte heredem institutum testamento liberti non posse onerari vllo fideicommisso extraneo præstando: nec mirum, cum ea pars ei debeatur, vt æs alienum. Qua ratione nec vllo alio incommodo onerari potest, vt onere subeundæ cautionis cuiusdam, *l. 44. de bon. lib.* Finge: Patronus heres institutus ex debita parte, quæ ex lege Papia consistit in semisse omnium bonorum liberti, & sextam partem, id est, vnciam, restituere rogatus, eam restituit per errorem facti, forte cum falso existimaret fideicommissarium esse ex liberis aut parentibus liberti eiusdemque testatoris, quibus constat, patronum etiam ex debita parte debere fideicommissa, si ab eo liberis aut parentibus relicta sint, *l. 4. de cond. & demonstr. l. 6. §. si patronus, si quis omissa caus. testam. l. ex asse, ad l. Falcid. l. si eius §. vlt. hoc tit.* Quæritur, an in fideicommissarium, cui per errorem vnciam restituit, pro vnciæ modo transferantur in eum actiones vtiles ex SC. Trebell. Et respondit non transferri, quia neque ciuiliter neque naturaliter, vt supplent doctores, debitum fuit, quod restituit: & si per errorem restituat, indebiti condictionem, id est, vnciæ repetitionem patronus habet. Non est ergo fideicommissarius is cui restituit, & in fideicommissarium tantum transeunt Trebellianicæ actiones, cuiusmodi hic non est, cui vncia relicta est a patrono per fideicommissum. Ergo in eum non transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano actiones, & hæc est sententia huius legis. Ita vero si quis maiorem hereditatis partem restituat, quam rogatus sit, dicitur in eam partem, quæ excedit, non transferri actiones, quia debita non fuit, *l. facta §. si quis maiorem, hoc tit.* Ac similiter, si quis ante diem vel ante conditionem fideicommissi restituerit hereditatem, non transferri actiones, quia fideicommissum nondum debebatur, *l. sed etsi ante diem, sup. hoc tit.* Dico autem & in specie proposita non tranferri actiones in illum vnciarium quasi fideicommissarium, etiam si sciens vltro patronus fideicommissum ei restituerit, quod erat indebitum. At ignoranti tantum dari condictionem indebiti, non scienti. Quæri potest, *quid sit dicendum, si patronus ex debita parte heres institutus & fideicommisso oneratus stipulanti fideicommissario cauerit se daturum fideicommissum, quod ab eo relictum est?* Et puto huic quoque dari incerti condictionem, indebiti, id est, interpositæ cautionis condictionem. Cautiones & liberationes repetuntur condictione indebiti, incerti, *l. 2. §. aliud, de donat.* Puto igitur patrono, qui cauit, dari incerti condictionem, videlicet si is stipulanti cauerit per errorem facti, & multo magis si conueniatur ex stipulatione, ei dari exceptionem doli mali, ne soluere cogatur. Et ita est accipienda lex *si patronus, de donat.* nam si id sciens prudensque cauerit, cessat condictio & exceptio doli mali, *l. fideicommissum, de condict. indeb.* quia de suo donasse videtur, *l. ita fidei §. vlt. de iure fisci.*

Ad l. 55. De fideiuss.

Si ita stipulatus a Seio fuero, quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dare spondes? *& fideiussores accepero, deinde Titio sæpius credidero: nempe Seius in omnes summas obligatus est, & per hoc fideiussores quoque. Et id quod ex bonis eius seruari potest, omnibus æquo iure proficere debet.*

Paul.

CErtum est, fideiussorem futuræ quoque obligationis accipi posse, *l. 6. §. vlt. hoc tit. l. eo tempore, de pecul. l. non quemadmodum, de iudic.* nempe hoc modo, *quantam pecuniam Titio credidero fide tua esse iubes*, vt in *l. quidam §. vlt. de verb. oblig.* Et ita in specie huius legis proponitur quidam fœnerator Titio crediturus fideiussorem Seium accepisse his verbis, *quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dari spondes?* & à Seio fideiussore alium fideiussorem accepisse, fideiussorem fideiussoris. Quæritur, si fœnerator ille postea Titio sæpius pecuniam crediderit, an in omnes summas Seius teneatur & fideiussor quoque eius? Et ait, Seium quandoque, id est, ὁπηδήποτε in omnes summas esse obligatum, quia dixit *quandoque*, quod aduerbium est infiniti temporis, *l. 4. de rebus auct. iud. possid.* Libertas, inquit, quæ quandoque competit, a prætore conseruanda est. Detracto illo articulo *quandoque*, Seius & fideiussor tenerentur tantum in summam primo loco creditam, non in cæteras summas: sed quia dixit *quantam pecuniam quandoque credidere*, in omnes summas tenetur. Seium ergo dicimus in omnes summas Titio creditas obligatum esse, & per hoc, inquit, fideiussorem Seij, & id quod ex bonis Seij, vel fideiussoris eius redigi & seruari potest: ex bonis (inquam) pignori captis & distractis. Id omnibus, id est, omnibus summis æquo iure, id est, æqualiter, non pro rata, non ἀναλόγως proficere debere, vt exempli gratia si primum Titio crediderit ducenta, deinde 300. post 400. & ex bonis Seij redegerit 300. ex singulis summis æquo iure recedent centum. Et ita finis h. l. accipiendus est, vt omnibus non sit, quod arbitratur Accurs. reo & fideiussoribus, sed omnibus summis, vt paulo ante dixit *omnes summas*. Et similis est omnino locutio in *l. 5. §. imperator, de solut.* æqualiter, inquit, ad vtramque causam proficit, quod solutum est, non pro rata, id est, non ἀναλόγως. species autem similis, simileque responsum nusquam alibi reperietur. Lex est singularis & summe notanda.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad Librum XII. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. vlt. De his quæ pro non scriptis habentur.

Quod quis sibi adscripserit, si alij restituere a testatore iussus est: cum onere fideicommissum id apud heredem remanet, quamvis pro non scripto esset. Idem est & in testamento militis.

CERTVM est SC. Liboniano, & Claudiano id, quod testamentarius, id est, scriptor alieni testamenti sibi adscribit, pro non scripto esse, *l. 1. hoc tit.* siue sit legatum quod sibi adscripserit sua manu dictante testatore, siue portio hereditatis, siue aliud quodcunque emolumentum. Id ergo remanere apud heredem, non autem publicari, aut confiscari. Nam quodcunque pro non scripto habetur, apud heredem, vel coheredem remanet, & quidem sine onere regulariter, vt puta si testamentarius sibi legatum adscripserit, simul ac sibi sua manu iniunxerit onus præstandi fideicommissi ex re vel pecunia legata, legatum apud heredem remanet sine onere fideicommissi, quia cum legatum pro non scripto sit, consequens est, vt & onus ei iniunctum, quasi nemini iniunctum, pro non scripto sit, quia & legatum, & legatarij nomen quasi falsum circumscribitur, vel subducitur, *l. vn. §. 1. C. de cad. toll.* Qua ratione, si testamentarius seruo, quem habet communem cum altero, legatum adscripserit, quod etiam

improbat Senatuſconſultum Libonianum, & vetat, ne quis ſibi, vel ei quem habet in poteſtate, quidquam adſcribat in alieno teſtamento, hoc, inquam, caſu neque teſtamentario neque ſocio eius legatum debetur, quia ſocij nomen quaſi falſum circumſcribitur, *l. filius §. ſequens, ad leg. Cornel. de falſ.* At excipiuntur duo caſus, quibus id quod teſtamentarius ſibi adſcripſit, remanet apud heredem cum onere fideicommiſſi. Vnus eſt in *l. cum vere §. ſi pro non ſcripto, de fideicomm. libert.* & in *l. cum quidam, ad leg. Cornel. de falſ.* ſi a teſtamentario, qui ſibi adſcripſit legatum ſerui, ſit eidem ſeruo relicta fideicommiſſaria libertas, quia etſi apud heredem remaneat legatum, tamen fauor libertatis exigit, ne intercidat libertas, vtque eam heres, apud quem ſeruus remanet, eidem ſeruo præſtare compellatur. Alter caſus eſt in hac *l. vlt.* qui manat ex ſupradictis Senatuſconſ. vt oſtendit *l. filius §. vlt. ad leg. Cornel. de falſ.* ſi teſtamentarius iubente teſtatore fidei ſuæ manu ſua commiſit, vt legatum, quod ſibi adſcripſit, alij reſtitueret: nam & hoc caſu, etiam ſi legatum pro non ſcripto ſit, apud heredem remanet cum onere fideicommiſſi, hoc ex voluntate teſtatoris, qui iuſſit teſtamentario nominatim, vt id oneris legato adſcriberet, eidemque hæc lex ſeruari ait in teſtamento militis, vt ſcilicet non tantum, quod teſtamentarius ſibi adſcribit in teſtamento militis, pro non ſcripto ſit, *l. pen. C. de his qui ſibi adſcr.* Sed etiam, vt ſupradicto caſu apud heredem remaneat legatum cum onere fideicommiſſi, vt in *l. 9. de vſufr. leg.* dicitur, legatario, a quo fideicommiſſum relictum eſt, repudiante vſumfructum ſibi legatum, vel moriente viuo teſtatore, antequam dies legati ceſſerit, vſumfructum apud heredem remanere cum onere fideicommiſſi. Idemque ſeruari in teſtamento militis: fauor militiæ teſtatoris non exonerat heredem.

Ad l. 21. ad leg. Falcid.

Si pupillus, cui ſine tutore auctore decem mutua data ſunt, legatum a creditore meruerit ſub hac conditione, ſi decem, quæ accepit heredi reddiderit: vna numeratione & implet conditionem, & liberatur naturali obligatione: vt etiam in Falcidia heredi imputentur: quamuis non imputarentur, ſi tantum conditionis implendæ cauſa data fuiſſent: adeo autem & ſoluere videtur, vt repudiato legato vel Sticho, qui legatus eſt mortuo, nihil repetere poſſit.

1. §. *Si ego & ſeruus meus heredes inſtituti ſumus ex diuerſis partibus, nec a ſeruo erogatus dodrans his quibus a me legatum eſt contra Falcidiam proderit, quod ex portione ſerui ad me peruenit ſupra Falcidiam eius portionis. Ex contrario ſi ſeruo meo ſeruus & mihi decem legata fuerint: ſerui Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur, exemplo eodem Falcidia. Nam quartam retineo ex perſona ſerui, quamuis de mea portione nihil exhauſtum ſit.*

Sciendum eſt, pupillum, qui ſine tutoris auctoritate pecuniam mutuam accepit, ſi ex ea locupletior factus ſit, iure naturali obligari, non ciuili. Et ita eſt proditum nominatim ſub ea conditione, ſi locupletior factus ſit ex pecunia mutuatitia in *l. naturaliter §. vlt. & l. ſeq. de cond. indeb.* cuius obligationis naturalis effectus hic eſt, vt ſolutam pecuniam poſt pubertatem, vel ante pubertatem tutore auctore condicere non poſſit. Hæc eſt nota, vt Græci hic aiunt, qua dignoſcimus naturalem obligationem, naturalia debita nimirum ſi ſoluta non poſſint condici, quia hoc natura æquum eſt, ne quis damnis alienis adoleſcat, ne quis alienis ſpoliis ſuas augeat facultates. Idem confirmat *l. cum illud §. 1. quand. dies leg. ced.* in qua ex P. Florent. ſine copula ita legendum, *& locupletior*, non, *nec locupletior.* Et ita in ſpecie huius legis & in *l. ſi eius pupilli, inf. ad Trebell.* ponendum ex mutuatitia pecunia, quam pupillus ſumpſit ſine tutoris auctoritate pupillum fuiſſe factum locupletiorem: alioqui ne iure quidem naturali obligaretur, *l. pupillus, de obligat. & act.* etſi pubes factus vel adhuc impubes tutore auctore ſolueret, ſane condiceret, quia prorſus indebitum ſolueret. Hæc ergo ſit ſpecies huius legis. Pupillus ſine tutoris auctoritate decem mutua accepit, & ex ea pecunia locupletior eſt factus, ac proinde creditori obligatur naturaliter. Creditor autem moriens eidem pupillo legauit Stichum ſub hac conditione, vt illa 10. quæ mutua accepit, heredi redderet ſi poſt mortem creditoris pubes factus, vel etiam impubes tutore auctore decem reddiderit heredi, vt oſtenditur hoc loco, & iiſdem fere verbis in *l. in numerationibus §. 1. de ſolut.* Vna numeratio in duas cauſas proficit. Primum in obligationem naturalem, vt ea liberetur pupillus numerando decem. Et conſequenter, vt ea decem quæ ſoluta ſunt augeant hereditatem creditoris, atque adeo heredi imputentur in Falcidiam, quaſi pecunia, quam cepit iure hereditario, *l. 1. §. id quod natura, hoc tit.* Deinde hæc eſt altera cauſa, vt impleat conditionem legati, atque ita perueniat ad legatum Stichi. Et ſic vna numeratio proficit in duas cauſas. Si in poſteriorem tantum cauſam numeraret decem, id eſt, conditionis legati implendæ gratia, heredi non imputarentur in Falcidiam: quia ea tantum imputantur in Falcidiam, quæ iure hereditario capiuntur, non quæ iure legati, vel fideicommiſſi, aut quo alio iure, vt iure mortis cauſa capionis, quo iure heres capit ea, quæ ei numerantur conditionis implendæ cauſa, *l. 31. §. ſine donatione, de mort. cauſa donat.* & ita in *l. id autem*, & in *l. ratione 2. §. tametſi, inf. hoc tit.* & in hac ipſa lege aperte traditur, ea quæ conditionis implendæ gratia heredi dantur, non imputari in Falcidiam. Et quod contra refertur in *l. in quartam §. ſed & quod implendæ, inf. hoc tit.* id iampridem oſtendi merito abeſſe a Baſilicis, & a P. Flor. & inepte etiam illo loco, quod datur heredi conditionis implendæ gratia, appellatur fideicommiſſum, quia non eſt fideicommiſſum, ſed mortis cauſa capio, quæ appellatio neque fideicommiſſo tribuitur, neque legato, neque alij emolumento teſtamentario habenti proprium nomen *d. l. 31.* Sed in ſpecie propoſita, quia heres illa decem non in hanc tantum cauſam accipit, id eſt, conditionis implendæ cauſa, ſed etiam in cauſam debiti hereditarij, quod defuncto iure naturali debebatur in cauſam ſolutionis, & liberationis pupilli, ideo ea decem imputantur heredi in Falcidiam, quaſi accepta iure hereditario. Et in hanc quoque cauſam decem heredi numerari, id eſt, ſolutionis gratia euidenter apparet ex eo, quod poſt numerationem repudiato legato, vel Sticho mortuo, non competit ſoluti repetitio, quia natura debitum fuit, quæ tamen competeret, ſi ea decem numeraſſet tantum conditionis implendæ gratia, *l. in ſumma §. ſed agere, de cond. indeb.* Sequitur in hac l. alia quæſtio elegantiſſima male explicata a gloſſa.

Ad §. ſi ego & ſeruus meus.

Finge: Ego & ſeruus meus ex diſparibus partibus teſtamento heredes inſtituti ſumus. Pars mea eſt onerata legatis, non pars ſerui mei. In ſingulis heredibus poni ſeparatim ſolet ratio legis Falcidiæ, *l. in ſingulis, hoc tit.* An ergo ex parte mea, quæ onerata eſt, deducere poſſum Falcidiam, licet pars ſerui mei ſit integra? ſic videtur: ſi forte Falcidia mihi non ſuppleatur, quod per ſeruum meum adeuntem iuſſu meo ex parte eius ſupra Falcidiam partis eius adquiro: nam ſi ſuppleat Falcidiam meæ partis, id imputo in Falcidiam meæ partis, quia & id videor quaſi heres accipere, *l. cum filiofam. de leg. 1. l. maritum, inf. hoc tit.* Sic ergo ex parte ſerui mei ſeparatim Falcidiam retineo, & quod amplius ex ea parte percipio, id imputo in Falcidiam meæ partis, cuius ſeparatim rationem ineo. Et hæc quidem gloſſa intellexit, ſed non quæ ſequuntur, dum addit Paulus ex contrario, id eſt, quum portio ſerui mei onerata eſt, non portio mea. Initio poſuit meam fuiſſe oneratam portionem, non portionem ſerui mei. Nunc ponit portionem ſerui mei fuiſſe oneratam legatis, non portionem meam. Et hoc caſu, ſicut ſi mihi ſint legata decem, ſeruo meo, Stichus, interueniente lege Falcidia heres ex decem

decem mihi legatis non deducit Falcidiam Stichi legati seruo meo, etsi Stichus mihi per seruum adquiratur, sed separatim ex Sticho ipso vel æstimatione eius: ita e contrario, cum portio serui mei onerata est, non portio mea, ex persona serui mei, me separatim deducere Falcidiam portionis serui mei, non ex persona mea, quia portio mea est integra. Et hoc est, quod ait in fin. huius legis, *exemplo eodem Falcidiæ: nunc quartam retineo ex persona serui*, &c. Vbi tamen crediderim ita esse legendum, *exemplo eodem Falcidianam quartam retineo:* vt apud M. Tullium legitur Falcidianum crimen. Ita recte Falcidiana, vel Falcidiana lex, & quarta dicitur.

Ad leg. 22. de manu. vind.

Pater ex prouincia ad filium sciens Romæ agentem epistolam fecit: qua promisit ei, quem vellet ex seruis, quos in ministerio secum hic habebat, vindicta liberare. Postquam filius Stichum manumisit apud prætorem, quæro, an fecerit liberum? respondi: Quare non hoc concessum credamus patri, vt permittere possit filio, ex his, quos in ministerio haberet, manumittere? solam enim electionem filio concessit. Cæterum ipse manumittit.

Certi iuris est, absente & permittente patre, seruum eius a filiofamilias vindicta apud prætorem vel præsidem posse manumitti, & manumissum a filiofam. libertum fieri patris, quia pater ipse eum manumisisse intelligitur, *l. si consentiente, & l. nepos, sup. tit. prox. l. si quis hac lege §. 1. qui & a quibus manum. l. matrimonij, de ritu nupt. l. filiusfam. de iure patron.* regulariter per alium dominus non potest seruum suum vindicta liberare, quia nec pater per filium emancipatum, nec mater per filium, nec vxor per maritum, nec alius quisquam per procuratorem, *l. pen. C. de man. vind.* quia qui vindicta manumittit, lege agit. Manumissio, quæ fit vindicta, est actus solemnis & legitimus, & vt est in reg. iur. nemo alieno nomine lege agere potest, id est, actum legitimum nemo alieno nomine exsequi & peragere potest. At vinculum patriæ potestatis facit, vt vnus idemque videatur esse homo pater & filiusfamilias, & eadem persona esse intelligatur, eademque vox patris & filij. Vt in specie huius legis, cum pater absens per epistolam filio permisisset ex seruis suis, quos filius in ministerio habebat, vt quem vellet vindicta liberaret, recte ait, solam electionem filio fuisse permissam, vt quem vellet eligeret: cæterum patrem ipsum manumisisse videri. Nihil est facilius.

Ad l. libertas 33. de manum. testam.

Libertas ad tempus dari non potest.

In hac lege dicitur, libertatem ad tempus dari non posse, neque vindicta scilicet, quia actus legitimus diem non recipit, aut conditionem, *l. actus, de reg. iuris*, neque testamento: nam vt proponitur in *l. seq.* si testator ita dixerit: *Stichus vsque ad annos* 10. *liber esto*, superuacua est illa temporis adiectio, quasi vitium aut mendum testatoris: & vitio illo temporis sublato libertas manet, & competit statim adita hereditate, quoniam libertatis dies non cedit, nisi ab adita hereditate. Et idem dicitur de hereditate data ad tempus: *heres esto vsque ad decennium, l. hereditas, de heredib. instit.* nam mentio illa decennij obliteranda est, & perpetuo iure heredi scripto deferenda hereditas. Vitium temporis neque vitiat hereditatem, neque libertatem. Et quod in Comœdiis sæpe dicitur, *Libertas seruis dari ad diem certum*, non hoc est, vt interim liberi sint, & veniente eo die liberi esse desinant, sed vt interim ad eum diem tantum se ita gerant, ac si liberi essent, & vt aiunt ad eam diem agitent ἐθελοκεια, & genio indulgeant. Quamuis autem neque libertas, neque hereditas, possit dari ad tempus, tamen potest dari sub conditione *l. 28. hoc tit.* quæ & in hac re libertatem comparat hereditati, quia pendente conditione nondum competit libertas, vel hereditas: at quum ei tempus adiectum est, in quod daret, etiam ante tempus competit libertas, vel hereditas statim, atque ex testamento adita est hereditas. Si competit, ergo tempore finiri non potest. Tempus non est legitimus modus adimendæ libertatis vel hereditatis, quæ iure competit semel, hoc tamen distat libertas ab hereditate, quod hereditas neque ex tempore datur recte, *d. l. hereditas*, libertas autem ex tempore datur recte, *vt Cal. Martiis liber esto.* Ratio differentiæ hæc est, quia hereditate data ex tempore, *vt post annum quam moriar, heres mihi esto*: si vis heredem institutum exspectare annum, antequam ex testamento heres exsistat, interim facies locum legitimo heredi, quem semel admissum postea ratione temporis superuenientis excludere non potes. Qua de causa, vt præferatur causa testati causæ intestati non exspectato anno heredem scriptum statim post mortem testatoris admittere debes ad adeundam hereditatem. Quod incommodum nullum exsistit data libertate post annum, vel aliud quodcumque tempus, interim non erit liber, superueniente tempore, fiet liber: nec interim emergit vitij aut incommodi quidquam.

Ad leg. 52. eod. tit.

Imperatores Messenio Frontoni. Testamento militis his verbis adscripta libertate Stephanum seruum meum liberum esse volo, *vel* iubeo, *adita hereditate libertas competit. Et ideo ea, quæ postea adiecta sunt,* sic tamen vt cum herede meo sit, quoad vsque iuuenis sit. Quod si noluerit aut contempserit, iure seruitutis teneatur: *ad reuocandum libertatem, quæ competit, non sunt efficacia. Idem & in paganorum testamentis obseruatur.*

In huius l. specie quodammodo libertas data videtur ad tempus, quæ data est hoc modo. miles testamentum fecit, & ita dedit libertatem: *Stephanum seruum meum liberum esse iubeo vel volo, sic tamen vt cum herede meo sit, quoad vsque iuuenis sit: quod si noluerit, aut contempserit, iure seruitutis teneatur.* Vbi, quia militis testamentum est, *iubeo & volo*, quæ alias sunt precaria verba, pro directis verbis accipiuntur. Et de verbo *iubeo* memini hoc notare ad legem 26. *de vsufr. legat.* Stephano igitur videtur data directa libertas & pure. Ideoque adita hereditate, libertas quasi pure data statim Stephano competit iure directo ex testamento militis, nec reuocari potest, quæ semel competiit, etiamsi cum herede præfinito tempore Stephanus non fuerit. Nihil est difficilius reuocatione libertatis, quæ semel competiit, *l. 9. de manum. vind. l. si ex causa §. vlt. de minor.* Et hoc etiam Paulus ait seruari in testamento pagani, nimirum vt hæc verba: *sic tamen, vt cum herede meo sit, quoad vsque iuuenis sit*, id est, ad tempus. vt, inquam, illa verba conditionem libertati vel moram non iniiciant, & vt libertas, quæ semel adita hereditate iure competiit, tempore non finiatur.

Ad l. 4. quibus ad libert. proclam. non lic.

Licinius Rufinus Iulio Paulo. Is cui fideicommissa libertas debebatur, post vicesimum annum vænire se passus est. Quæro, denegandumne sit ei ad libertatem proclamare. Mouet me exemplum cuiusvis liberi hominis: nam etsi consecutus (esset) libertatem, se vendidisset: denegaretur ei ad libertatem proclamare. nec debet meliori loco intelligi: quod in seruitute constitutus, passus est se venum dari: quam si esset libertatem consecutus. Sed e contrario mouet me, quod in hoc, de quo quæritur, venditio constitit, & est, qui væneat. In libero autem homine neque venditio constitit; & nihil est, quoniam væneat. Peto itaque, plenissime instruas. Respondi. Venditio quidem tam serui, quam liberi contrahi potest, & stipulatio de euictione contrahitur: Non enim de eo loquimur, qui sciens liberum emit: nam aduersus hunc nec ad libertatem

proclamatio denegatur. Sed is, qui adhuc seruus est, etiam inuitus vænire potest: quamuis & ipse in eo malus sit, quod de conditione sua dissimulat, cum in sua potestate habeat, vt statim ad libertatem perueniat. Quod quidem non potest ei imputari, cui nondum libertas debetur. Pone statuliberum passum se venum dari, nemo dicturus est, superueniente conditione, quæ non fuit in eius potestate, libertatis petitionem ei denegandam. Idem puto etiam si in ipsius potestate fuit conditio. Sed in proposito magis probandum est, vt denegetur ei libertatis petitio, qui potuit petere libertatem, & maluit se venum dari, quia indignus est auxilio prætoris fideicommissarij.

INter omnes constat, liberum hominem maiorem 20. annis, qui se simulata seruitute venundari passus est, pretij participandi gratia, ex Senatusconsulto Claudiano seruum fieri, nec posse proclamare ad libertatem contra bonæ fidei emptorem. Quod cæteræ leges huius tit. & multæ aliæ in tit. de lib. causa ostendunt. Inde quæritur, si non liber homo, sed seruus cui fideicommissaria libertas debebatur, qui liberi quodammodo loco est, & statuliberi locum obtinet, vt ait *l. non tantum §. qui per fideicommissum, de fideicom. libert.* Si hic, inquam, homo cui debetur fideicommissaria libertas, se venire passus sit pretij participandi gratia, an ei denegetur proclamatio debitæ libertatis? quod videtur, ne is melioris conditionis sit, quam liber homo. Liber homo, qui auiditate pecuniæ se venire passus est, non potest proclamare ad libertatem, & seruus ergo multo minus, cui debetur, non competit libertas, si se vænire passus sit lucri cupiditate, non potest sibi petere debitam libertatem. Et ita concludit Paulus in fi. huius legis, & *l. 1. C. eod. tit.* In contrarium tamen posset dici non esse seruo, cui debetur fideicommissaria libertas, denegandam proclamationem debitæ libertatis, & aliam causam esse liberi hominis. nam hic turpiter facit prodita sua libertate qui ei pecuniam præfert, & iure non valet venditio. At statuliberi, vel quasi statuliberi venditio valet *l. 25. de statulib.* L. Rufinus Iurisconsultus hac de re consulit Paulum eumque vt in *l. legaui, de liber. legat.* rogat, vt plenius attingat quæ ad eam rem spectant. Iurisconsultus consulit Iurisconsultum peritissimum, is vero est L. Rufinus qui contulit leges Dei cum legibus pop. Rom. fuit enim Christianus, & illa collatio quæ non ita dudum edita est a Petro Pithoeo, habet in quadam bibliotheca Germaniæ præfixum nomen Licinij Rufini. Primo autem Paulus ait, venditionem liberi hominis valere, si ignorans quis eum bona fide emerit quasi seruum, vt eo proclamante ad libertatem euictionis nomine bona fide emptori detur actio ex empto contra venditorem, vel contra eum ipsum hominem, qui se venire passus est, & ita demum nihil valere venditionem hominis, si quis eum sciens emerit, vt ex Licino Rufino refertur in *l. liberi hominis, de contr. empt.* Et contra hunc emptorem, qui sciens emit liberum hominem participantem pretium, sane non denegatur proclamatio libertatis, quia non est venia dignus, qui eum emit, quem sciebat esse liberum, *l. 7. §. si quis sciens, de lib. caus.* Plautus in Epidico Act. 3. Sc. 4. vbi libera mulier loquitur. *Neque me quidem emere quisquam vlla pecunia potuit, qua plus iam sum libera quinquennium.* Is autem, qui adhuc seruus est, etsi ei debeatur fideicommissaria libertas, etiam inuitus a domino vendi potest: Imputatur tamen ei, quod dissimulata conditione sua & quasi statulibertate ac decepto emptore, se vænire passus sit, qui in ipso articulo emptionis declarare debuit, sibi deberi fideicommissariam libertatem, quod tamen non potest imputari ei, cui nondum libertas debebatur, puta pendente conditione libertatis, vel casuali vel potestatiua, nihil refert, vt hic ait Paulus. Hic ergo postea superueniente conditione libertatis, proclamationem siue petitionem libertatis habet, etiamsi venierit interim, inuitus forte. At ille, de quo est quæstio proposita initio huius leg. cui debebatur fideicommissaria libertas, postquam se vænire passus est, dissimulato statu suo, qui diceret deberi sibi libertatem præsenti die, quique eam præsenti die petere debuit, indignus est auxilio prætoris fideicommissarij constituendarum libertatum gratia, quæ per fideicommissum relictæ sunt. Indignus ergo est proclamatione & petitione libertatis, vt liber homo, qui se venundari passus est pretij participandi gratia. Petere & proclamare ad libertatem dici pro eodem, sed frequentius dicunt proclamare etiam alij auctores. Seneca in controuersiis: *proclama ingenuam esse te:* quia, vt ita cum Martiale dicam, hæc res agebatur magno boatu vel clamatu & magno quiritatu, vel ter quaterque clamitando se liberum esse in iudicio instituta actione præiudiciali. Hinc elegans quoque locus de hac re M. Tullij apud Plutarchum, cum M. Gellius quem suspicio erat non esse ortum ex liberis parentibus, literas quasdam in Senatu recitaret magna & vehementi voce: Ne miremini, inquit Cicero, quod Gellius attollat vocem, est enim vnus ex iis qui proclamant.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum XIII. Quæstionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 71. de iure dotium.

Cum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est sed si maritus nomen secutus, vsuras exegerit periculum eius futurum respondetur.

HÆc lex de debitore mulieris loquitur, qui mulieris nomine dotem marito promisit: id est, qui quod debuit mulieri, mulieris nomine marito doti promisit, vel dixit. huius nominis periculum, puta si debitor mulieris redigatur ad inopiam, & impar soluendo fiat, ait ad mulierem pertinere, nec maritum eius pecuniæ nomine, quam debitor mulieri debuit, teneri mulieri soluto matrimonio dotis actione, vt eam pecuniam quasi receptam reddat: videlicet si nulla mora, aut culpa mariti fuerit in exigenda pecunia, vel quia debiti conditio nondũ exstiterat, vel, quia nondum nuptiæ erant secutæ, cum is debitor facultatibus euersus est, id est, si nondum potuerit maritus eam pecuniam exigere, *l. non enim, & l. promittendo §. si a debitore, sup. hoc tit.* At si maritus nomen illud debitoris secutus fuerit, periculum eius pecuniæ, periculum inopis debitoris, respicere ad maritum, quia probauit nomen debitoris, & ideo soluto matrimonio maritum teneri vxori, vt eam pecuniam quasi receptam, etsi eam non receperit, ei restituat dotis nomine. Sequi autem & probare nomen maritus videtur, si vt ait Paulus hoc loco, a debitore vsuras exegerit pecuniæ debitæ, *l. 44. de admin. tut.* quæ huic legi coniungenda: est enim ex eodem libro, vel vt Dorotheus ait hoc loco, si nouandæ obligationis causa debitorem suum mulier marito delegauerit, vt quod debet, ei expromitteret, *l. dotem, hoc tit.* quia nouatio illa & delegatio solutionem imitatur, *l. quamuis §. interdum, ad Velleian. l. inter §. abesse, mand.*

Ad leg. 44. de admin. & peric. tut.

Qui nominibus a curatoribus prioribus susceptis siue tutoribus nomina agnouerunt: periculum in se transferunt.

1. §. Sed si pupillus post pubertatem, rationibus a tutore acceptis, reliquationem eius secutus, vsuras acceptauerit: priuilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. Prætor enim priuilegium ei seruare debet.

Hæc

HÆc lex docet, nouissimos curatores, qui suscipiunt, A probant, sequuntur, agnoscunt nomina contracta ex re pupilli, a tutoribus vel curatoribus prioribus, forte postea remotis periculum nominum in se transferre, vt *l. si probatum, de tut. & rat. distrah.* Aliud est suscipere nomina, aliud sequi, vel agnoscere, vel approbare, *l. si vero non remunerandi §. idem ait, si tutor, mand.* nouissimi curatores inuiti a prioribus nomina contracta suscipiunt, non etiam inuiti ea sequuntur, *l. 35. hoc tit.* qui sequitur nomina, non qui suscipit, eorum periculum in se recipit, *l. Titio §. vlt. ad municip.* Sequitur in hac l. si post pubertatem finita tutela, pupillus rationes tutelæ a tutore acceperit, & reliquationem eius, id est, λειπογραφίαν siue scripturam, qua ex administratione tutelæ verbi gratia, centum apud se residere testabatur, & ea debiturum se sub vsuris certis: si, B inquam, eam reliquationem pupillus approbauerit, & secutus fuerit, nempe reliquæ pecuniæ vsuris sæpius a tutore acceptis, vt *l. 71. de iur. dot.* pupillum non ideo in reliquis exigendis venditis bonis tutoris, vt in *l. si negotium, de priuil. cred.* non inquam ideo eum amittere priuilegium exactionis, quo fretus a prætore desiderare potest, vt sibi priori ex bonis tutoris soluatur, quod tutor reliquatus est, de quo priuilegio agitur in *l. ex facto, de pecul. l. ex pluribus, hoc tit. & l. aliam, de nouat. & l. 22. de tut. & ration.* quæ cum sit ex eod. lib. & huic postremæ parti l. 44. coaptanda.

Ad l. 22. de tutel. & ration. dist. & l. 87. de diu. reg. iur.

Defensor tutoris condemnatus non auferet priuilegium pu- C pilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

DOcet lex 22. pupillo a prætore seruari priuilegium, si non tutor, sed defensor tutoris ei condemnatus sit: quia, inquit, pupillus cum eo non sua sponte contraxit: id est, quia nouatio, quæ fit iudicio accepto cum defensore, est necessaria, non voluntaria, *d. l. aliam, de nouat.* Iudicium redditur in inuitum, *l. inter §. si Stichum, de verbor. obligat.* & iudicio accepto, id est, lite contestata contrahitur cum aduersario, *l. 3. §. idem scribit, de pecul.* & inde lites contractæ Ciceroni, lites contractas iudicanto: sed contractus est necessarius, nouatio necessaria, non voluntaria: nouatio voluntaria auferret pupillo priuilegium, vt si post pubertatem nouandi animo stipularetur ab alio, quod sibi tutelæ iudicio tutor debet: at nouatio necessaria, quæ fit D iudicio accepto cum alio, quam cum tutore, vt cum defensore tutoris, non aufert pupillo priuilegium, *d. l. aliam.* Et alia est ratio priuilegij dati ei, qui pecuniam deposuerit apud mensam argentarij, qui ab argentario acceptando vsuras id priuilegium amittit, quia creditor potius est, quam depositor, certe non est simplex depositor, *l. Lucius, depos.* Idque Bartolus recte notat ex *l. si ventri §. in bonis, de priuileg. credit.* ad quam male respondet Accursius. Ad id vero, quod ait *l. 22.* nouatione necessaria non auferri pupillo priuilegium, &c. id est, non fieri conditionem pupilli deteriorem, referendum est illud, quod scribit Paulus in *l. 87. de reg. iuris. Nemo,* inquit, *in persequendo, litis contestatione, scilicet iudicio accepto, deteriorem* E *causam, sed meliorem facit.* Hæc est ratio *d. l. 22.* quæ ostendit, cur non amittat priuilegium pupillus, litem contestando cum defensore tutoris. Et meliorem eius conditionem fieri, qui litem contestatus est, ostendit h. l. ex eo, quod post litem contestatam heredes eius, quo cum actum est, tenentur ex omnibus causis, etiam ex pœnalibus causis, ex delictis: & tenentur quasi ex contractu defuncti, quia cum defuncto iudicio accepto contractum est, *l. pœnalia, hoc tit. l. vn. C. ex delict. defunct.* Item post litem contestatam actiones, quæ morte actoris vel creditoris erant interituræ, vt populares actiones, vel iniuriarum, vel de moribus, ad heredes eius transeunt similiter, quasi ex contractu idque probaui lib. 7. *sup. ad leg. 86. de reg. iur.*

Ad leg. 5. de separat.

Si creditores hereditarij separationem bonorum impetrauerunt, & inueniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus: non poterunt reuerti ad heredem, sed eo quod semel postulauerunt, stare debent. sed si post impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id, quod adquisitum est illis, qui separationem impetrauerunt. sed si illis satisfactum fuerit: quod superest, tribuetur propriis heredis creditoribus. At si ex alia causa heres adquisierit, non admittentur hereditarij creditores. Quod si proprij ad solidum peruenerunt, id, quod superesit, tribuendum hereditariis quidam putant. mihi autem id non videtur. cum enim separationem petierunt: recesserunt a persona heredis, & bona secuti sunt, & quasi defuncti bona vendiderunt, quæ augmenta non possunt recipere. Idemque existimo dicendum, etiamsi circa separationem bonorum decepti, minus consecuti sint, quam proprij heredis creditores. Proprij autem heredis creditores habent propria eius bona, & personam, quæ potest, donec viuit, adquirere.

BEneficium separationis est, quod scilicet prætor dat creditoribus hereditariis desiderantibus separari se a creditoribus heredis. ac similiter bona hereditaria separari a bonis heredis, forte quod bona hereditaria sunt idonea dimittendis creditoribus hereditariis, qui defuncti creditores fuerunt, bona autem heredis non sunt idonea dimittendis creditoribus heredis, vt scilicet in hereditariorum bonorum possessionem veniant soli creditores hereditarij, & in possessionem bonorum heredis creditores heredis, non omnes confuse in omnia bona tam defuncti, quam heredis. Et hoc est beneficium separationis. Turpiter autem in ipso limine huius legis impingit Accursius, dum *creditores hereditarios* interpretatur esse proprios creditores heredis, quos accurate Paulus separat a creditoribus hereditariis. Et ponit idem Paulus creditores hereditarios postulasse & impetrasse separationem bonorum, postea vero comperiisse bona hereditaria non esse idonea, bona autem heredis esse idonea, contra quam initio petendæ separationis sibi persuaserant. Et ideo nunc redire velle ad heredem, & excutere eius bona, nec vti beneficio separationis, quod Paulus negat iis esse permittendum, quia separationi, quam postularunt, stare debent, nec eludere beneficium prætoris. Ergo non admittuntur ad bona heredis, quæ habuit aditæ hereditatis tempore, vel quæ postea ex alia causa, quam hereditaria sibi adquisiuit. nam ad ea quæ post aditam hereditatem, ex hereditate quæsiuit, admitti possunt, quia & hæc hereditaria esse censentur, quæ parta sunt ex hereditate & pecunia hereditaria, *l. res quæ, de iur. dot. l. 1. C. de castrens. pecul. lib. 12. l. vlt. C. de seruis pig. dat.* Impletis autem & dimissis creditoribus hereditariis in solidum ex bonis ab herede ex hereditaria pecunia quæsitis: quia & hæc heredis sunt, si quid ex eis supersit, id tribuendum esse ait creditoribus heredis, & ex contrario, dimissis in solidum propriis creditoribus heredis, ex bonis heredis si quid supersit, in bonis heredis, quidam putat, nempe Papinianus in *l. debitor, §. vlt. hoc tit.* superfluum illud esse tribuendum creditoribus hereditariis. Quam sententiam hoc loco Paulus improbat & Vlpianus in *l. 1. §. pen. hoc tit.* quia ea bona non sunt hereditaria, & separatione petita creditores hereditarij semel recesserunt a persona & bonis heredis, & secuti sunt bona duntaxat hereditaria eaque vendiderunt, quæ non possunt recipere augmentum ex bonis heredis; bona heredis non augent bona hereditaria. Nec quidquam obstat, quod creditoribus hereditariis fraudi separatio bonorum fuerit: nempe quia eius beneficio minus consequuti sunt, quam creditores heredis, nec ad solidum peruenerunt, quia id suæ simplicitati & imprudentiæ imputare debent, cur temere & inconsulto petierunt separationem. Nullo ergo modo possunt attingere bona heredis, a quibus recesse-

runt, ſed creditores ſoli heredis ea habent propria, quæ heres habuit aditæ hereditatis tempore, & quæ poſt aditam hereditatem adquiſiuit ex alia cauſa, vt & perſonam quoque heredis, creditores heredis iure proprio obligatam habent, non iure hereditario. Et ita etiam vt hoc loco, & *l. lecta, de rebus creditis, & l. qui heredi, §. ſi duorum, de condit. & demonſt. & l. 6. vſufruct. quemadm. cau.* crediderim eundem auctorem, dum ait, *quidam*, Papinianum intelligere. nam conſtat inter Papinianum & Paulum fuiſſe quandam æmulationem.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XIV. Quæſtionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 43. ſi pupillus, de adm. & per. tut.

Si pupillus alterum ex tutoribus poſt pubertatem liberaſſet: improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. Idemque dicemus in duobus magiſtratibus collegis, quorum alterum reſpublica conuenit. Sed hæc in magiſtratibus tractaui, quaſi duo rei eiuſdem debiti eſſent omnimodo, quod non ita eſt. nam ſi vterque idoneus eſt, electio locum non habet. Is autem, qui tempore liberatus eſt: non ei ſimilis eſt, qui nihil habet: ſed ei, qui ſatisfecit. habet enim, quod obiiciat petitori.

HVius legis interpretatio difficillima ſane eſt. Species hæc eſt. Duo ſunt tutores, primus & ſecundus, qui communiter pupilli tutelam geſſere. Primus eſt idoneus atque locuples, ſecundus non eſt idoneus. Hunc qui non eſt idoneus, pupillus pubes factus liberauit pacto, vel acceptilatione. Quæritur, *an poſſit alterum, qui eſt idoneus, conuenire in ſolidum, tam ſuo, quam ſui contutoris inopis & liberati nomine?* Reſpondeo: non poſſe: quia liberatio ſecundi pro ſolutione eſt. Et ideo primus pupillo non tenetur, niſi pro parte ſua. Si neminem ex tutoribus pupillus liberaſſet, inopia ſecundi oneraret primum & obligaret in ſolidum, videlicet pupillo etiam pro parte ſecundi aduerſus ſecundum quandoque locupletiorem factum, cedente actionem tutelæ primo, *l. ex pluribus ſup. hoc tit. l. 6. C. eod. l. 21. inf. de tut. & rat. diſtr.* Quandoquidem actionem in ſpecie propoſita pupillus nullam habet, vt primo eam cedere poſſit, aut inefficacem habet, quia ſecundum liberauit, & ideo ſecundus ei pro ſua parte ſatisfeciſſe intelligitur. Denique ſupereſt tantum petitio pro altera parte, quæ pertinet ad primum. Proinde non eſt ferendus pupillus, ſi contra fidem bonam improbe & inuerecunde primum ſecundi nomine conetur interpellare. Et ita reſpondet Paulus. Nec obſtat huic reſponſo, quod vno ex duobus fideiuſſoribus a creditore liberato in alterum eſt actio in ſolidum, *l. 15. §. vlt. de fideiuſſ.* quia actio, quæ in fideiuſſorem datur, ſtricta eſt, non bonæ fidei, vt ſupradicta actio tutelæ, quæ eſt bonæ fidei. Ac præterea alteri, a quo ſolidum exigit, poteſt creditor cedere actiones ſuas contra debitorem. In ſpecie autem propoſita nullam habet actionem pupillus, quam cedat primo, quem improbe exigit in ſolidum. Nihil etiam obſtat, quod vno ex duobus heredibus a teſtatore abſoluto onere legati, quod initio ab vtroque herede reliquerat his verbis: *Quiſquis mihi heres erit, Titio centum dare damnas eſto*, alter qui abſolutus non eſt, legatario tenetur in ſolidum, *l. ab omnibus, de leg. 1.* quia & voluntas teſtatoris & ſermo huic ſententiæ ſuffragatur, vt integrum ſcilicet onus legati apud alterum remaneat, qui abſolutus non eſt. Quod autem dixit Paulus de duobus tutoribus, idem ſubiicit eſſe dicendum in duobus magiſtratibus collegis. De magiſtratibus municipalibus loquitur ſiue duumviris, quorum alterum ex adminiſtratione cuiuſdam muneris publici communiter geſti Reſpublica conuenit; alterum liberauit: nam pro parte liberati qui non erat idoneus, idoneus quem conuenit, non tenetur in ſolidum, ſed pro ſua parte tantum, quia vt tutor, ita magiſtratus, qui liberatus eſt, licet egeſtate laboret, non eſt egeno ſimilis, aut inopi, vt inopia eius debeat onerare collegam, ſed potius ei ſimilis eſt, qui ſoluit aut ſatisfecit pupillo, aut Reipublicæ. Satisfactio pro ſolutione eſt, *l. ſatisfactio, de ſolut.* ſiue ille pacto, ſiue acceptilatione liberatus ſit. Similis eſt ei, qui ſoluit, quia habet quod obiiciat Reipublicæ ſi conueniatur. Et hæc eſt ratio poſita in fine huius legis, quæ reſpicit tam ad magiſtratum, quam ad tutorem liberatum. Is autem, qui liberatus eſt non eſt ei ſimilis qui nihil habet, non eſt egeno ſimilis, vt debeat onerare collegam, ſed ei ſimilis eſt, qui ſatisfecit. Habet enim quod obiiciat creditori, nempe exceptionem ſiue pacti acceptilationem. Lego, *is autem*, inquit, *qui liberatus eſt*, circumſcripto verbo, *tempore*. nam ita habent omnes libri, vulgo, *is autem qui tempore liberatus*. Faceſſere iubeo, illud verbum *tempore*, quia initio poſuit, eum, de quo agitur, in fine huius legis, ſimpliciter fuiſſe liberatum a pupillo pubere facto. Ergo & nunc ſimpliciter debet ponere eum fuiſſe liberatum a pupillo vel Republica, pacto ſcilicet vel acceptilatione, *l. 1. in fine, quæ in fraudem credit.* Ac præterea conſtat ex adminiſtratione tutelæ, vel cuiuſuis muneris publici tutorem, vel magiſtratum quemque teneri perpetua, non temporali actione. Neutrum ergo poni poteſt, tempore liberatum eſſe, ſed modis conſuetis & ſolemnibus, puta pacto vel acceptilatione. Itaque vox illa *tempore* redundat, & forte tranſducta eſt ex initio *l. ſeq.* dum ait, *tempore curæ*. In hac vero quæſtione ſatis intelligitur Paulus magiſtratus comparaſſe tutoribus, & recta comparatio eſt. At in aliis cauſis plurimum inter ſe diſtant, quod & hic Paulus attingit. Nam duo tutores ex tutelæ adminiſtratione, vt duo rei conſtituuntur eiuſdem debiti, quia ipſo iure ſinguli tenentur in ſolidum, etſi vterque ſit idoneus, id eſt, ſi vterque ſolidum ſoluere poſſit. Electio eſt pupilli, quem conueniat in ſolidum ipſo iure. Verum poſita exceptione is, qui conuenitur in ſolidum, ſi in eo nulla culpa detegatur, quæ ſuſpectum tutorem non fecerit, vti poteſt beneficio diuidendæ actionis, vt damnetur in partem tantum, quia huius actionis ſiue arbitrij, quod eſt bonæ fidei æquitas hoc deſiderat, *l. 1. §. nunc tractemus inf. de tut. & rat. diſt. l. vlt. rem pup. ſal. fore l. ſi plures, hoc tit.* Cæteri rei debendi ex alia cauſa, quam tutelæ, ante Nouellam Iuſtiniani non habuerunt beneficium diuiſionis. habent, ſi omnes ſint ſoluendo. Magiſtratus autem ſeu duumviri non ſunt rei debendi, quia ſi vterque ſit idoneus, electio loci non habet, vt ſcilicet quemvolet Reſpublica eligat & conueniat in ſolidum, ſed in ſingulos eſt actio pro virili parte, vel pro rata adminiſtrationis.

Ad l. 3. in ambiguo, de reb. dub.

In ambiguo ſermone non vtrumque dicimus, ſed id duntaxat, quod volumus. Itaque qui aliud dicit, quam vult: neque id dicit quod vox ſignificat, quia non vult: neque id quod vult, quia id non loquitur.

HÆc l. differentiam facit inter eum, qui ambigue, & eum qui perperam loquitur. Ambiguus ſermo eſt, qui in duas vel plures ſententias trahi poteſt, *l. cum Stichus, de ſolut.* Etſi autem ſermo teſtatoris ſit ambiguus, ipſe tamen nunquam teſtator ſibi eſt ambiguus, quia non vtrumque vult, quod ambiguus ſermo ſignificat, ſed alterutrum tantum. Et ideo id ſolum ſequimur, quod eum ſenſiſſe probatur, *l. in ambiguis orationibus, de reg. iur.* vel ſi id liquido non appareat, ſequimur quod commodius heredi eſt. In dubio parcimus heredi, quem magis dilexit teſtator, cum

cum summum honorem testamento suo ei detulerit, vt probat *l. Sempronius, de leg.* 2. *l.* 3. § 3. *de ann. leg.* nemo est sibi ipsi ambiguus, quia vt Diodorus dicebat, nemo duo vel plura dicit, qui se sentit vnum dicere. Et ratio alia est eius, qui ambigue non loquitur, sed perperam & inepte, vt puta qui aliud dicit, quam sentit, quia neque id sentit, quod dicit, neque id dicit, quod sentit. Et hoc casu interdum plus valet, quod dixit, quam quod sensit & voluit. vt in legatis, in quibus strictum ius sequimur, si cum vellet testator eiusdem fundi vsumfructum alij legare, alij nudam proprietatem, legauerit alij fundum, alij vsumfructum, non ex sententia testatoris ei, cui legauerit fundum, dabimus nudam proprietatem, sed ex verbis plenam & solidam proprietatem, communicato vsufructu: quia fundi appellatione plena proprietas significatur, *l. si alij, de vsufr. leg.* Testatoris sententia est quidem iuris subtilitate potior vt in *l. Sempronius, d. tit.* sed non est potior certa vel indubitata scriptura vel nuncupatione verborum. Et hoc est, quod ait *lex ille aut ille, de leg.* 3. quum in verbis legatorum scilicet nulla est ambiguitas, non debere admitti quæstionem voluntatis, vel interpretationem non esse quærendam, quid voluerit, aut senserit. Eodemque pertinet *l.* 16. *de cond. & demonst.* interdum plus valet quod sensit, quam quod dixit, vt in fideicommissis, in quibus plus potest nuda voluntas, *l. cum virum, C. de fideicomm.* Et ita de fideicommissis est accipienda *l.* 25. *hoc tit.* Interdum vero nihil agitur, si testator aliud dicat, quam quod senserit: vt si vestem leget pro fundo, falsa animi sui notione subiecta, inutile est legatum, *l.* 4. *de leg.* 1. quia vt d. l. ait, rerum vocabula, quæ scilicet rerum substantiam demonstrant, quæ sunt notæ & symbola rerum, sunt immutabilia, quæ differentiam tantum demonstrant. vt Stichus, Pamphilus, fundus Cornelianus, illa sunt mutabilia, nec eorum mutatio quidquam officit legato, si euidens sit sententia defuncti. At illorum mutatio, quæ rerum substantiam significat, damnum adfert sententiæ defuncti: perimit etiam sententiam defuncti, contra naturam loquutus est, qui fundum dixit pro veste: aut vestem pro fundo. Symmachus 5. epist. 52. *Quid mobilibus commune cum prædio, nullus error sensuum, nulla verborum interpretatio potest verba ista miscere.* Aristoteles 2. Top. Qui mutant rerum vocabula quibus res quasi publica nota insignitæ sunt, migrare a natura & ciuitatis more publice recepto, ac proinde nihil agere. Et ex hac causa derisorium potius videtur legatum, quam vtile.

Ad l. 103. si ita, de condit. & demonst.

Si ita legatum sit, Titio post decem annos dato, si satis ab herede non exegerit, *& Titius intra decimum annum decesserit: ad heredem suum transmittet legatum: quia moriente eo conditio exstitit.*

Ante omnia ponamus principia iuris, quæ ad hanc legem spectant. *Legatario mortuo pendente conditione, conditionalia legata in heredem eius non transmittuntur.* Item: *legati conditionalis pendente conditione legatario ex edicto pratoris cautio præstanda est, puta, quum conditio exstiterit se legatum præstiturum,* quæ cautio nec remitti potuit a testatore ante constitutionem D. Marci, id est, *l.* 2. *C. vt in poss. legat.* & species quam mox ponam pertinet ad illud ius, quod obtinuit ante illam constitutionem, vt demonstrat *l. cum tale* §. *Titius, hoc tit.* Finge, centum Titio legaui post decem annos, sub hac conditione, si medio tempore eam cautionem ab herede non exigeret, quæ conditio hodie esset pro remissione cautionis, olim non fuit pro remissione: sed omnimodo pro conditione, quæ implenda necessario foret. Titius non exegit eam cautionem, & decessit intra decennium, Quæritur an transmiserit legatum ad heredem suum? Et respondet transmisisse, quia moriente eo legati conditio exstitit, & certum esse cepit, eum eam cautionem non exacturum, quam ante nec exegerat Moriente denique eo legati conditio non exstitit: conditio non faciendi impletur morte legatarij, sed quia impleri potest etiam morte heredis superstite legatario, legato sub ea conditione relicto, si ab herede cautionem non exegerit, Mutianæ cautioni locus non est, id est, oblata cautione Mutiana, Titius non potest peruenire ad legatum pendente conditione, *l. cum tale* §. *Titius, hoc tit.* At moriente legatario, cui imposita ea conditio est, superstite herede testatoris, legatum in heredem legatarij transmittitur, & peti ab eo potest, post decennium tantum non statim, quia & dies & conditio inest legato: peti, inquam, potest ab eo post decennium, non ante vt Accursius notat recte: & ratio hæc est, ne heres legatarij maturius habeat legatum quam legatarius ipse, *l. Publius* §. *vlt. sup. hoc tit.*

Ad l. 41. de re iudicata.

Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegauero creditori meo: an in solidum conueniendus sis? & si in solidum conueniendus, an diuersum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegauero? & quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? Respondit: nulla creditor exceptione summoueretur, licet is, qui ei delegatus est poterit vti aduersus eum, cuius nomine promisit. cui similis est maritus: maxime si constante matrimonio petat. & sicut heres donatoris in solidum condemnatur, & ipse fideiussor, quem in donando adhibuit: ita & ei, cui donauit, in solidum condemnatur.

1. §. *Fundum qui donauit, si non restituat: vt quiuis possessor, damnandus est. si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit, in solidum condemnandus est. potuit enim non periclitari, si statim restituisset. si dolo desiit possidere: in litem iurabitur. & tanti sequetur condemnatio.*

2. §. *In solidum condemnatus donator, actione iudicati, nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio constitutionis.*

Ante omnia meminisse debemus eum, qui ex donatione se obligauit, puta qui donandi animo stipulanti promisit rem, vel pecuniam certam, licet teneatur in solidum, tamen non damnari in solidum, sed in id tantum, quod facere potest, ex constitutione Diui Pij, *l. qui ex donatione, de donat. l. si extraneus, de iur. dot. l. Diuus Pius, de reg. iur.* Et in fine huius legis beneficio constitutionis, id est, constitutionis Diui Pij. Id quod donator consequitur, si ex donatione conueniatur in solidum, opposita exceptione doli mali, hoc modo: At si non dolo malo facis, qui ex causa donationis plus a me petis, quam facere possim, *l. pen. de don.* Et is quidem solus, qui ex donatione conuenitur, ex hac constitutione damnatur & exigitur, in quantum facere potest deducto ære alieno, *l.* 19. §. *vlt. hoc tit.* id est, eo detracto, quod aliis creditoribus debet. Iis enim prius satisfieri oportet, quam donatario. nam & donatarius verus creditor non est, *l. exheredatum, in fine hoc tit.* Hoc cognito videamus, si te donaturum mihi pecuniam certam delegauero creditori meo, vt eam ei promittas, nouatione facta videamus, inquam, vtrum possit te creditor meus conuenire in solidum, an eatenus tantum quatenus facere potes, id est, quatenus facultates patiuntur. Et quid si te, cum mihi donare volebas, delegauero non creditori meo, sed ei, cui ego quoque donare volebam eam pecuniam, quam tu mihi donabas vel offerebas, an hic posterior donatarius te in solidum conuenire & condemnare potest? Quid item, si pro muliere, cui donare volebam certam pecuniam, muliere delegante marito eius dotis nomine promiseris, an te maritus in solidum conuenire potest? Has tres quæstiones coniunxit Nesennius Apollinaris, & proposuit Paulo, quibus ita respondet Paulus, vt dicat, creditorem meum, cui ego delegaui eum, qui mihi donare volebat, nulla exceptione repelli posse, quo minus solidum consequatur, *l. pen. de nouat.* Quia is quem delegaui, mihi donauit, non creditori meo, & con-

tra me, ne mihi solidum soluat, supradicta exceptione se tueri potest, non contra creditorem meum, qui sibi debitum, non donatum petit. Et eadem ratione maritum, cui dotem promisit, qui mulieri donaturus erat, nulla exceptione repelli posse: maxime, inquit, si dotem promissam petat constante matrimonio, id est, marito iam sustinente onera matrimonij, nam dirempto matrimonio, maritus exceptione repelli potest in eo, quod mulier dotis iudicio receptura est, *l. si donaturus* §. *vlt. de condict. cau. dat.* Proinde, sicut ea exceptio vt non damnetur vltra facultates, datur tantum donatori, non heredi donatoris, non fideiussori donatoris, quem adhibuit in cauenda donatione, sicut, inquam, ea exceptio non datur heredi, vel fideiussori donatoris, si a donatario conueniatur in solidum, *l. etsi fideiussor, hoc tit.* quia heres aut fideiussor donatoris ei non donauit, sed defunctus, vel reus principalis, & donatoris tantum persona meruit hunc fauorem ex constitutione Diui Pij. Denique personale beneficium est. ita vero & cuilibet alij qui nihil donauit ei qui delegatus est & sed promisit & donauit deleganti tantum, nulla datur exceptio, si conueniatur in solidum ab eo, cui delegatus est, siue sit creditor delegantis, siue maritus: quia creditor, vel maritus ab eo stipulando suum negotium gessit, & nihil dolo malo facit. Eademque interuenit ratio, si cum mihi donare velles, ego te delegauero ei, cui & ipse tantundem donare volebam, quia tu non ei donasti, sed mihi; ideoque in integrum, id est, in assem, in solidum ei teneris etiam vltra facultates tuas, non etiam mihi, *l. qui id quod* §. *vlt. de donat.* Et ita recte respondet Paulus. Huic responso obstat lex *si extraneus, de iur. dot. illo loco: nam si donauit, vtcunque parcendum marito, qui eum non præcipitauit ad solutionem, qui donauerat, quemque in id quod facere posset si conuenisset condemnauerat, &c.* Quæ vebra omnes sic accipiunt, vt maritus, cui is, qui mulieri donauit, voluntate mulieris dotem promisit, eum per iudicem condemnare possit in id tantum, quod facere potest, non in solidum. Quod omnino est falsum. Et perperam quoque ea verba hactenus accepta sunt eo modo, quia non ad maritum, sed ad mulierem referuntur in hanc sententiam: vt si extraneus, cum mulieri donare vellet, pro ea dotem marito promiserit, & priusquam conueniretur a marito, defectus sit facultatibus, periculum eius nominis, quod per inopiam debitoris periit, pertineat ad mulierem, non ad maritum, quia non potest imputari marito, quod pepercerit ei, cui & mulier ipsa pepercisset, quod non acerbe exegerit eum quem nec mulier ipsa exegisset, vel quod maritus cum eo non egerit ex stipulatione, vel quod eum non præcipitauerit ad solutionem, qui donauerat mulieri, quem & mulier ipsa si conuenisset in id tantum, quod facere posset condemnatu erat. Sic legendum, vel intelligendum, id est, *Condemnatura erat.* Vis scire, quam hæc sit sententia vera? Obserua verbum illud, *donauerat.* Quod sic omnino accipiendum est, *qui donauerat mulieri.* Nec enim vlli alij extraneus donauerat, quam mulieri. Obserua etiam verbum illud, *Si conuenisset,* referri ad mulierem, id est, si mulier donatorem conuenisset, non conuenit quidem eum, sed si conuenisset eum ipsa condemnasset tantum in id, quod facere posset. Ergo & tertium verbum *condemnatu erat,* necessario ad mulierem referri debet, vt sit, quem mulier condemnatura erat: & condemnatu erat sic forte dixit pro condemnatu iri, quo modo frequenter iuris nostri auctores vtuntur, datu iri, redditu iri, actu iri, restitu iri, & M. Cato M. Tull. (hoc nondum obseruatunt) in prætura vrbana, vt legit Iul. Seuerianus Rhetor antiquissimus qui falso editus est, & imperfectus sub nomine Cornel. Celsi, *Quis hoc non perspicit,* inquit, *preclare nobiscum actu iri. & in 5. ad Attic. plura alia sciebam tarde tibi redditu iri,* sic legendum ex veteribus. ex eisdem etiam in Octauio Minuc. Felicis qui liber extat ad finem Arnobij, & falso dicitur esse liber octauus aduersus Gentes, ita legendum est, *post mortem Amphiarus ventura respondit, qui proditu iri se ob monile ab vxore nesciuit.* Porro solet etiam huic responso Pauli opponi *l. si prior, sol. matr.* sed inepte: quia ea lex non loquitur de eo, qui mulieri donauerat, sed de debitore mulieris, id est, de priori marito, qui mulieri dotem debuit, & posteriori marito dotem promisit mulieris nomine, qui quidem posteriori marito non tenetur vltra facultates suas, quia nec vltra facultates suas mulieri quidquam debuit dotis nomine. maritus enim de dote tenetur in id tantum, quod facere potest.

Ad §. Fundum.

Sciendum est, donatorem supradicta exceptione, vel supradicto beneficio Diui Pij vti contra donatarium, si a donatario conueniatur actione in personam, non si actione in rem: quia actione in rem conuenitur non vt donator, sed vt quilibet possessor, sicut dicimus furem non teneri actione in rem, vt furem, sed vt possessorem quemlibet, *l. 12. C. de fur.* Fac traditione perfectam esse donationem fundi: post, casu aliquo & bona fide donatorem nactum esse eiusdem fundi possessionem, & donatarium ab eo vindicare fundum quasi suum factum per traditionem: si conuentus actione in rem, id est, rei vindicatione, fundum non restituat arbitrio iudicis: nam actio in rem est arbitraria, vt quiuis possessor damnandus est in solidum, non vt donator in id tantum quod facere potest, *l. qui restituere, de rei vindic.* vel si restituat fundum, etiam fructuum nomine in solidum est condemnandus, si eos, inquit, non consumpsit. Ergo fructuum tantum exstantium nomine: quia, inquit, potuit non periclitari, si statim fundum restituisset, id est, statim atque mota & contestata lis est, & restituere iussus est. At quia statim non restituit fundum, periclitatur, id est, damnum facit fructuum exstantium. At cur non etiam consumptorum, vt definitur in *l. 17. de his, quibus vt ind. l. certum, C. de rei vindic.* quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt, & tenentur tam de fructibus consumptis post litem contestatam, quam de exstantibus. Dicendum, hoc esse singulare in donatore, vt de consumptis non teneatur, etiam si consumpti sint post litem contestatam, quia donator auare exigendus non est. Vnde etiam ex mora, neque fructus debet consumptos, neque vsuras, quæ fructus pecuniarum sunt, *l. eum qui, de donat. l. liberalitatis, de vsur.* Additur, donatorem conuentum actione in rem, qui dolo fecit, quo minus fundum restituere posset, qui dolo malo eum desiit possidere, quanti in litem donatarius iurauerat, id est, quanti litem iuratus æstimauit, tanti damnandum esse, *d. l. qui restituere, l. seq. l. 2. de in lit. iur. l. 5.* §. *idem Iulianus, ad exhib.* Iusiurandum in litem, quod dedit aduersarius, sequitur condemnatio plerunque, quæ iuriiurando comparatur, *l. a possidentibus, C. de rei vindic.* Et vltimo loco ostenditur in hac lege, supradictam exceptionem, vt non damnetur vltra facultates a donatore opponi conuento in personam ex causa donationis, non solum pendente iudicio, quandocunque ante condemnationem, sed etiam post condemnationem in exsecutione vel actione iudicati, quod etiam ostenditur in *l. qui id quod, sup. de donat.* Nunquam sera est huius exceptionis siue defensionis oppositio siue allegatio.

Ad l. 30. ex sextante, de except. rei iudic.

Ex sextante heres institutus, qui intestato legitimus heres esse potest, cum de re testamenti faceret quæstionem, ab vno ex institutis dimidiam partem hereditatis petit nec obtinuit, videtur in illa petitione etiam partem sextantis vindicasse: & ideo, si ceperit ab eodem ex testamento eandem portionem petere, obstabit ei exceptio rei iudicatæ.

1. §. *Latinus Largus: cum de hereditate inter Mæuium, ad quem pertinebat, & Titium, cui controuersiam mouerat, transigeretur: traditio rerum hereditariarum Mæuio herede a Titio facta est. In qua traditione etiam fundum ei suum proprium*

prium, quem ante multos annos auo eiusdem Mæuij heredis obligauerat, quemque alij postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titij creditor ius suum persequutus est, & obtinuit. Post hoc iudicium Mæuius heres reperit in rebus auitis chirographum eiusdem Titij ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, cum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam auo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Cum ergo constet, prius auo Mæuij heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Mæuius superatus est: quæro an ius aui sui, quod cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita, exsequi possit. respondi, si de proprietate fundi litigatur, & secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatæ exceptionem: quoniam de eius quoque iure quæsitum videtur, B cum actor petitionem implet. quod si possessor absolutus, amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret: non obesset ei exceptio: nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur. Cum autem pigneratitia actum est aduersus priorem creditorem: potest fieri, vt de iure possessoris non sit quæsitum: quia non, vt in proprietatis quæstione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione vtique consequens est, vt non sit alij obligatum, quod hic probauit sibi teneri. & probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quæsitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quæstione magis me illud mouet, numquid pignoris ius exstinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseuerare domino constituto creditore. actio tamen pigneratitia competit. Verum est enim & pignori datum & satisfactum non esse. quare puto non obstare rei iudicatæ exceptionem. C

IN hac lege duæ proponuntur species. Prima ita est constituenda. Quidam duos agnatos suos eiusdem gradus, primum & secundum, qui ab intestato ei poterant heredes esse, testamento heredes instituit, primum ex sextante, secundum ex quincunce, & extraneum ex alio quincunce. Primus falsa opinione ductus dixit, non iure factum testamentum, id est, in eo deesse solemnia iuris; & vt heres legitimus iure intestati ab extraneo vindicat vel petit (vtroque verbo idem significatur) semissem bonorum, quia omisso sextante, extraneo accreuit vncia: vindicat, sed non obtinet. Quæritur, an iudicio superatus, quod instituerat in extraneum, deinde ex sextante sibi relicto aliquid iure testamenti percipere possit, an redire possit ad causam testati quam omisit initio? Quod æquissimum esse videtur, quia errore lapsus, cum falso putaret iniustum esse testamentum, semissem ab intestato vindicauit, *l. 17. de adquir. hered. l. mater, de inoff. testam.* Si dixisset testamentum inofficiosum esse, nec obtinuisset, esset indignus testamenti commodo, *l. Papinianus §. meminisse, de inoff. testam. l. edicto §. pen. de iure fisci, l. alia, C. de his quibus vt indig.* esset, inquam, indignus commodo testamenti: quia quantum in eo fuit, impugnauit testamentum & iustum iudicium defuncti. At quum iniustum esse testamentum dixit, vt in proposita specie, id est, non factum vti oportet ex lege, solemniter, quia de iure disputauit, de solemnibus & apicibus iuris, non etiam iustum iudicium defuncti impugnauit, retinet testatoris voluntatem, *l. 1. §. 1. l. pen. de his quibus vt indign.* retinet igitur sextantis partem dimidiam, id est, vnciam, eamque petere a secundo potest: alteram vero vnciam amittit, quia intelligitur ab extraneo semissem vindicando, & semissem sextantis vindicasse, qui extraneo accreuerat. Idcirco re contra eum iudicata, si ab eo vnciam petat, id est, sextantis semissem, summouebitur exceptione rei iudicatæ. Et hæc prior species huius l. Sequitur posterior, quæ longe prolixior est. Orta est controuersia inter Mæuium aui sui verum heredem ex testamento, & Titium possessorem hereditatis eius; & finita ea controuersia est, facta transactione ea lege, *vt Mæuio vero heredi Titius possessor traderet res hereditarias, quas possidebat.* Titius eas res ex causa pacti siue transactionis Mæuio

A tradidit, & in iis etiam fundum suum proprium, quem iampridem auo Mæuij pignorauerat pecuniæ nomine, nam & hic fundus intelligitur esse ex hereditate aui, *l. 2. §. in hac actione, vi bonor. rapt.* eum, inquam, fundum prius auo Mæuij obligauerat, deinde obligauerat etiam eundem iure pignoris Caio posteriori creditori. Et hic quidem posterior creditor egit actione hypothecaria contra Mæuium, ad quem traditione translata erat fundi possessio & proprietas ex causa transactionis, & obtinuit Mæuio nesciente auo quoque suo eundem fundum, & quidem priori fuisse obligatum, ac proinde Mæuio nesciente auum suum in iure pignoris fuisse potiorem, nec se defendente priuilegio temporis. Quæritur si postea Mæuius in bonis aui inuento chirographo hypothecæ, cognouerit auum fuisse priorem in hypotheca, an possit cum effectu agere hypothecaria contra Caium posteriorem creditorem, a quo priore iudicio superatus est, cum effectu, id est, sine metu exceptionis rei iudicatæ, cuius hæc sit formula, *quod de eodem fundo agat, qui antea in iudicium venit?* Et hæc est quæstio posterior. Cui vt respondeat Paulus, primum ostendit multum interesse vtrum de proprietate, & dominio fundi litigatum sit inter Caium agentem rei vindicatione hoc modo: *si paret fundum meum esse & Mæuium possessorem fundi.* an vero inter eos litigatum sit de hypotheca. Priore casu si de proprietate litigatum sit, & secundum actorem pronuntiatum sit, puta, *fundum Caij esse videri,* petitionem suam, vt ait, implente Caio, id est, probante, se eius fundi dominum esse, eique Caio ex causa iudicati Mæuius fundum restituerit, postea Mæuio vindicanti eundem fundum, obstat exceptio rei iudicatæ, quia quum iudicatum est *fundum esse Caij,* qui egerat rei vindicatione contra Mæuium possessorem, & hoc quoque iudicatum videtur, fundum Mæuij non esse, *l. si inter, hoc tit. & l. Pomponius, §. sed & is, de procur.* Denique pronuntiatum videtur, non tantum de iure actoris, sed etiam de iure possessoris. Nimirum fundum actoris esse, possessoris non esse, & hoc si possessor condemnatus est, si iudicatum sit secundum actorem possessore condemnato. At si possessor, id est, Mæuius absolutus sit iudice pronuntiante, *fundum, quo de agitur, actoris esse non videri*, de iure tantum actoris pronuntiatum est, non de iure possessoris, vt ait d. lex *si inter, hoc tit. & Theoph. in §. æque, Instit.* D *de action.* Non est ergo pronuntiatum de iure possessoris. Ex quo efficitur integrum esse possessori, forte amissa possessione fundi, si ea peruenerit ad Caium, de cuius iure pronuntiatum est, eum fundum vindicare posse sine metu exceptionis rei iudicatæ: quia nihil in suo iudicio, inquit, de iure eius statutum videtur, vbi loco, *in suo iudicio*, legendum arbitror, *in superiore iudicio*, vt paulo supra dixit in priore iudicio. Et hæc de priore casu cum inter Caium & Mæuium de proprietate litigatur. Posteriore autem casu, quum non de proprietate, sed de hypotheca superiore iudicio litigatum est inter Caium & Mæuium, nimirum Caio agente hypothecaria contra Mæuium, quam actionem hic vocat pigneratitiam, longe alio sensu, quam in titulo de pigneratitia actione, qui est de actione in personam, quæ nascitur ex contractu pignoris, & datur debitori soluta pecunia pignoris reciperandi gratia. Pigneratitia E de qua hic agitur est actio in rem, siue persecutio pignoris, quæ creditori datur contra possessorem pignoris qualemcumque, & proprie formula hypothecaria dicitur, vel actio vtilis, aut Seruiana, vel quasi Seruiana. Hoc ergo casu, si inter Caium & Mæuium priore iudicio de hypotheca litigatum sit, & pronunciatum secundum Caium, qui prior egerat hypothecaria, nempe pronuntiatum hoc modo, *fundum Caio obligatum esse,* ex diuerso non videtur etiam pronunciatum fundum Mæuio obligatum non esse. Et alia est causa proprietatis, alia obligationis & hypothecæ. Nam quod Caius probauit & vicit, suum esse in solidum, id non potest esse Mæuij: dominium rei eiusdem non potest esse duorum in solidum, *l. si vt certo, §. vlt. commod.* At hypotheca eiusdem rei duorum esse potest in

ſolidum. Quidni? quod Caius probauit & vicit in ſolidum ſibi eſſe obligatum, poteſt etiam Mæuio teneri in ſolidum. Itaque Mæuio poſtea agente hypothecario iudicio contra Caium, non nocet ei exceptio rei iudicatæ, quia non de iure Mæuij iudicatum eſt, ſed de iure Caij tantum, cum pronuntiatum eſt Caio fundum obligatum eſſe, niſi forte ita pronuntiatum ſit, non habita ratione exceptionis fundi auo ſuo prius obligati, quam Mæuius oppoſuerat, quia & hoc caſu, quum iudicatur de iure Caij, & de iure Mæuij iudicari videtur, de quo etiam in iudicio quæſtio erat, inducta iure exceptionis eiuſdem rei ante auo ſuo pigneratæ. Et hæc eſt ſpecies huius legis *duobus*, *hoc tit.* At in ſpecie propoſita, quia Mæuius eam exceptionem non introduxit, in iudicio de iure Caij tantum, non de iure Mæuij eſt pronnntiatum, & ideo agenti Mæuio hypothecaria, nihil officit exceptio rei iudicatæ. Contra, poſſet tentari in ſpecie propoſita, quod etiam ſubtiliter Paulus tentat, Mæuio actionem hypothecariam dandam non eſſe, quia fundi dominium per traditionem factam a Titio, cuius fundus proprius erat, adquiſiuit, & hypotheca dominij adquiſitione perimitur, quia nemini res ſua obligata eſſe poteſt: rei ſuæ pignus non conſiſtit in perſona domini. Attamen Paulus concludit, Mæuio competere actionem pigneratitiam, ſiue hypothecariam, quia etſi initio fundum Mæuius habuerit, vt dominus ex cauſa tranſactionis, cum ignoraret ius aui ſui, nunc tamen errore comperto eum habet, vel perſequitur vt creditor, vt in ſpecie legis *debitor, ad Trebell.* explicatæ a nobis lib. 6. ſup. Quia vt ait Paulus verum eſt, auo eius, pignori obligatum fundum eſſe: & nondum ſolutam eſſe pecuniam, cuius nomine obligatus fuit, auo nondum ſatisfactum eſſe vel Mæuio heredi eius, & ideo non ceſſare actionem hypothecariam, *l. grege, §. etiamſi, de pignor.* Denique & Mæuio competit actio hyqothecaria, quia ab initio conſtitit pignus in perſona aui: nec ſi poſtea in eam cauſam reciderit, a qua incipere non poterat, dominio pignoris Mæuio adquiſito, non ideo irritum conſtituitur, vt ſæpe idem Paulus ſcripſit euenire, in *l. 85. de reg. iuris*, vt irrita non fiant, quæ initio iure conſtiterunt, licet in eam cauſam recidant, a qua incipere non poterant. Quare concludit Paulus, Mæuio agenti hypothcaria, eneque obſtare exceptionem adquiſiti dominij, & per hoc neque obſtare etiam ei exceptionem rei iudicatæ. & ita hæc l. explicanda eſt, quæ maxime indigebat interpretatione.

Ad leg. 13. liberis, de dol. mal. & met. except.

Liberis exheredatis, qui nihil ex patris iudicio meruerunt, rupto teſtamento ius ſuum conſeruandum eſt. nec opponetur doli mali exceptio. quod non ſolum in perſona eorum, ſed in heredibus: in perſona liberorum quoque eorum obtinendum eſt.

AIt, liberis exheredatis, qui nihil ex patris iudicio meruerunt, id eſt, qui non agnouerunt, & approbauerunt iudicium patris, rupto teſtamento agnatione poſtumi, ſeruari ius legitimæ ſucceſſionis, quia euanuit exheredatio rupto teſtamento, & eis liberis perſequentibus ius legitimæ ſucceſſionis non obſtare exceptionem doli mali, quaſi contra voluntatem patris faciant, quia eam patris voluntatem agnatio poſtumi irritam fecit. Idemque eſt ſi eam irritam fecerit repudiatio heredis inſtituti a patre, *l. filium, de bonor. poſſeſſ. contra tab.* Et hoc ait, non ſolum in perſona eorum liberorum, qui teſtamento patris exheredati erunt, eſſe ſeruandum, vel obtinendum, ſed etiam in heredibus, & in perſona liberorum quoque eorum. Male vulgo, *ſed in heredibus, & in perſona quoque eorum.* Rectius in Pandectis Florent. ſine copula, *ſed in heredibus, in perſona liberorum quoque eorum.* Ac ſi dixiſſet in heredibus, id eſt, in perſona liberorum quoque eorum. Nam cum rupto teſtamento liberi exheredati ipſo iure patri heredes exiſtant ab inteſtato vna cum poſtumo, certe hereditatis portionem & petitionem tranſmittunt ad liberos ſuos, *l. ſi filius, 2. de lib. & poſt. l. ventre, de adq. hered.* ad liberos ſuos, inquam, non etiam ad extraneos, arg. leg. *vnica, C. de his qui ante apertas tab.* vt plenius docui in *d. l. ſi filius, ad Africanum.* Tranſmittunt igitur ad liberos ſuos petitionem hereditatis pro partibus ſuis, & delatam ipſo iure & ab inteſtato, & tamen non rupto teſtamento morientes liberi exheredati poſt aditionem heredis inſtituti querelam inofficioſi teſtamenti non tranſmittunt ad heredes ſuos, niſi præparatam, vt indicat *l. 5. C. de inoff. teſtam.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in librum XV. Quæſtionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 130. De verb. oblig.

Quod dicitur, patrem filio vtiliter ſtipulari, quaſi ſibi ille ſtipularetur, hoc in his verum eſt, quæ iuris ſunt, quæque adquiri patri poſſunt. Alioquin ſi factum conferatur in perſonam filij, inutilis erit ſtipulatio. veluti vt tenere ei, vel ire agere liceat. Contra autem filius etiam vt ire patri liceat, ſtipulando adquiret ei. Imo & quod in ſuam perſonam conferri non poteſt, hoc patri adquirat.

PErtinet hæc lex ad id, quod vulgo dicitur, patrem filio, quem habet in poteſtate vtiliter ſtipulari, & patri adquiri ſtipulationem quaſi per filium, quia filius ipſe ſibi videtur ſtipulatus: & vox patris, tanquam vox filij eſt, *§. ei vero, Inſtit. de inut. ſtipul.* Et hoc eſt, quod ait, quaſi ſibi ille ſtipularetur. Ille enim eſt filius vt Rogerius ſenſit recte. Poteſt tamen dici, & patrem, qui filio eſt ſtipulatus, ſibi ſtipulatum videri, ex *l. Stichum, §. quæſitum, de ſolut.* Hanc autem vulgarem ſententiam, patrem filio ſuo ſtipulari vtiliter, veram eſſe Paulus interpretatur in iis, quæ ſunt iuris, quæque patri adquiri poſſint. Nam ſi pater filio ſtipulatus ſit ex cauſa caſtrenſis peculij, aut inutilis eſt ſtipulatio, quaſi alteri facta: aut ex æquitate pro ſingulari affectione patris erga filium, filio accommodabitur vtilis actio, vt in *l. Caius, ſol. matrim.* nulla vero patri accommodabitur. Et in iis, quæ ſunt iuris, inquit, vt ſi ex alia cauſa pater ſtipuletur filio fundum dari vel habere, poſſidere licere, ſibi adquirit pater, *l. eum qui ita, §. qui ſibi, hoc tit. l. 2. C. de contr. ſtip.* quia ius proprietatis ſtipulatur, ius dominij, fundum dari, *fundum habere, poſſidere licere*, verba ſunt importantia ius dominij. In iis autem, quæ ſunt facti, & quæ conferuntur in perſonam filij, vt ſi pater ſtipuletur filio *fundum tenere licere*, quod eſt corpore tenere & facto, & fundo incubare vel inſidere, aut ſi pater ſtipuletur filio *per fundum vicini ire agere licere*, quæ ſtipulatio poſterior, ire agere licere, in perſona filiifamilias non poteſt accipi pro iure ſeruitutis prædialis, quia filiusfamilias prædium non habet, nihil proprium habet, & ſeruitutem inutiliter ſtipulatur, qui prædium vicinum non habet, *l. 1. comm. prædior.* In patrefamilias hæc verba *ire agere licere*, ius ſeruitutis ſignificarent: in filiofamilias non poſſunt ius ſignificare, non habente vicinum fundum, ſed accipienda ſunt pro mero facto, & ideo inutilis eſt ſtipulatio, quæ factum confert in perſonam filij, quia neque patri ex ea quæritur actio, neque filio, quia

quia neque pater facere poteſt, quod vt filius faceret, cauit: Hoc enim cohæret perſonæ filij. Facta in actu hominum naturali conſiſtunt, & natura diuidit & ſeparat perſonam patris a perſona filij. Denique facta cohærent perſonæ, cui adſcribuntur, nec ab ea diuelli & in aliam perſonam tranſire poſſunt, *l. ſi ſtatulibera, §. vlt. de ſtatulib.* Ergo ex ea ſtipulatione quæ factum confert in perſonam filij, patri adquiri non poteſt, vt nec filio, quia per patrem filio adquiri non poteſt peruerſa ratione, ſed per filium patri adquiritur, *l. cum dos, §. ſi vero, de pact. dotal.* E contrario, inquit, filium recte ſtipulari patri, ire, agere licere per fundum vicinum, quia ſi pater vicinum prædium habeat, tum ea verba ius ſeruitutis ſignificant, non nudum factum, atque ita ius ſeruitutis, vel aliud quodcunque ius, quod filiusfamilias in perſonam ſuam conferre & coercere non poteſt, id ſi patri ſtipuletur, patri adquirit. Idemque eſt ſi id ſibi filius ſtipuletur. At in iis, quæ ſunt facti, differentia eſt. nam ſi patri ſtipuletur factum, veluti vt patri fundum tenere liceat, patri adquirit, *l. quodcunque, hoc tit.* quia vox filij tanquam vox patris intelligitur, *d. §. ei vero.* Sin autem filius ſibi ſtipuletur factum, puta *tenere licere,* ipſe ſolus tenere poteſt, non pater: quia quæ facti ſunt, a perſona eius recedere non poſſunt, in quem collata ſunt, *l. qui heredi, de cond. & demonſtr.* & hæc omnia quæ dixi hactenus ſimili modo obſeruantur in domino & ſeruo, *l. ſtipulatio iſta §. hi qui ſunt: & l. dominus, hoc tit. §. ſed cum factum, Inſtit. de ſtipul. ſeru.* Nam & vox domini, vox ſerui dicitur, & contra, *§. poſt mortem, Inſtitut. de ſtipulat. ſeru. l. ſi ſeruus communis, de dam. inf.*

Ad leg. 132. de verb. oblig.

Quidam cum filium alienum ſuſciperet, tradenti promiſerat certam pecuniæ quantitatem, ſi eum aliter, quam vt filium obſeruaſſet. Quæro ſi poſtmodum domo eũ propulerit, vel moriens nihil ei teſtamento reliquerit: an ſtipulatio committetur, & quid interſit, vtrum filius, an alumnus, vel cognatus agentis fuerit? Præterea quæro, ſi filium ſuum quis legitime in adoptionem dederit, & ita, vt ſupra ſcriptum eſt, ſtipulatio interceſſerit, eumque pater adoptiuus exheredauerit, vel emancipauerit, an ſtipulatio committatur? Reſpondi, ſtipulatio vtilis eſt in vtroque caſu. Igitur ſi contra conuentionem factum ſit, committetur ſtipulatio. Sed videamus primum in eo, qui legitime adoptauit, an poſſit committi, ſi eum exheredauerit, vel emancipauerit. Hæc enim pater circa filium ſolet facere. Igitur non aliter eum, quam vt filium obſeruauit. Ergo exheredatus de inofficioſo agat. Quid ergo dicemus, ſi & meruit exheredari? Emancipatus plane & hoc remedio carebit. Quare ſic debuit interponi ſtipulatio, vt ſi eum emancipaſſet, vel exheredaſſet, certum quid promitteret. Quo tamen caſu commiſſa ſtipulatione poteſt quæri, an exheredato permittendum eſſet dicere de inofficioſo, maxime ſi patri naturali heres exſtitiſſet, an victo deneganda eſt ex ſtipulatu actio? Sed ſi ei, qui ſtipulatus eſt, non debuit denegari: victo filio, nec ipſi deneganda erit debitæ pecuniæ exſecutio. In eo autem qui non adoptauit, quem intellectum habeat hæc conceptio, ſi eum aliter, quam vt filium obſeruaſſet, non proſpicio. An & hic exigimus exheredationem, vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed ſi is, qui legitime adoptauit, nihil facit contra verba ſtipulationis, cum vtitur patrio iure, in eo qui hæc non fecit, dicit ſuperuacuo. Dici tamen poterit commiſſam eſſe ſtipulationem.

1. *§. Filiusfam. ita ſtipulatus eſt,* quantam pecuniam Titio credidero fide tua eſſe iubes? *Et emancipatus credidit, patri non debebit fideiuſſor: quia nec reus ei tenetur.*

Pater filium ſuum L. Titio tradidit ea lege, vt ſi eum aliter obſeruaret, vel tractaret, quam filium, certam pecuniam pœnæ nomine patri dependeret. Quæritur, an pœna committatur, ſi L. Titius eum domo ſua exegerit, vel moriens nihil ei prorſus reliquerit? Idem quæri poteſt, ſi pater filium ſuum legitime Titio dederit in adoptionem: legitime, id eſt, ſolemniter, adhibita tertia emancipatione eum Titio cedendo in iure apud prætorem vel præſidem. Quæri poteſt, an committatur pœna ſi L. Titius eum exheredauerit, vel emancipauerit, vel abdicauerit & domo ſua propulerit, vel ſi in teſtamento eum omnino prætermiſerit? Et hoc poſteriore caſu ſi filium a patre naturali ſibi in adoptionem datum L. Titius exheredauerit in teſtamento pœna non committitur, quia patrio iure vſus eſt. Idque verum eſt indiſtincte, ſiue eum merito, ſiue immerito exheredauerit. Nam ſi immerito, filio adoptiuo ſufficit querela inofficioſi teſtamenti, probanti ſe immerentem eſſe, & ita reſcindenti exheredationem & totum teſtamentum: ſi merito, hoc quoque caſu, licet inanis futura ſit querela inofficioſi teſtamenti, quia merito exheredatus eſt, ſtipulatio pœnalis non committitur, vt nec quum eum filium L. Titius emancipauit. Quo caſu emancipato nulla competit querela, vt ſignificatur illo loco *emancipatus plane, &c.* id eſt, exheredatus habebit remedium querelæ, & rem obtinebit, ſi probet ſe immerito exheredatum: At emancipatus querela inofficioſi carebit, quia nemo inuitus emancipatur, *l. iubemus, C. de emancip. lib. & Paulus 2. Sentent. tit. 25.* At inuitus exheredatus excluditur bonis paternis. Vt autem exheredando, ita emancipando pater adoptiuus patrium ius exercuit, nec aliter filium obſeruauit, quam alij patres ſolent. Emancipatio eſt beneficium patris, *l. 1. ſi a parente quis manum. fuer. & filio, vt leg. nom. cau.* beneficium quærendorum ſibi bonorum: exheredatio eſt fulmen patris, vt de abdicatione dixit Quintil. declam. 259. abdicationem eſſe fulmen paternum aduerſus ferociam adoleſcentium. Aliud tamen dicendum erit, ſi ita concepta fuerit ſtipulatio pœnalis, *ſi filium exheredaueris vel emancipaueris, pœnæ nomine tot dari,* nam filio exheredato vel emancipato pœna committitur: non illo caſu, ſi ita concepta ſit ſtipulatio, ſi eum non obſeruaueris, vt filium. Quum ergo ita concepta eſt, ſi eum exheredaueris vel emancipaueris, eo exheredato vel emancipato pœna committitur: pœnæ petitio competit ſtipulatori, id eſt, patri naturali: exheredato quoque filio competit querela inofficioſi teſtamenti. Imo etſi in querela non obtinuerit, ei competit pœnæ petitio, pœnæ debitæ executio, ſi patri naturali heres extiterit. Quia & patri naturali competeret, filio ſuperato in querela inoffic. teſtam. Et hoc eſt, quod ait, *ſed ſi ei, cui ſtipulatus eſt,* id eſt, patri naturali non debuit denegari victo filio, &c. Hæc ſunt legenda ſine vlla interpunctione, præterquam in vltimo verbo, *non debuit denegari,* victo filio, id eſt, ſi patri naturali victo filio in querela inofficioſi teſtamenti non debuit denegari pœnæ petitio, nec ipſi filio exheredato deneganda erit, etſi in querela non obtinuerit. At ſi pater adoptiuus filium abdicauerit & propulerit domo, puto ſtipulationem committi, quia filij iure ciuili abdicari non ſolent, *l. abdicatio, C. de pat. pot.* Hoc eſt inſtitutum vetus Græcorum non Romanorum. Et priore quoque caſu, ſi filium alienum Titius in adoptionem non acceperit, ſed ſuæ fidei commiſſum a patre ſuſceperit, deinde eum abdicauerit, & domo exegerit, ſtipulatio committitur, quia in eo non ſe geſſit, vt Romæ patres ſolent, qui nunquam abdicant filios. Idemque obtinet vtroque caſu, ſi filius ex vltimo iudicio eius, cui eſt datus in fidem vel adoptionem nihil tulerit, nihil promeruerit, quia ſolent quidem filij a patribus exheredari, ſed non omnino præteriri: aut ſi ſilentio prætereantur vitioſum eſt teſtamentum, non ſolet eis a patribus nihil prorſus relinqui. Nam & exheredatis ſæpe relinquitur legatum vel fideicommiſſum. Exheredati ſunt, quibus hereditas non relinquitur, & qui nominatim, vel inter cæteros exheredes eſſe iubentur, etiamſi ſit eis relictum legatum vel fideicommiſſum. Vtroque enim caſu non committitur pœna, ſi vel ſuſceptum, vel adoptiuum filium alienum exheredauerit, vel emancipauerit, quia in adoptato id fecit iure patris: in ſuſcepto, nullo iure: quia ſuſceptus extraneus illi eſt, & in extraneo qui non eſt in poteſtate noſtra inanis exheredatio

tio & inepta res est, vt etiam emancipatio. Extranei enim non sunt in nostra potestate, *l. si instituta §. 1. de inoffic. test. l. non putauit §. si quis emancipatum, de bon. poss. cont. tab.* Et hæc si pater naturalis filium suum alij dederit in fidem, & quasi clientelam, vel in adoptionem. Quod si non filium ita dederit, sed alumnum vel cognatum, an in iis idem erit obtinendum, quod in filio? Et omnino idem est seruandum in alumno, quia loco filij est, *l. denique, de pignor.* & in cognato etiam, quia & cognatus pro parte nostri habetur, *l. cum scimus, in fine, C. de agric. & censitis lib.* 11. videlicet, si in fidem alterius quis dederit alumnum suum agnatum vel cognatum: Nam in adoptionem dare non potest alumnum vel cognatum, quia eum non habet in potestate.

Ad §. vltimum.

PRoponitur in extremo huius legis, fideiussorem adhibitum fuisse futuræ obligationi filiofamilias stipulante, hoc modo; *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse iubes?* quo facto si emancipatus filius crediderit Titio, cui obligatur fideiussor, an patri, an filio? Respondet non obligari patri, sed filio. Quia nec reus principalis obligatur patri, sed filio tantum, qui ei credidit pecuniam post emancipationem; & exemplum rei principalis sequi debet fideiussor, quasi stipulatio fideiussoris vires non accipiat ante emancipationem, cum stipulator erat in familia patris, sed post emancipationem, quo tempore demum extitit reus principalis, sine quo fideiussor esse non possit, & hoc ostenditur in *l. si debitori §. 1. de fideiuss.*

Ad leg. 20. de stipul. seruor.

Liber homo bona fide mihi seruit. Stipulatur ex re mea vel ex operis suis Stichum, qui ipsius est. Magis est, vt mihi adquirat: quia etsi seruus esset meus, adquireret mihi. Nec enim illud dici debet, quasi ille quoque in peculio eius esset. Sed si ex re mea Stichum, qui meus est stipulatur, sibi adquiret.

1. §. *Apud Labeonem ita scriptum est: filium & filiam in sua potestate pater intestatus relinquit. Filia eo animo fuit semper, vt existimaret, nihil ad se ex hereditate patris pertinere. Deinde frater eius filiam procreauit, & eam infantem reliquit. Tutores seruo auito eius imperauerunt, vt ab eo cui res aui hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad eum peruenisset. Ex ea stipulatione, quid pupillæ adquisitum sit, peto rescribas. Paulus: Est quidem verum, bona fide possessum seruum ex re eius, cui seruit, stipulantem possessori adquirere. Sed si res, quæ ex hereditate aui communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt: non videtur ex re pupillæ totum pretium stipulari: ideoque vtrisque adquirit.*

IN hac l. duæ proponuntur quæstiones, quarum prima hæc est. certum est, liberum hominem, quem tanquam seruum bona fide possideo, mihi adquirere obligationem ex duabus causis tantum, ex suis operis, vt si stipuletur mercedes operarum suarum, & ex re mea, vt si ex administratione rerum mearum, veluti si ex mutuatione pecuniæ meæ, vel ex locatione prædiorum meorum stipuletur Stichum sibi dari proxenetici nomine, *l. ex re, de vsufr.* Et apud Theoph. in *§. de iis, Institut. per quas pers. nob. adqu. oblig.* Extra has duas causas liber homo, qui mihi bona fide seruit, sibi adquirit obligationem, non mihi, *l. liber homo, de adquir. rer. dom.* At quæritur, si is liber homo ex re mea vel suis operis stipuletur sibi dari Stichum qui suus est, an mihi adquirat obligationem? Mouet dubitationem, quod Stichum stipulatus est, quem ipse sibi adquirere non potest, quia nemo, quod iam adquisiuit sibi opus suum fecit, id amplius suum facere potest. Dominium non recipit πλεονασμόν, non recipit magis aut minus, *l. & an eadem §. actiones, de except. rei iudic.* Et absurdum videtur, vt quis adquirat alij, quod sibi non potest. Proinde vt legatum seruo relictum valet ex persona serui, hoc est ita demum si liber factus sibi adquirere possit, *l. debitor §. seruo, de leg. 2. l. 5. de seru. leg.* Ad eundem quoque modum idemque exemplum stipulatio videtur valere ex persona serui, qui stipulatur. Et quod in seruo meo obtinere videtur, id etiam obtinet in eo, quem bona fide possideo, nempe in libero homine, quem bona fide possideo, tanquam seruum meum, quia pro seruo eum habeo, & ille vicissim seruum se esse putat. Verum aliud Paulo iudicium est, qui respondet: non ideo minus mihi adquiri obligationem, si liber homo, qui mihi bona fide seruit Stichum stipulatus sit, ex re mea, vel operis suis, quod Stichus ipsius sit, id est, quod eum ipse sibi adquirere non possit: quia etsi is liber homo reuera seruus esset meus, mihi ex stipulatione adquireret obligationem, quam sibi liber factus adquirere non posset; vt si Stichum, quem habet in peculio, stipularetur, quem liber factus non adempto peculio sibi adquirere non potest, quia suus est seruus, mihi tamen adquireret actionem ex stipulatione. Neque enim, inquit, illud dici videtur, quasi in peculio ille esset, id est, dici non debet, ideo mihi non adquiri stipulationem, in quam seruus meus deduxit seruum suum peculiarem, quod seruo meo adquiri non possit, qui iam in ipsius peculio est, quasi proprio patrimonio, quique manumissum eum consequitur. At ex diuerso, vt subiicit in fine huius responsi, si liber homo, qui mihi bona fide seruit, stipuletur Stichum, qui meus est, ex re mea, vel ex suis operis, tum quia mihi adquiri non potest, sibi adquirit, eique debetur Stichus. Et hoc est, quod generaliter definitur in *l. qui bona §. & generaliter, de adquir. rer. dom.* quod liber homo ex re bonæ fidei possessoris ei adquirere non potest, vt rem eius propriam, id sibi adquirere, vel saltem eius rei obligationem. Quod autem ex re eius sibi adquirere non potest, vt rem suam propriam, id possessori adquirere. Quo loco recte cæteri omnes libri, *quod autem ex re eius,* & pessime soli Florentini, *quod autem non ex re eius, sibi adquirere non potest, &c.* vt iampridem docui 4. & 17. *obseruat.* docuit etiam Antonius Faber, nisi forte accipiamus duas negationes pro vna, quod in eis Pandectis est frequentissimum, quod fuerint scriptæ ab homine Græco, qui Græcorum more sæpe geminauit negationes, & contentus ero alterum locum proponere, in quo reperitur error similis: in *l. 1. §. si quis sub conditione, vt leg. nom. cau. quia nec legatum non transmittitur,* id est, quia legatum conditionale non transmittitur. Certum enim est extra rem bonæ fidei possessoris vel operas liberi hominis bona fide possessi, quæ etiam videntur esse ex re possessoris, quoniam possessori debentur quasi domino, nihil aliud adquiri possessori per illum, ex re tamen possessoris, vel operis illius etiam quod sibi ille liber homo adquirere non potest, id adquirit possessori: & retro, quod ex iisdem duabus causis possessori adquirere non potest, id sibi adquirit. Idque ita procedit in contractibus vt scilicet consistant ex persona bonæ fidei possessoris, vel domini cui adquiri potest, licet libero homini adpuiri non possit. Legatorum autem quorum argumento vsus sum in ratione dubitandi longe alia est conditio, ex vno latere scilicet: legata enim relicta seruo vel libero homini bona fide possesso, consistunt ex persona serui vel liberi hominis bona fide possessi, non ex persona domini vel bonæ fidei possessoris. Nec ergo valent aliter, quam si libero homini adquiri possint, *d. l. debitor §. seruo alieno.* Ratio differentiæ hæc est, quia contractus statim atque perfecti sunt, vires accipiunt & coalescunt in persona domini vel possessoris cui adquiri potest, *l. 26. hoc tit.* Legata autem non statim vires accipiunt testamenti tempore, sed mortis testatoris tempore, a quo dies eorum cedit. Ex qua differentia inter legata & contractus oriuntur aliæ permultæ. At ex alio latere, puta quum quid domino vel bonæ fidei possessori adquiri non potest, fateor inter contractus & legata, nullum esse discrimen. Nam quod ex causa contractus vel legati adquiri ei non potest, libero tamen homini aut seruo, cum liber erit, qui contraxit quive legatum meruit,

ruit, adquiri poteſt, vt oſtendi lib. *6. ad §. ſeruo alieno*, & hæc de priore quæſtione quæ fuit de libero homine bona fide poſſeſſo. Sequitur altera quæſtio quæ eſt de ſeruo alieno in totum vel pro parte bona fide poſſeſſo, qui etiam poſſeſſori compararet & adquirit ex duabus cauſis tantum, ex re poſſeſſoris, & ex ſuis operis. Finge: Pater qui filium & filiam habebat in poteſtate iis ſuperſtitibus inteſtatus deceſſit. filia eo animo ſemper fuit, vt putaret ad ſe hereditatem patris non pertinere. errauit ſcilicet in facto, quia forte exiſtimauit patrem teſtatum vita deceſſiſſe & ſe exheredaſſe: ſi errasſet in iure, puta ſi exiſtimaſſet filia, in ſucceſſione patris inteſtati maſculum fœminæ præferri, quales olim fuiſſe Armeniorum mores indicat Nouella 21. & Saliorum item atque Anglorum, & Turingorum vetuſtiſſima iura: hoc caſu filiæ erranti in iure non ſubueniretur, quia iuris error fœminis nec in compendiis prodeſt, puta in quærendis hereditatibus, *l. 1. & 8. D. de iur. & fac. ignor. l. 2. C. eod.* Erranti in facto ſubuenitur, vt huius quæſtionis finis oſtendit. At in hac ſpecie filia errauit in facto, vt dixi. Filius autem bona fide poſſedit hereditatem totam patris, non concurrente filia, quæ ſe exheredatam teſtamento patris putabat, quod nullum extabat. Deinde filius filiam procreauit, eamque impuberem moriens reliquit heredem ex aſſe. Tutores eius filiæ hereditatem aui, quę ad patrem eius tota peruenerat, vendiderunt retento vno ſeruo auito, cui imperauerunt, vt ab emptore auitæ hereditatis ſtipularetur, quanta pecunia ad eum perueniſſet, quod eſt initium formulæ ſtipulationis emptæ & venditæ hereditatis, *l. 50. de verb. obligat. l. 2. de heredit. vend.* Qua quidem ſtipulatione emptor a venditore ſtipulatur, *quanta pecunia ex hereditate vendita ad eum peruenerit, tantum præſtitum iri.* Et viciſſim venditor ab emptore reſtipulatur certum pretium hereditatis, vt in hac ſpecie, ſicut indicant verba illa *totum pretium ſtipulatori*: vel ſtipulatur etiam venditor pecuniæ, quam ſoluerit nomine hereditario, reſtitutionem, *l. ſi ex pluribus, de heredit. vend. tutores imperarunt,* inquit, Tutorum eſt iubere imperare ſeruis pupillæ quia loco dominorum ſunt, *l. 28. de adminiſt. tut. l. interdum §. qui tutelam, de furt.* Quæritur, an ex ea ſtipulatione, quam ſeruus auitus iuſſu tutorum & pupillæ nomine interpoſuit, an, inquam, aliquid ex ea pupillæ ſit adquiſitum? ſeruum illum pupilla bona fide poſſidebat quaſi ſuum in totum, vt & pater eius: alioqui mala fides patris ei noceret, *l. cum heres, de diuerſ. & temporal. præſcript.* At reuera eum ſeruum pupilla habebat communem cum amita ſua, quæ errore lapſa opinabatur, ad ſe hereditatem patris, id eſt, aui pupillæ non pertinere. Et ſiquidem ſeruus ſtipulatus eſſet ex re pupillæ tantum, pupillæ ſoli adquiſiſſet obligationem, quaſi totius ſerui bonæ fidei poſſeſſori. At quia ſtipulatus eſt ex re communi cum amita pupillæ, id eſt, ex hereditate aui. Paulus reſpondet recte vtrique adquiri ſtipulationem, pupillæ, & amitæ eius ex partibus æquis. Nec obſtat, quod obiicit Accurſius, in *l. proinde, §. 1. hoc tit.* ſeruum communem, qui nominatim vni ex dominis, vel iubente vno ex dominis, (iuſſum pro nomine eſt) ſtipulatur, ei ſoli adquirere. Id enim verum eſt, & fatemur quidem, hic ſeruum non tantum pupillæ nominatim eſſe ſtipulatum, ſed etiam iuſſu tutorum, qui loco pupillæ ſunt. Verum, quia non vt ſeruus communis ſtipulatus eſt, ſed vt ſeruus in totum pupillæ proprius, non ei ſoli adquirit, quia hunc animum non habuit, ſed & coheredi eius, id eſt, amitæ. Idque comperto errore amitæ proculdubio ita iudicabitur. In poſteriore hac quæſtione ſic legendum eſt, *ex ea ſtipulatione, quid pupillæ adquiſitum ſit, peto reſcribas.* quid autem adquiſitum ſit, id eſt, totum pretium hereditatis venditæ, an pars pretij. Vulgo Florent. habent, *ex ea ſtipulatione ne quid pupilla adquiſitum ſit,* perperam repetita ſyllaba ne.

Paul.

Ad leg. 56. ſi quis pro eo, de fideiuſſ.

Si quis pro eo, qui libertus non eſſet, & operas præſtaturum ſe iuraſſet, fideiuſſor erit: non tenebitur.

1. §. *Item ſi filius a patre, vel ſeruus a domino ſtipuletur, nec fideiuſſor acceptus tenetur: quia non poteſt pro eodem & eidem eſſe obligatus. Ex diuerſo ergo patre a filio, vel domino a ſeruo ſtipulato, fideiuſſor acceptus tenetur.*

2. §. *Si nummos alienos quaſi tuos mutuos dederis ſine ſtipulatione: nec fideiuſſorem teneri, Pomponius ait. Quid ergo ſi conſumptis nummis naſcatur condictio? Puto fideiuſſorem obligatum fore. In omnem enim cauſam acceptus videtur, quæ ex ea numeratione naſci poteſt.*

3. §. *Pro furti actione fideiuſſor accipi poteſt. Item pro eo, qui in legem Aquiliam commiſit. Diuerſa cauſa eſt popularium actionum.*

Sciendum eſt ex iureiurando non naſci obligationem ciuilem, puta ſi quis etiam roganti iurauerit, ſe aliquid daturum, facturumve, vt ex pacto, vel pollicitatione conſtat obligationem non naſci. Iuſiurandum cedit pro pacto, *l. 2. l. ſed etſi, l. tutor §. 1. de iureiur.* Eademque vis eſt pacti & iuriſiurandi. certe iuriſiurandi non eſt maior vis quam pacti, *l. Stichum §. naturalis, de ſolut. l. 1. §. pen. C. de natural. lib.* Imo nec iurati pacti, id eſt, iureiurando confirmati nec iterati pacti. Nam & hoc obligationem non parit, nec vt pariat obligationem pactum iureiurando confirmatum conſtituitur, in *l. ſi quis maior, C. de tranſact.* ſed ibi pœna tantum ſtatuitur in periurum. Vnus tantum caſus eſt, quo ex iureiurando naſcitur ciuilis & naturalis, ſiue plena obligatio, puta ſi libertus poſt manumiſſionem patrono præſenti iurauerit ſe donum vel munus vel operas officiales daturum, qui caſus exceptus eſt lege Iulia & Papia, *l. 7. de op. libert. l. 13. de acceptil. l. 6. §. ſi quis abſente, de confeſſ. l. vlt. de lib. cauſ.* Et eo genere, id eſt, iureiurando liberti contrahitur verborum obligatio, ſicut ſtipulatione & dictione dotis, vt Caius ſcribit *2. Inſt.* Ergo ex iureiurando illo liberti, quod præſenti patrono iurauit, naſcitur obligatio, & conſequenter pro eo quoque fideiuſſor acceptus obligatur, *l. 8. in fi. de oper. libert.* fideiuſſor, inquam, qui interuenerit & promiſerit quanti intereſt operas præſtari, *l. 44. eod. l. inter, de fideiuſſ.* At ſi is, qui libertus non eſt, extraneo iurauerit, ſe ei præſtaturum operas officiales tanquam patrono, ex hoc iureiurando nulla naſcitur obligatio, id eſt, neque ciuilis, neque naturalis, quia iuſiurandum, quod eſt inutile, pro pacto non cedit: ſicut nec ſtipulatio inutilis pro pacto cedit, vt pariat naturalem obligationem, *l. 14, §. ſi quis ita, de verb. oblig.* Et ideo recte Paulus ait, pro eo, qui cum libertus non eſſet, iurauit ſe operas daturum, non obligari, nec fideiuſſorem quidem, nempe quia nulla ſubeſt principalis obligatio, quæ vel iure naturali conſiſtat: fideiuſſor accedere poſſet naturali obligationi, ſed eo caſu nulla eſt, vel ciuilis, vel naturalis obligatio, cui accedat.

Ad §. Item ſi filius.

In hoc §. proponitur caſus ſingularis, quo obligationi naturali fideiuſſor non accedit vtiliter, vel quo naturalis obligationis fideiuſſor inutiliter accipitur, qui regulariter vel naturali tantum obligationi accedit vtiliter, vt & reus conſtitutæ pecuniæ. Caſus hic eſt. Si filius a patre, vel ſeruus a domino ſtipuletur ſibi dari, etiamſi ex ea ſtipulatione filio vel ſeruo pater, vel dominus obligetur naturaliter, ita ſcilicet vt nec rurſus a filio vel ſeruo, cui ea obligatio quæſita eſt, ea obligatio recurrat ad patrem vel dominum & ei quæratur, *l. frater a fratre §. quæſitum, de condict. indeb.* tamen, qui pro patre vel domino, qui naturaliter eſt obligatus, filio vel ſeruo, fideiuſſor interceſſit, non obligatur, quia ſi filio, vel ſeruo obligaretur,

ſtatim ea obligatio fideiuſſoris per filium, vel ſeruum, cui quæſita eſt, patri vel domino adquireretur iure poteſtatis, atque ita eueniret vt fideiuſſor pro patre & patri obligaretur, quod nec ius, nec natura patitur, vt ſcilicet idem ſit eiuſdem rei vel pecuniæ debitor & creditor. Debitor pro quo fideiuſſor obligetur, & creditor, cui fideiuſſor obligetur, *l. qui hominem §. quidam filium, de ſolut.* Et hac ratione fit, vt in hac ſpecie naturali obligationi fideiuſſor accedat inutiliter. Nota autem differentiam inter propriam patris obligationem, qua naturaliter filio ſuo tenetur, & obligationem alienam, qua ſcilicet extraneus eidem tenetur. Hæc enim, qua extraneus tenetur, confeſtim adquiritur patri. Illa qua pater tenetur filio ſuo, non adquiritur patri, quia natura, quæ inter eos conſtituit obligationem, non diuidit vel ſeparat filium a patre. Ex diuerſo ſi pater a filio, vel dominus a ſeruo ſtipuletur, filius vel ſeruus patri vel domino naturaliter obligatur, & fideiuſſor quoque, qui apud patrem vel dominum interceſſit pro filio vel ſeruo, quia obligatio fideiuſſoris per patrem, vel dominum adquiri non poteſt filio, vel ſeruo. Abſurdum enim eſſet ſi is, qui adquirit nobis omnino, per nos ipſe quidquam adquireret, *l. cum dos §. ſi vero filia, de pact. dotal. l. quod dicitur, de verb. obligat.* Et ita hoc poſteriore caſu non poteſt euenire, quod eueniebat priore caſu, vt fideiuſſor obligaretur pro eodem apud eundem.

Ad §. Si nummos alienos.

SCiendum eſt ei, qui nummos alienos credendi cauſa ſuo nomine dedit, quaſi ſuos, eum qui accepit, quandiu nummi exſtant, neque ciuiliter, neque naturaliter teneri ex cauſa mutui vel crediti, id eſt, non teneri certi condictione ex numeratione, certi condictione de rebus creditis, *l. certi condictio, de rebus cred.* quia nummi eius facti non ſunt, nec numeratione facta a non domino eius fieri potuerunt. Ideoque vindicari nummi exſtantes a domino poſſunt, & nullum mutuum contractum eſſe intelligitur numeratione alienæ pecuniæ. Mutuum enim dicitur, quod de meo tuum fiat, ſicut Varro patri licentia atque acumine nec ſum quod nec ſuum ſit, quia ſum veteres dicebant pro ſuum, ſos vt Feſtus ſcribit pro ſuo ſis oculis, pro ſuis. ergo ſi de meo tuum non fiat, quod do, quod numero non eſt mutuum, quandiu nummi exſtant. At ſi is, qui accepit nummos bona fide conſumpſerit, tunc ei, qui dedit licet alienos dederit, incipit competere certi condictio ex conſumptione quaſi ex mutuo, quæ dicitur condictio de bene depenſis, id eſt, de bona fide depenſis, quia conſumptione illa nummos fecit ſuos, aut feciſſe intelligitur, quia nec iam vlla actione peti poſſunt, cum ſint bona fide conſumpti, atque ita conſumptio mutuum facit, quod initio mutuum non erat, conſumptio bona fide facta perficit, quod implere numeratio non potuit, *l. ſi a furioſo, & l. ſeq. l. non omnis, in fine, de reb. cred. l. pater filiæ, de iur. dot.* Et ideo, vt ait hoc loco conſumptis nummis, fideiuſſor, quem dedit is, qui pecuniam accepit, obligatur: quia & tum is, qui accepit obligatur, & in omnem cauſam fideiuſſor ille acceptus videtur, quæ ex ea numeratione naſci, aut ſubnaſci poteſt: quæ naſcitur ex conſumptione, ſubnaſcitur ex numeratione, nec male etiam ex numeratione naſci dicitur. Exſtantibus vero nummis, fideiuſſor ille non obligatur, quia nec is, pro quo fideiuſſit vllo modo interim obligatur, niſi is, qui dedit, ſtipulatus ſit pecuniam ſibi reddi, & fideiuſſor ſtipulationi acceſſerit, *l. 2. C. ſi cer. pet.* quo caſu, qui eam pecuniam accepit, tenetur condictione ex ſtipulatione, ergo & fideiuſſor eius.

Ad §. Pro furti actione.

OStenditur hoc §. omni obligationi, vt ait *l. 1. hoc tit.* fideiuſſorem accedere poſſe, non tantum ortæ ex contractu, ſed ex delicto, vel quaſi delicto, vt ex furto, pro actione furti, vel ex damno iniuria dato pro actione legis Aquiliæ, vel ex bonis raptis pro actione vi bonorum rapt vel ex iniuriis pro actione iniuriarum, *l. Græce §. ſed et ſi, l. ſi a reo §. vlt. hoc tit.* Non tamen poſſe fideiuſſorem accedere obligationi, quæ ex populari cauſa deſcendat, non pro actione populari, vt ſepulcri violati. Ratio eſt, quia non ante intelligitur ex ea cauſa cuiquam ex populo deberi, quam priuatim ea res ad aliquem pertineat, non antequam litem conteſtatus fuerit, *l. pœnales, ad leg. Falc. l. 12. de verb. ſignif. l. pen. de pop. act.* poſt litem conteſtatam ei debetur, & fideiuſſorem accipere poteſt, quia ſæpe pars pœnæ ei debetur, qui inſtituit popularem actionem, *l. lege §. 1. & vlt. de Senatuſc. Syllan.*

Ad L. Qui res. 98. de ſolut.

Qui res ſuas obligauit, poſtea aliquam poſſeſſionem ex his pro filia ſua dotem promittendo obligauit & ſoluit. Si ea res a creditore euicta eſt, dicendum eſt, maritum ex dotis promiſſione agere poſſe, ac ſi ſtatuliberum remve ſub conditione legatam dotis nomine pro filia pater ſoluiſſet: Harum enim rerum ſolutio non poteſt, niſi ex euentu liberare: ſcilicet quo caſu certum erit remanere eas.

1. §. *Diuerſum reſpondetur in ea pecunia ſiue re, quam patronus poſt mortem liberti per Fauianam aufert. Hæc enim actio cum ſit noua, partam liberationem non poteſt renocare.*

2. §. *Huic applicatur minor 25. annis, qui a creditore circumſcriptus, in rem ex cauſa debiti ſolutam reſtituitur.*

OStenditur in hac lege quibuſdam caſibus ſolutionem non ſtatim liberare debitorem, ſed ex caſu & euentu tantum, ſiue ex poſt facto, vt ſi is, qui creditori pignori obligauit omnia ſua bona, deinde ex iis bonis fundum dotis pro filia promiſſæ nomine genero obligauerit, & ſoluerit, id eſt, dederit in ſolutum, vt recte gloſſa interpretatur, & iure dominij eum permiſerit a genero poſſideri, *l. cum dominam, C. de pign.* Poſtea vero prior creditor eum fundum euicerit actione hypothecaria inſtituta contra generum, hoc caſu genero aduerſus ſocerum non tantum competit vtilis actio ex empto pro euictione, quia datio in ſolutum vicem venditionis obtinet, *l. 4. C. de euict.* ſed etiam genero competit aduerſus ſocerum priſtina actio ex dotis promiſſione, *l. ſi quis aliam, hoc tit. l. eleganter in pr. ſup. de pig. act. l. libera, C. de ſent. & interloc.* competit, inquam, priſtina actio ex dotis promiſſione, quia non intelligitur ſoluiſſe, vel in ſolutum dediſſe, qui ita dedit, vt habere non poſſit is, qui accepit, *l. qui concubinam §. ſi heres, de leg. 3.* ſolutio non liberat niſi perfecte res vel pecunia, quæ ſoluitur, fiat accipientis, *l. cum quis §. qui hominem, hoc tit.* Non videtur autem perfecte eius fieri & in plenum, quod ex caſu ei auferri poteſt, *l. omnes actiones §. 1. de regul. iuris.* Hoc igitur caſu ſolutio fundi iampridem alij obligati non liberat patrem, nec fundum genero adquirit, niſi ex euentu: id eſt, eo caſu, quo fundus apud generum remanere poteſt, puta dimiſſo priore creditore, & perempta hypotheca eius, *ſi ea res*, inquit, *a creditore euicta eſt*, id eſt, ſi ea poſſeſſio, is fundus, *vt infra, harum rerum*, id eſt, hominis vel fundi, *vt leg. interdum, qui potio. in pignor. hab.* ad armandam eam rem, id eſt, nauem. Et Varro de Re Ruſt. Quos alij μελιτροφεῖα appellant, (ea ſunt aluearia apum) eandem rem quidam mellaria. Idem vero dicendum, ſi pro dote promiſſa filiæ nomine pater ſtatuliberum ſoluerit, cui relicta eſt libertas ſub conditione: vel ſi ſoluit fundum ſub conditione legatum. Nam & hæc ſolutio non protinus liberat patrem, quandiu pendet conditio libertatis vel legati: quia ex caſu, puta exiſtente conditione, auelli ea res genero poteſt, ſed tunc demum ex ea ſolutione liberatio contingit, & genero adquiritur, quum certum eſſe cœpit eam rem, quæ ſoluta eſt, remanſuram apud generum, puta defecta conditione libertatis, vel legati: pendente conditione, pendet etiam liberatio debitoris, & dominium ſolutæ rei. Et hæc ita procedunt, ſi ex ea cauſa, eaque actione, res, quæ ſoluta eſt, euinci & auferri poſſit,

possit, quæ sit solutione vetustior, non si actio sit recens & noua, qua ea res euincitur: solutio vetusta. Nam vt actio ex empto pro euictione competit, re euicta ex causa, quæ venditionem præcessit, *l. 1. C. de per. & comm. rei vend.* non re euicta ex causa noua, quæ superuenerit post contractam venditionem, *l. Lucius, de euict.* & eodem modo actio pristina, quæ cum illa concurrit, manet integra, si res soluta euincatur ex causa vetustiore, quam solutio sit: non si ex causa & actione noua, quæ post solutionem emerserit. Cuius rei Paulus hoc loco duo ponit exempla. Vnum est, si libertus in fraudem patroni, quo minus ad eum legitima portio perueniret, per gratiam, per gratificationem vt & nostri loquuntur soluerit pecuniam, vel dederit rem in solutum creditori, siue participanti fraudem, siue non, nihil refert, vt glossa recte notat, ac deinde post mortem liberti patronus rem aut pecuniam solutam creditori euincat actione Fabiana, vel Caluisiana. Nam hoc casu non est creditori liberti integra actio contra heredem liberti: quia actio Fabiana, qua res creditori soluta euicta est, noua est actio, nata scil. post solutionem & mortem liberti. Nec enim ante Fabiana patrono competit, quam mortuus libertus fuerit, *l. 2. C. si in fraud. pat.* quia nec ante mortem liberti patrono debetur legitima portio. Et ideo per solutionem vetustiorem parta liberatio liberto non potest reuocari, id est, creditori non potest dari pristina actio rescissa liberatione semel parta. Alterum exemplum est huiusmodi. Si minor 25. annis circumscriptus a creditore, ei dederit in solutum ornatissimum quendam fundum maiorum suorum, ac deinde impetrata restitutione in integrum contra eam solutionem, eum fundum creditori euicerit, restituta ei a prætore in rem actione, restituto dominio: Nam hoc quoque casu creditori non est integra actio pristina in minorem 25. annis, quia actio, qua fundus ei euictus est, noua est actio, quæ post solutionem causa cognita beneficio prætoris minori circumscripto extra ordinem restituitur & redintegratur, & ideo per solutionem vetustiorem parta liberatio minori non reuocatur, id est, creditori contra minorem non datur actio pristina. Et hoc est quod ait, *huic applicatur minor*, id est, patrono similis est minor, &c. Quæ duo exempla nouæ actionis exercendæ sunt notanda.

Ad §. rem.

3 §. *Rem autem castrensis peculij soluentem patrem perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset, quamvis possit residere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio. Sed tunc adquisita creditur, cum filius decesserit, & vtique cuius fuerit euentus, declaret. Sitque & hoc ex his, quæ post factis in præteritum, quid fuerit declarent.*

POst hæc, casibus propositis initio huius legis, quibus solutio creditori facta non liberat debitorem, nisi ex euentu & casu, Paulus adiungit alium casum *in §. rem.* Pater creditori suo soluit, vel in solutum dedit rem castrensis peculij filij sui, & postea filius eam rem paterno creditori euicit quasi suam pleno iure, an creditori contra patrem integra sit pristina obligatio & actio? Respondet, esse: quia non videtur exstincta solutione ea, quæ patrem non liberat nisi ex euentu, id est, cum certum esse cœperit, eam rem remansuram apud creditorem, cui soluta est, puta filio mortuo intestato superstite patre, quia eo casu peculium castrense redit in potestatem patris, quasi peculium paganum: peculium militare habetur pro peculio pagano, quod docuimus lib. 11. eiusdem Pauli sup. *ad l. 18. ad leg. Falcid.* Patre autem præmortuo, vel filio testato de peculio castrensi, eius rei irrita est solutio, perinde ac si quamlibet aliam rem alienam creditori soluisset, & ideo nec liberationem ea solutio parit debitori siue patri, nec rei dominium transfert in creditorem. Denique euentus declarat cuius fuerit res castrensis peculij. Nam filio præmortuo intestato, patris fuisse, atque adeo recte soluta fuisse intelligitur: filio autem præmortuo testato, vel patre præmortuo intelligitur fuisse filij: & consequenter nec recte soluta a patre fuisse. Et hic casus, inquit, est vnus ex iis, qui post factis quid in præteritum fuerit declarat: quod sæpe in iure & in aliis quam solutionum causis euenit, nimirum vt post factis declarentur ante facta qualia sint, aut fuerint, *l. quidam, de reb. dub. l. 25. §. 1. de vsuf.* Quod etiam ostendi *lib. 5. ad leg. 10. de fund. dot. sup.*

Ad §. Mihi dare.

4. §. *Mihi dare decem pure, aut Titio kalendis vel sub conditione: aut mihi kalendis Ianuariis: Titio Februariis vtiliter stipulor. Quod si mihi kalendis Februariis, Titio kalendis Ianuariis: potest dubitari. Sed rectius dicitur, vtiliter stipulatum. Nam cum in diem sit, ea quoque obligatio, etiam mihi solui potest ante Februarias. Igitur & illi solui poterit.*

PRima quæstio huius l. fuit de casibus certis, quibus solutio debitæ pecuniæ debitorem liberat ex casu & euentu tantum, non statim. Secunda quæstio, quæ perducitur ab hoc §. *mihi dare* vsque ad *§. aream*, est de adiecto solutionis gratia. is est extraneus quilibet, cui etsi non possim stipulari vtiliter, quia stipulatio alteri facta non valet, tamen mihi stipulando eum adiicio vtiliter sub disiunctione, vt quod mihi caueo & stipulor obligationis causa, id ei quidem non perinde debeatur, ac mihi, sed solui ei recte possit etiam me inuito. Id fit hoc modo, *mihi aut Titio centum dari spondes? spondeo.* Et hanc adiectionem extranei placet valere non tantum, si pure, aut si in diem vel sub conditione eadem stipuler *mihi, aut Titio dari*, sed etsi stipuler *mihi dari pure, aut Titio sub conditione*, vel *ad diem*: vel *si alio die mihi, alio Titio*, hoc modo, *mihi kalendis Ianuariis, aut Titio kalend. Februariis, l. vlt. §. cum mihi, de verb. obligat.* Diuersitas diei non vitiat adiectionem. At ex diuerso si stipuler *mihi kalend. Febr. aut Titio kalend. Ianuar. dari*, dubitatur an vtilis sit adiectio. Dubitandi causa est, quia solutio, quæ confertur in personam Titij, anterior est obligatione, quæ confertur in personam meam: quod est præposterum, vt solutio præeat obligationi: & tamen Paulus ait hoc loco, vtilem esse adiectionem, vtilem stipulationem, etiam adiectione collata in citeriorem diem, stipulatione in longiorem, quia eo modo petitio tantum & solutio confertur in longiorem diem, obligatio autem nascitur statim, *l. cedere diem, de verb. signif.* atque adeo mihi ante diem soluta re vel pecuniam in stipulatum deducta, reo non competit condictio indebiti, *l. in diem, de condict. indeb. l. fideiussor si mand.* Denique mihi ante Kal. Febr. recte solui potest, *l. quod in diem, hoc tit.* Ergo & Titio adiecto solutionis gratia recte soluitur Kal. Ianu. ante Februarias.

Ad §. Qui stipulatus sibi.

Qui stipulatus sibi aut Titio, si hoc dicit, si Titio non solueris, dari sibi: videtur conditionaliter stipulari. Et ideo etiam sic facta stipulatione, mihi decem aut quinque Titio dari? *quinque Titio solutis liberabitur reus a stipulatore. Quod ita potest admitti, si hoc ipsum expressim agebatur, vt quasi pœna adiecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset. At vbi simpliciter sibi aut Titio stipulatur, solutionis tantum causa adhibetur Titius, & ideo quinque ei solutis remanebunt reliqua quinque in obligatione. Contra si mihi quinque, illi decem stipulatus sim: quinque Titio solutis non facit conceptio stipulationis, vt a me liberetur. Porro si decem soluerit, non quinque repetet, sed mihi per mandati actionem decem debebuntur.*

DOcuit diuersitatem temporis non vitiare adiectionem, nunc docet diuersitatem rei vel summæ non vitiare adiectionem, vt si stipuler *mihi decem, aut Titio quinque*, eo sensu expresso, vt si Titio non soluantur quinque, veluti pœnæ nomine mihi detur duplum, id est, de-

cem, quo sensu stipulatio est conditionalis. Nam quinque A Titio non solutis, quasi exsistente conditione mihi debentur decem : quinque autem solutis Titio, promissor a me liberatur, quasi conditione defecta, promissor soluitur obligatione, *l. decem, de verbor. obligat.* Nam & obligatio conditionalis obligatio est, *l. vsusfructus, de stipul. ser. l. is cui, de oblig. & action.* Ideoque non male Paulus hoc loco, quinque Titio solutis, liberari reum a stipulatore, qui tamen in notis ad Papinianum *in d. l. decem*, nimio studio notandi eum reprehendit, quod eodem modo dixerit vel innuerit reum solui obligatione, cum conditio stipulationis deficit, qui non tenebatur, quia etsi non tenebatur simpliciter, tamen tenebatur sub conditione. Et Paulus ipse hoc loco in eandem reprehensionem incurrit, quo vel vno argumento dicere possis, merito ab Imperatoribus Theod. B & Valentin. *l. 1. C. Theod. de resp. prud.* Pauli notas ad Papinianum abrogatas fuisse tanquam calumniosas. Porro, si expressim non sit actum, vt Titio quinque non solutis, mihi dentur decem, sed simpliciter mihi decem, aut Titio quinque dari, pura stipulatio est, & Titio solutis quinque, mihi superest petitio aliorum quinque. contra vt subiicit, si stipuler mihi quinque, aut Titio decem dari, Titio solutis quinque tantum mihi superest petitio reliquorum quinque, quæ mihi sum stipulatus : solutis autem Titio decem nulla mihi petitio superest contra promissorem, sed contra Titium tantum, quem adhibui solutionis gratia, mihi competit actio mandati, vt recipiam decem, quæ ei soluta sunt, quod ait in fine huius §. & confirmat lex *Iulianus §. 1. de verb. oblig. §. plane Instit. de inutil. stipulat.* Cur vero actio C mandati ? quia adiecto ante mandaui, vt decem acciperet meo nomine, vel etiam postquam accepit meo nomine, id ratum habui, & ratihabitio mandato comparatur.

Ad §. mihi Romæ.

Mihi Romæ aut Ephesi Titio dari stipulor. an soluendo Titio Ephesi, a me liberetur, videamus. Nam si diuersa facta sunt, vt Iulianus putat, diuersa res est. Sed cum præualet causa dandi, liberatur. Liberaretur enim, & si mihi Stichum, illi Pamphilum dari stipulatus essem, & Titio Pamphilum soluisset. At vbi merum factum stipulor, puta insulam in meo solo ædificari, aut in Titij loco, numquid si in Titij loco ædificet, non contingat liberatio? Nemo enim dixit, facto pro facto soluto liberationem contingere. sed verius est, liberationem D contingere, quia non factum pro facto soluere videtur, sed electio promissoris completur.

Docuit diuersitatem temporis vel summæ non vitiare adiectionem, nunc docet, idem esse dicendum de loci diuersitate, ac supradictum fuit de diuersitate temporis, vt si stipuler, *decē mihi Romæ, aut Titio Ephesi dari*, valet adiectio: & promissor Ephesi decem soluendo Titio, a me liberatur, quia vt eleganter significat, etsi diuersitas loci, secum afferat diuersitatem factorum : aliud enim est Romæ quid facere, aliud Ephesi idem facere, circunstantia loci variat idem factum, diuersitas autem factorum, sic diuersitas rerum. Tamen quia datio pecuniæ, id est, decem his factis immixta est eadem, nempe datio decem, causa dandi, id est, E datio præualet, & quasi potior præcipue intuenda est. Et ideo, qui decem Titio Ephesi soluit, protinus a me liberatur : *sed cum*, inquit, *præualet causa dandi, liberatur*, (*cum pro quoniam*) & diuersitas etiam rerum vt subiicit non vitiat adiectionem, vt si stipuler *mihi Stichum, aut Titio Pamphilum*, valet adiectio : at si reus soluat Titio Pamphilum, a me liberatur, non ipso iure quidem, quia non eam rem soluit, quam mihi debuit Stichum non Pamphilum, sed liberatur per exceptionem conuentionis, aut doli mali, *l. vlt. §. cum mihi, de verb. oblig. l. obligationem §. accessio, de oblig. & action. & l. qui hominem §. stipulatus, sup. hoc tit.* atque ita in hoc §. & in *d. §. stipulatus*, in quo idem proponitur, verbum *liberetur* ita accipiendum est, vt scilicet reus liberetur per exceptionem, non ipso iure, vt in *l. 37. hoc tit.* liberari est liberari per exceptionem, non ipso iure. Liberatur autem reus per exceptionem in specie proposita, quia quod soluitur adiecto, stipulatori solui videtur, *d. l. qui hominem, & l. si ita stipulatus sum, hoc tit.* Et licet stipulatore inuito soluatur adiecto, tamen æquum est promissorem liberari, cui semel stipulator permisit electionem, nempe vt adiecto solueret, si mallet, quod postea stipulator mutare non potest. Et hoc casu stipulatio obligat vltro citroque, & tenet vtrumque, *l. vero §. pen. hoc tit.* Postremo addit in hoc §. etiam si datio eiusdem summæ non sit admixta diuersis factis, vt in priore specie, *decem mihi Romæ, aut Titio Ephesi dari*, sed sint mere facta diuersa, nulla permixta datione, *vt domum ædificari in meo solo, aut in Titij solo*, promissorem, si ædificauerit in Titij solo, etiamsi me inuito & prohibente id fecerit, a me liberari. Nec obstat vt annotat eleganter quod factum pro facto solui inuito non potest, sicut nec res pro re, *l. 2. §. mutui, de reb. cred. l. si quis aliam, hoc tit.* quia & eo modo, quum reus ædificat in solo Titij, non soluit factum pro facto, sed ex duobus factis, quæ in stipulatum disiunctim deducta sunt, eligit promissor quod mauult : in disiunctiuis electio est promissoris, *l. plerunque §. vlt. de iure dot.*

Ad §. Si seruus.

Si seruus fructuarius ex re fructuarij domino proprietatis aut fructuario stipuletur, inutilis est stipulatio : vt ex re proprietarij, si ipse domino aut fructuario stipuletur, recte stipulatur. Tantum enim solutionis capax est fructuarius hoc casu, non etiam obligationis quoque.

Hic §. est de adiecto solutionis gratia, & sententia eius est huiusmodi. Si seruus fructuarius, in quo alius habet vsumfr. alius proprietatem, ex re fructuarij stipuletur proprietario, aut fructuario dari, inutilis est stipulatio, quia vterque est capax adquirendæ obligationis, & fructuarius ex re sua, & proprietarius ex re fructuarij, quod nominatim seruus ei stipulatus sit. Et non apparet in vtrius persona consistat obligatio, vterve si adiectus solutionis gratia. Denique τὸ ἴσαζον corrumpit stipulationem, par scil. causa proprietarij & fructuarij, quod vtrique possit adquiri obligatio, *l. 1. §. si fructuarius, l. 9. §. vlt.* adhibitis quatuor seqq. ll. *sup. de stipul. seru.* Ex contrario, si fructuarius seruus non ex re fructuarij, sed ex re proprietarij, vel aliunde stipuletur proprietario, aut fructuario dari, stipulatio vtilis est, quia apparet fructuarium, cui obligatio ex re proprietarij adquiri non potest, esse adiectum solutionis gratia. Et nullum hic interuenit τὸ ἰσάζειν. Ideoque soluendo fructuario promissor liberatur, quæ est sententia huius §. Et ita proponitur a Iuliano in *d. l. 1. §. si fructuarius, de stipul. seru.* & in id quoque ipsum Iulianus ad testimonium vocatur in *l. 28. in princ. eod. tit.* Vnde notum est, cum ex h. §. *si seruus & ex d. l. 28. eod. tit.* tum ex fine *d. §. si fructuarius.* prima eius *§. si fructuarius*, verba esse traiecta, quæ ponunt seruum fructuarium esse stipulatum non proprietario, aut fructuario, vt oportuit, sed vice mutata fructuario, aut proprietario. Male, quia eo modo concepta stipulatio ex re proprietarij esset inutilis, quasi collata inutiliter obligatione in personam fructuarij, *l. Caius, sol. matrim.* Ac proinde etiam inutiliter adiecto proprietario, quia si inutilis obligatio est, inutilis etiam est adiectio, *l. vlt. §. vlt. de verb. oblig.* Nec eo modo concepta stipulatione fructuario aut proprietario ex re proprietarij potest fructuarius, qui priore loco nominatus est accipi pro adiecto, adiectus nominatur posteriore loco, non priore. Denique fructuarius ita concepta stipulatione, neque est creditor, neque adiectus, vt nec proprietarius quoque est creditor, neque adiectus: & ideo inutilis est stipulatio. Et tamen in fine §. *si fructuarius* habetur pro adiecto, & promissor liberari dicitur soluendo fructuario : nimirum, quia ita concepta fuit stipulatio, vt in hoc §. & in *d. l. 28.* proprietario aut fructuario ex re proprietarij, non e conuerso, fructuario, aut proprietario, vt perperam legitur vulgo.

Ad leg. 90. De reg. iur.

In omnibus quidem, maxime tamen in iure æquitas ſpectanda ſit.

AD ſuperiorem quæſtionem de adiecto ſolutionis gratia adaptari poteſt lex 90. *de regul. iur.* Cuius verba ſunt, *in omnibus quidem, maxime tamen in iure æquitas ſpectanda eſt.* In omnibus, id eſt, negotiis ſiue cauſis, *l. placuit, C. de iud.* In omnibus rebus, in pactis vtique, quia ſolo æquitatis vinculo ſuſtinentur, non iure ciuili: & in contractibus, in quibus bonam fidem conſiderari æquiſſimum eſt, quæ æquitatem ſummam deſiderat, *l. bona fides, depoſ. l. 4. C. de obligat. & act.* Maxime tamen in iure, id eſt, in quæſtionibus iuris, quales ſunt quæſtiones horum librorum. Exemplo ſit §. *mihi Romæ, ſup.* de adiecto ſolutionis gratia, ſi ſtipuler mihi aut Titio, & aliam rem deſignem, in perſonam meam, aliam in perſonam Titij, puta mihi decem aut Titio hominem, mihi Stichum, aut Titio Pamphilum: ſi forte quæratur Pamphilo Titio ſoluto an promiſſor liberetur? Dicendum eſt non liberari quidem eum ipſo iure, quia aliud ſoluit, quam quod debuit: Stichum debuit, non Pamphilum, quem ſoluit, Stichus ſolus fuit in obligatione, quæ collata eſt in perſonam meam: quoniam tamen æquitas potius ſpectanda eſt, dicam ex ſtipulatu conuentum promiſſorem audiendum eſſe, ſi ſe defendat exceptione doli mali, vt docuimus in *d. §. mihi Romæ*: æquitas defenſionis infringit actionem, quæ iure competebat, *l. qui æquitate, de doli except.* Redeo ad l. 98. §. aream.

Ad §. Aream. l. 98. de ſolut.

§. 8. *Aream promiſi alienam: in ea dominus inſulam ædificauit, an ſtipulatio exſtincta ſit quæſitum eſt. Reſpondi, ſi alienum hominem promiſi: & is a domino manumiſſus eſt, liberor: nec admiſſum eſt, quod Celſus ait, ſi idem rurſus lege aliqua ſeruus effectus ſit, peti eum poſſe. In perpetuum enim ſublata obligatio, reſtitui non poteſt, & ſi ſeruus effectus ſit, alius videtur eſſe. Nec ſimili argumento vſus eſt, vt ſi nauem quam tu promiſiſti, dominus diſſoluerit, deinde iiſdem tabulis compegerit, teneri te. Hic enim eadem nauis eſt, quam te daturum ſpopondiſti, vt videatur magis obligatio ceſſare, quam exſtincta eſſe. Homini autem manumiſſo ſimile fiet, ſi ea mente diſſolutam eſſe nauem poſueris, vt in alios vſus conuerterentur tabulæ, deinde mutato conſilio eaſdem compoſitas. Alia enim videbitur eſſe poſterior nauis, ſicut ille alius homo eſt. Non eſt his ſimilis area, in qua ædificium poſitum eſt. Non enim deſiit in rerum natura eſſe. Imo & peti poteſt area, & æſtimatio eius ſolui debebit. Pars enim inſulæ area eſt, & quidem maxima, cui etiam ſuperficies cedit. Diuerſum dicemus: ſi ſeruus promiſſus ab hoſtibus captus ſit, hic interim peti non poteſt, quaſi ante diem, ſed ſi redierit poſtliminio, recte tunc petetur, ceſſauit enim hic obligatio. Area autem exſtet, ſicut cætera, ex quibus ædificium conſtitit. Deinde lex duodecim tabularum tignum ædibus iunctum vindicare poſſe ſcit. Sed interim id ſolui prohibuit, pretiumque eius dari voluit.*

SI aream alienam dare ſtipulanti promiſi, & antequam per me ſtaret, quo minus darem, dominus in ea ædificium poſuerit, quæritur, an exſtincta ſit ſtipulatio, quaſi exſtincta area, quia iam non eſt area ſimpliciter, ſed domus aut villa, an ſim liberatus a ſtipulatore, quaſi re perempta ante moram, quod poſſet quis tentare, quia iam nulla videtur eſſe area, quæ inædificata eſt, & nullius rei nulla eſt debitio. Item ducta ſimilitudine a ſeruo alieno promiſſo, qui ſi poſtea ante moram promiſſoris, (quod ſemper intelligendum eſt) a domino manumittatur, promiſſor liberatur, perinde atque ſi mortuus ſeruus eſſet. manumiſſio eſt ſimilis morti, *l. ſi tibi alienum, hoc tit.* At ſi is rurſus poſt manumiſſionem lege aliqua ſeruus effectus ſit, vel quod cenſeri noluerit inter ciues, vel quod militiæ nomen dare noluerit, vt M. Tullius declarat in extremo orationis pro Cecinna, eum peti non poſſe, quia in perpetuum, inquit, ſublata obligatio, reſtitui non poteſt: ſublata autem eſt manumiſſione, ergo reſuſcitari non poteſt, eodem homine rurſus cadente in ſeruitutem. Iis autem verbis, *in perpetuum, &c.* vtrum hoc ſignificat Paulus hanc regulam eſſe perpetuam, *l. in perpetuum, hoc tit. l. de acceſſionibus, de diu. & tempor. præſcript.* an vero hoc dicit, in perpetuum exſtinctam vel ſublatam obligationem ad differentiam eius, quæ pendet, quæ ceſſat ad tempus, & interquieſcit, non penitus exſtincta eſt? Nam & perpetuam illam regulam non eſſe oſtendit lex *ſi cum quis §. vlt. de furt.* At regulariter ſemel exſtincta obligatio reſtitui non poteſt, vel ſemel parta liberatio reuocari non poteſt, vt in §. 1. *huius l.* Quod & philoſophi dicunt qui negant a priuatione ad habitum dari regreſſum. Hæc vero regula generalis eſt, & valet tam in legatis, quam in ſtipulationibus, *l. ſi ſeruus §. 1. de adim. leg.* Vbi eadem ratione vtitur Paulus, qua hoc loco, vt ideo non reſtituatur, aut renaſcatur obligatio ſerui promiſſi, vel legati, quæ manumiſſione exſtincta eſt, ſi rurſus in ſeruitutem reciderit, quia alius homo eſt, & nouus homo eſt, non idem qui obligatione continebatur. noua eſt ſeruitus, ergo nouus ſeruus: nec enim priſtinæ ſeruituti reſtituitur, ſed in nouam cadit. Et merito Paulus nominatim improbat vel non admiſſam eſſe ait Celſi ſententiam, qui in *l. ſi chorus §. vlt. de leg. 3.* ſcribit, *ſeruum legatum ſi manumittatur interim, id eſt, antequam dies legati cedat, & poſtea ſeruus factus ſit, peti poſſe ex teſtamento.* Inanis autem eſt labor illorum, qui conantur Celſum, quem Paulus ipſe nominatim hoc loco reprehendit, conciliare cum Paulo. Eſt enim inter eos diſſidium euidentiſſimum, cuius componendi nulla ratio eſt, non diſcrimen legatorum a ſtipulationibus: non item (vt quidam volunt) diſcrimen ſerui alieni & ſerui proprij, quaſi ſcilicet ſeruus proprius legatus, deinde manumiſſus a teſtatore, poſt reuerſus in poteſtatem eius non debeatur legatario, *dicta l. ſi ſeruus §. vlt.* niſi ex noua voluntate teſtatoris. Seruus autem alienus legatus, & mox manumiſſus a domino, & lege aliqua poſtea ſeruus effectus omnino debeatur. Diſtinctio hæc non placet, quia Celſus indiſtincte ſeruum legatario deberi ait, ergo & alienum, & proprium: & Paulus contra, non deberi, nulla facta differentia inter alienum & proprium: aut inter legatum, & promiſſum, quæ etiam nulla eſt, niſi in hoc tantum, quod qui proprium ſeruum legauit, poteſt mutare voluntatem, & ſeruum manumittendo adimere legatum: qui vero promiſit ſeruum proprium, non poteſt mutare voluntatem, nec manumittendo ſeruum liberatur, imo vero eo magis tenetur ſtipulatori, quod eius facto ſeruus commercio hominum exierit, *l. ſi ſeruum §. 1. de verb. oblig.* Celſus autem ſententiæ ſuæ confirmandæ cauſa non recte vtebatur comparatione nauis alienæ promiſſæ vel legatæ, quæ debetur, vt conſtat inter omnes, etiam ſi dominus eam diſſoluerit, ſi modo eam poſtea iiſdem tabulis compegerit, hæc enim cauſa longe diſſimilis eſt, quia iiſdem tabulis compacta nauis, eadem nauis eſt, quæ fuit ante, quæque promiſſa eſt, vt quandiu fuit diſſoluta, ceſſaſſe tantiſper videatur obligatio, non penitus eſſe ſublata aut exſtincta, *l. inter §. ſacram, de verb. obligat.* Vnde apparet, quam diſtet obligatio ſublata in perpetuum ab ea, quæ ceſſat: nec enim ceſſat in perpetuum, ſed ad tempus tantum. At ſeruus alienus, qui promiſſus eſt, ſi a domino manumittatur, deinde ſeruus efficiatur, non idem homo eſt, qui fuit promiſſus: manumiſſio exſtinxit & interemit priorem hominem, quia eo animo eoque voto facta eſt, vt perpetuo liber eſſet: diſſolutio nauis non exſtinxit nauem, quia eo animo facta eſt, vt reficeretur nauis. Quod ſi alio animo diſſoluatur nauis, puta vt tabulas dominus conuertat in alios vſus, tunc recte nauis diſſoluta homini manumiſſo comparatur. Nam etſi poſtea dominus mutato conſilio tabulas non tranſtulerit in alium vſum, ſed iiſdem compegerit nauem, hæc nauis peti non poterit, quia alia eſt nauis, quam quæ promiſſa eſt,

ſicut ille alius homo eſt, qui poſt manumiſſionem cecidit in ſeruitutem, prior homo, priorve nauis interiit. At nauis, quæ diſſoluitur reficiendi cauſa, non recte comparatur homini manumiſſo, quia homo, qui fuit ante manumiſſionem, intercidiſſe videtur; nauis, quæ fuit ante diſſolutionem nondum intercidiſſe videtur, *d. §. ſacram.* Celſus vtebatur etiam ſimilitudine areæ, vt patet ex *d. l. ſi chorus §. pen.* ſed male. Nam area aliena promiſſa vel legata, ſi ſit inædificata, ac rurſus area facta exuſto vel diruto ædificio, certe peti poteſt, ſeruus alienus promiſſus, deinde manumiſſus, ac denuo ſeruus effectus peti non poteſt, quia ſeruus ſecuta manumiſſione ſeruus eſſe deſiit. Area autem impoſito ædificio, area eſſe non deſiit, immo eſt pars maxima ædium: quandoquidem ei etiam ſuperficies cedit, id eſt, quod inædificatum eſt cedit, *l. 23. & 34. de verb. obligat. l. vlt. de ſuperf. l. domo, de pignor. act. l. 3. §. ſed ſi, vti poſſid.* quod idiotiſmus Gallorum exprimit his verbis, *dans le couſtumier, le pied ſaiſit le chef*, id eſt, ſolo cedit ſuperficies, area & ſolum idem eſt. Itaque areæ impoſito ædificio non exſtinguitur obligatio: imo & area peti poteſt, quia exſtat, vt & tignum exſtat, quo ædificium conſtat. Verum quia præſtari area non poteſt, quandiu ædificium manet, æſtimatio eius in condemnationem venit, quo exemplo vtitur Paulus, vt quum quis tignum alienum ſuis ædibus, iunxit, lex 12. tab. de tigno iuncto, tignum, inquit, vindicari poſſe ſcit, vt in *Nou.* 38. νόμος ἐπίσταται, *lex ſcit.* & Theophil. in tit. de Teſtam. ordin. νομοθεσία ἐπίσταται. & nihil intereſt inter ſcire & ſciſcere, nam & in Comœdiis Plauti ita legimus. *accedo vt ſciſcam quid velis.* Tignum ergo iunctum alienis ædibus lex 12. tabul. vindicari ſcit, id eſt ſciſcit, quia exſtat, id eſt, non peremptum eſt. Id tamen non vult exemptum ædibus domino præſtari, ſed æſtimationem eius tantum. Itaque ſi euentum iudicij ſpectas, ſi effectum rei, tignum non vindicatur, id eſt, non euincitur, non ſoluitur, non eximitur, quia lex 12. tab. id vetat, qua ita concepta eſt: *tignum iunctum ædibus, vineave concapes ne ſoluito*: (vt doctiſſimus Scaliger emendat rectiſſime) ſic vocatur pedamentum vineæ, cuius caput iunctum eſt capiti vineæ, id eſt, radici. non dixit, *ne vindicato, ſed ne ſoluito*, ſolui vetat, non vindicari omnino, ſed ita vindicari, ne ſoluatur & eximatur ædibus. Et ita accipienda eſt, lex 1. *de tign. iunc. l. gemmæ, ad exhib. l. in rem §. pen. de rei vindic.* Exemplo etiam tigni impoſiti ædificio, area peti non poteſt, ſed eius æſtimatio tantum in condemnationem venit, quia ipſa non poteſt præſtari, ſaluo ædificio. Et ita Paulus de area cenſet: aliter ergo quam de homine promiſſo. homo alienus promiſſus, ac deinde manumiſſus a domino, neque ipſe peti, aut ſolui poteſt, nec æſtimatio eius, quia liberi hominis nulla æſtimatio eſt, manumiſſio exſtinxit obligationem. Aliud dicendum in homine promiſſo, ac deinde capto ab hoſtibus. nam quandiu eſt apud hoſtes, ceſſat obligatio, non exſtincta eſt, ideoque poſtliminio reuerſus homo, peti poteſt. Interim peti non poteſt, quaſi ante diem, in quem captiuitas ſuſpendit obligationem. Nam etſi ante diem naſcatur obligatio, petitio tamen non naſcitur ante diem, vt oſtenditur hoc loco, dum ait, *interim*, id eſt, quandiu apud hoſtes eſt, peti non poteſt, quaſi ante diem. Idemque oſtendit, *l. 14. l. interdum, de verbor. obligat. l. nihil, de regul. iuris, l. certi §. 1. de reb. cred.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Librum XVI. Quæſtionum Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. venditor 21. De hered. vel act. vend.

Venditor ex hereditate interpoſita ſtipulatione, rem hereditariam perſecutus, alij vendidit. quæritur, quid ex ſtipulatione præſtare debeat: nam his vtique non committitur ſtipulatio, vt & rem, & pretium debeat. & quidem ſi poſteaquam rem vendidit heres, interceſſit ſtipulatio: credimus pretium in ſtipulationem veniſſe. quod ſi anteceſſit ſtipulatio, deinde rem nactus eſt: tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit, & is deceſſerit: an pretium eiuſdem debeat? non enim deberet Stichi promiſſor, ſi eum vendidiſſet, mortuo eo ſi nulla mora præceſſiſſet. Sed vbi hereditatem vendidi, & poſtea rem ex ea vendidi: poteſt videri, vt negotium eius agam, quam hereditatis. Sed hoc in re ſingulari non poteſt credi: nam ſi eundem hominem tibi vendidero, &, nec dum tradito eo, alij quoque vendidero, pretiumque accepero: mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, ſed propter negotiationem percipitur & ſic ſit, quaſi alij non vendidiſſem. tibi enim rem debebam, non actionem. at cum hereditas vænit, tacite hoc agi videtur, vt ſi quid tanquam heres feci, id preſtem emptori: quaſi illius negotium agam. quemadmodum fundi venditor fructus præſtet bonæ fidei ratione: quamvis, ſi neglexiſſet vt alienum, nihil ei imputare poſſit: niſi ſi culpa eius argueretur. Quid ſi rem, quam vendidi, alio poſſidente petit, & litis æſtimationem accepi? vtrum pretium illi debeo, an rem? vtique rem. non enim actiones ei, ſed rem præſtare debeo. & ſi vi deiectus, vel propter furti actionem duplum abſtulero: nihil hoc ad emptorem pertinebit: nam ſi ſine culpa deſiit detinere venditor, actiones ſuas præſtare debebit, non rem: & ſic æſtimationem quoque. nam & aream tradere debet, exuſto ædificio.

HÆc lex continet multa notatu digna, & proprie pertinet ad ſtipulationes emptæ & venditæ hereditatis, quæ ex vtraque parte interponuntur inter heredem, qui hereditatem vendidit, & emptorem, *§. ergo ſiquidem, Inſt. de fideicom. hered.* namque heres emptori ſtipulanti promittit, quanta pecunia ad ſe ex hereditate ſua peruenerit, dolove malo ſuo factum eſt, eritve, quo minus perueniat perueneritve, quæque ſibi eo nomine actio, petitio, perſecutio erit, aduerſus eum, qui quid defuncto debuit, ea omnia recte præſtari, *l. 50. de verb. oblig.* Emptor autem heredi ſtipulanti promittit certum pretium, *l. 20. §. vlt. de ſtipul. ſeru.* Promittit item, quantam pecuniam heres nomine hereditario dederit, ſoluerit, præſtauerit, tantam heredi præſtari, *l. 18. hoc tit.* Et ad has ſtipulationes pertinet *l. 2. hoc tit.* & lex *pecuniæ* 176. *de verbor. ſignific.* Quo præmiſſo, finge. Venditor hereditatis, quod initio huius l. dicitur venditor ex hereditate, vt venditor ex fundo, id eſt, venditor fundi: venditor igitur hereditatis, interpoſita ſupradicta ſtipulatione, qua ipſe promiſit emptori, quanta pecunia ad ſe ex illa hereditate peruenerit, &c. ſeruum quendam hereditarium perſecutus, eum alij vendidit ſeparatim, & pretium accepit. Quæritur *eius ſerui nomine ex ſtipulatione ſupradicta quid emptori præſtare debeat, vtrum ſeruum, an pretium?* Nam & ſeruus ad eum peruenit & pretium. Vtrumque non debere præſtari certum eſt, & ſi primum ſeruus, deinde pretium ad eum peruenerit, æquum non eſt vtrumque præſtari emptori hereditatis: æquum non eſt bis committi ſtipulationem, idemque bis quodammodo præſtari: rem & pretium rei: præda eſt, bis idem exigere, *l. 25. de admin. tuto.* Quæſtio igitur hæc eſt, *vtrum rem, an pretium ex ea ſtipulatione debeat heres emptori hereditatis?* Paulus diſtinguit: aut venditionem ſerui ſecuta eſt venditio hereditatis & ſtipulatio, aut præceſſit venditio hereditatis venditionem ſerui. Priore caſu, ex ſtipulatu heres pretium debet, quod iam ad eum peruenerat tempore venditæ hereditatis, & interpoſitæ ſtipulationis, *l. 2. §. perueniſſe hoc tit.* Poſteriore caſu, id eſt, quum poſt venditam hereditatem ſeruum ex ea vendidit heres, ſeruum debet emptori, non pretium, quia ſeruum habuit tempore venditæ hereditatis. At quid ſi eodem caſu, quum prius væniit

væniit hereditas, quam seruus, atque ita seruus deberi cœpit emptori hereditatis, quid, inquam, si postea is seruus vita decesserit suo fato, an tunc pretium serui debetur emptori hereditatis, quod heres accepit, videlicet si seruus interierit ante moram heredis, id est, priusquam super eo heres interpellaretur? Posset dici, nec hoc casu seruum deberi, quia periit ante moram, nec pretium eius, quod heres accepit, vt mortuo ante moram Sticho, qui stipulanti promissus est, certum est, nec Stichum, nec pretium deberi, etiamsi interim eo alij vendito, pretium eius promissor sit consecutus, sed omnimodo liberari promissorem, *l. si ex legati causa, de verb. obl.* Paulus tamen contra in specie proposita putat, pretium deberi emptori hereditatis, quia multum interesse ait, vtrum vænierit hereditas, quod est B ius successionis vniuersum, ius incorporale: an vænierit res singularis, id est, corpus aut species certa. Dicamus primum de hereditate vendita. Si tibi vendidi hereditatem, deinde alij Stichum ex ea hereditate, quia eum quasi heres vendidi iure meo, etsi Stichus perierit ante moram, debeo tibi pretium Stichi quod accepi, aut actionem pretij, quia in eo vendendo videor tuum negotium gessisse, cui iam debebam ius omne successionis, videor, inquam, tuum negotium gessisse magis quam negotium meum aut hereditatis meæ. Et hoc est quod ait, *potest videri, vt negotium potius eius agam, quam hereditatis eius.* id est, emptoris hereditatis potius, quam negotium hereditatis, quod est negotium meum, quia hereditas est mea, vt infra ait, tacite hoc agi videtur, vt si quid tanquam heres feci, id præstem em- C ptori quasi negotium illius agam. Et hac ratione emptori hereditatis debeo pretium, quod redegi ex venditione serui hereditarij, aut actionem pretij, debeo cedere emptori hereditatis actionem ex vendito; denique quodcumque quasi heres percepi, id seruare debeo emptori hereditatis, idque agi tacite videtur inter heredem & emptorem hereditatis. & hæc de hered. vend. Dicamus nunc de re singulari vendita, si tibi primum vendidi Stichum, non tradidi, deinde alij eundem seruum vendidi, & pretium accepi, mox Stichus interierit ante moram, id est, antequam per me staret, quo minus eum traderem tibi, nihil tibi debeo, nec pretium quidem quod accepi, quia id non ex Sticho ipso percepi, sed ex negotiatione & solertia mea, mihi non D tibi gesto negotio, sicut post perfectam venditionem, & ante traditionem ex re vendita percepissem, vt si ex fundo vendito fructus percepissem eos tibi deberi, *l. Iulianus §. si fructib. de act. emp. l. videamus §. ex causa, de vsur. & l. pen. C. eod.* quia ex die emptionis, omnes fructus pertinent ad emptorem, si pretium omne numerauerit, vt adiecit Paulus 2. *Sent. tit. ex emp. vend.* illo loco sicut legendum, ex abstrusioribus, & castigatioribus libris, ex die emptionis, si pretium, &c. si percepissem, inquam, pretium. Nam de fructibus percipiendis non teneor, si forte fundum neglexi vt alienum, neque colui, nisi dolus aut culpa mea arguatur, qua factum sit, vt cum fructus percipere possem ex re vendita, non perceperim, quo casu perinde habeor, ac si eos percepissem. Quod significatur in hac lege his verbis, *quemadmodum fundi venditor fructus præstet bonæ fidei ratione*, actione scilicet ex empto, quæ est bonæ fidei, E quamvis, inquit, si neglexisset vt alienum, id est, si fructus non percepisset ante traditionem fundi, nihil ei imputari posset, nisi si culpa eius argueretur. At seruum tibi venditum, si postea alij vendidi & pretium accepi, pretium non accepi ex re vendita, nec enim ea res pecuniam gignit. Ideoque id priori emptori præstare non teneor, domino rei teneor, *l. si eum seruum, de reb. cred.* Emptori nondum facto domino nondum teneor, & perinde liberor, atque si eum seruum alij non vendidissem, vt & si Stichum tibi venditum manumisissem, post ille interiisset ante moram, perinde liberor, atque si eum non manumisissem, *l. is qui ex stipulatu, de oblig. & action. l. si mihi alienum 92. de solut.* quia Stichum tibi debui, & is desiit esse in rerum natura sine dolo aut culpa mea: non debui tibi actionem ex vendito, actionem pretij contra posteriorem emptorem,

A ergo nec debeo tibi pretium, quod forte per eam actionem consequutus sum, cui non debetur actio, nec emolumentum actionis debetur, & contra cui non debetur emolumentum actionis, nec debetur actio. Et ita interpretandum quod ait, *tibi enim rem debebam, non actionem*, id est, actionem pretij, actionem ex vendito: nam hac ipsa ratione vtitur Paulus in quæstione sequenti. Finge: Rem singularem tibi vendidi quam alius possidebat, non ego, venditionis tempore. Postea ab eo possessore rem vindicaui, & eo iudicis arbitrio non restituente rem iuxta ordinem *l. qui restituere, de rei vindic.* litis æstimationem, id est, pretium rei possessori extorsi, quæ res similis est venditioni. Litis æstimatio similis est emptioni & venditioni, *l. litis, pro empt. l. si propter, rer. amot.* Hoc casu cum teneor priori emptori, quid debeo, rem, an pretium, aut litis æstimationem? Et respondeo ei rem deberi, aut quanti interest rem præstari: hoc semper intelligitur, quia rem ei præstare debui, non actionem in rem, non actionem pretij. Ergo nec quod ea actione consequerer, eademque ratione si rem vendidi, cuius possessione vi eram deiectus, vel quæ fuerat mihi furto subrepta ante venditionem, ac deinde per actionem furti duplum sim consequutus, id non debeo præstare emptori, quia rem ei debui, non actionem: ergo nec ei debui commodum actionis. Et hoc si iam venditionis tempore rei possessionem amiserim. Nam si post venditionem hoc contigerit sine culpa mea, etiam quamcunque actionem emptori debeo, *l. eum qui, de furt. l. quod sæpe §. si res, de contr. emp.* Si debeo actionem, ergo & commodum actionis, puta duplum, quod actione furti sim consequutus, vt addit in fine h. legis. Si post venditionem rei venditor sine dolo aut culpa desierit rem possidere quodam alio casu, si modo absit eius culpa & dolus, actiones tantum suas debet præstare emptori, non rem. Ergo & quod propter eas actiones consequutus fuerit, vt litis æstimationem, aut pœnam dupli, vel quadrupli, vt & sine culpa eius exusto ædificio vendito post venditionem, debet præstare emptori aream tantum quæ restat, non ædificium, qui tamen si vendidisset ædificium iam exustum, omnino deberet præstare ædificium, vel id quod interest ædificium præstari, vel aream solam, *l. demum, de cont. emp.* Ad hæc notandum hoc tantum, quod tentat Accursius in hac lege, eum, qui seruum vni vendidit, nondum tradidit, ac deinde etiam eundem vendidit alteri, & pretium accepit, mortuo seruo ante moram ex æquitate pretium debere priori emptori, hoc, inquam, non esse verum, quia quod Paulus tradit palam pretium non deberi, id sumit ex æquitate, quæ in quæstionibus iuris maxime spectanda est. At quo argumento mouetur Accursius? nempe quod pœna falsi teneatur is, qui eandem rem duobus vendidit in solidum diuersis temporibus, *l. qui duob. 21. ad leg. Corn. de fals.* Si pœna coercetur, ergo & pretium rei venditæ ei auferri debet, & præstari potius priori emptori, ne quid lucretur ex facto, cuius pœnam subiit. Verum ita demum is, qui eandem rem vendidit duobus, coercetur pœna falsi, si vtrique obligatus maneat: at si alterius obligatione liberatus fuerit, puta rei interitu, qui contigerit ante moram, veluti in hac specie, extra crimen est, & pœnam falsi. Mouetur etiam Accursius *l. 1. §. licet, in fi. de peric. & comm. rei vend.* vbi agitur de eo, qui vendidit vinum, & diem præstituit emptori ad metiendum vinum, quo cessante, nec admetiente vinum intra præstitutum diem, lex ait, venditorem, qui vasis vinariis indiget, posse vinum effundere, si modo testato prius denuntiet emptori, vt tollat vinum, aut sciat futurum vt effundatur. At subiicit: *si tamen cum posset vinum effundere, id non fecerit venditor, laudandus est.* Nam satis est si emptor ei præstet mercedem vasorum, quæ forte conduxit, cum interesset eius habere vasa, in quæ vinum infunderet, aut inania esse vasa, in quibus vinum fuit venditum: Et sane, inquit, commodius est conduci alia vasa, nec reddi vinum emptori, nisi reddat mercedem conductionis aliorum vasorum: aut certe venditor debet vinum bona fide alij vendere, &

exinanire vaſa, quibus indiget, pretium autem ſeruare emptori, & ſic in ea ſpecie pretium debetur emptori. Sed hoc ideo, quia ibi bona fide negotium geſſit emptoris, nolens effundere vinum, quod poterat effundere in perniciem emptoris, dedit operam eo modo, vt quam minimo detrimento ea res eſſet emptori, id eſt, negotium egit emptoris, ne vinum emptor amitteret, & pretium. At in ſpecie propoſita venditor ſuum negotium geſſit, non emptoris.

Ad l. pater 71. de euict.

Paterfiliæ nomine fundum in dotem dedit. euicto eo, an ex empto, vel duplæ ſtipulatio committatur, quaſi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur: non enim, ſicut mulieris dos eſt, ita patris eſſe dici poteſt. nec conferre fratribus cogitur dotem à ſe profectam, manente matrimonio. ſed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque caſu ſtipulationem. Intereſt enim patris, filiam dotatam habere, & ſpem quandoque recipiendæ dotis, vtique ſi in poteſtate ſit. quod ſi emancipata eſt: vix poterit defendi, ſtatim committi ſtipulationem: cum vno caſu ad eum dos regredi poſſit. nunquid ergo tunc demum agere poſſit, cum mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, ſi euictus fundus non eſſet? an & hoc caſu intereſt patris dotatam filiam habere, vt ſtatim conuenire promiſſorem poſſit? quod magis paterna affectio inducit.

HÆc lex eſt de dote profectitia, quam ſcilicet pater genero dedit pro filia, & deinde quidam euicit genero. Pater igitur fundum, quem à Lucio Titio emerat filiæ nomine, genero dedit in dotem. Quidam quaſi dominus eum fundum iure, iudicioque genero euicit, & abſtulit. Quæritur, aut patri contra Lucium Titium auctorem ſuum ſtatim competat actio ex empto euictionis nomine quanti intereſt: vel ſi eodem nomine interpoſuerit pater ſtipulationem duplæ, an competat actio ex ſtipulatu ſtatim euicto fundo, non ſibi, ſed genero? Dubitationem facit, quia nihil videtur intereſſe patris fundum non euinci, qui bonis eius abſceſſit, & in filiæ bonis eſſe cœpit, *l. 1. §. vlt. l. vlt. de dot. collat. l. pater, ad leg. Falcid.* Dotis datio eſt alienationis ſpecies, *l. quoties §. vlt. de pec.* Cuius autem non intereſt, eius nulla poteſt eſſe actio in id, quod intereſt, vel in id quod eſt loco, & vice eius quod intereſt, vt duplum pretij, quod euictionis nomine in ſtipulatum deducitur: & fundum filiæ nomine in dotem datum non eſſe in bonis patris, ex eo apparet, quod is pater emancipatus à patre ſuo, eum fundum non cogitur conferre fratribus ſuis, qui remanſerunt in poteſtate, quum agitur de ſucceſſione communis parentis: quia conferre cogitur tantum bona propria, & is fundus eius deſiit eſſe proprius. Atque ita proditum eſt in *l. filium, de collat. bon.* Et verum eſt, vt hoc loco Paul. adiicit, manente matrimonio filiæ: nam ſoluto matrimonio morte filiæ, & dote reuerſa ad patrem, non eſt dubium patrem fratribus ſuis filiæ ſuæ patruis eam dotem debere conferre, quia iam eſt in bonis eius. Quod rectè Accurſius tradit in *l. dotem, de collat. bon.* Et Paulus aperte hoc loco ex contrario ſenſu, dum ait, *manente matrimonio*, quaſi idem non ſit dirempto matrimonio. Verum hac ratione, quod ſcilicet is fundus deſierit eſſe in bonis patris, nihil mouetur Paulus, quin dicat, probabilius eſſe ſtatim euicto fundo dotali, pro euictione contra auctorem ſuum actionem dari, quia etſi fundus in bonis patris eſſe deſierit, tamen eius intereſt filiam dotatam habere, quæ facta eſt indotata euicto fundo. Intereſt eius filiam dotatam habere propter ſpem, quam habet recipiendæ quandoque dotis, quocunque caſu dirempto matrimonio, vel mortua filia in matrimonio: quo caſu ſuperſtes pater dotem recipere debet iure ciuili, ne & filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiat, ne vulnus geminetur afflicto, *l. iure, de iur. dot. l. dotem, ſol. matrim. l. dos C. ſol. matr.* vel etiam diuortio facto bona gratia, aut culpa mariti, aut mortuo marito, nam & his modis ſoluto matrimonio pater dotem repetit adiuncta & conſentiente filia. Qua ratione exactio dotis dicitur eſſe communis patris & filiæ, imo & dos ipſa, *l. 2. §. 1. l. 3. ſolut. mat. l filiæ, C. eod. l. Titia 1. §. qui inuita, de leg. 2. l. qui hominem §. ſi gener, de ſolut.* Denique manente matrimonio dos eſt propria filiæ, ſoluto matrimonio morte filiæ dos eſt propria patris, à quo profecta eſt: ſoluto matrimonio alio modo dos doiſque repetitio eſt communis patris & filiæ. videtur autem hoc loco deeſſe aliquid, & vero deeſt. Videtur autem Paulus ſcripſiſſe hoc loco; intereſſe patris filiam dotatam habere, propter affectionem (hæc deſunt) & ſpem quandoque recipiendæ dotis, quod & ſubindicat finis h. leg. Intereſſe, inquam, patris, filiam dotatam habere, duplici ratione, ratione affectionis, quæ ſane in æſtimando eo, quod intereſt, ſpectatur, *l. cum ſeruus, mandat. l. 6. & 7. de ſeru. expor.* Et ratione ſpei dotis ad ſe qnandoque redituræ. Quæ hactenus dicta ſunt, accipi velim de filia, quæ eſt in poteſtate patris. Videamus an eadem dici poſſint de emancipata filia pro qua pater genero dotem dixit? Et forte videtur in filia emancipata aliud eſſe dicendum, nempe euicto fundo ſtatim ex empto actionem patri non dari, vel duplæ ſtipulationem non committi ſtatim, quia non adeo intereſt patris filiam emancipatam dotatam habere, atque filiamfam. quandoquidem dos à patre data nomine filiæfam. omni caſu, ſi vixerit pater, ad eum reditura eſt ſoluto matrimonio. Dos autem à patre data filiæ emancipatæ nomine, vno tantum caſu ad patrem redit, videlicet filia emancipata mortua in matrimonio, vt hoc loco docet Paulus, & comprobat *l. ſi ab hoſtibus, ſolu. matr. l. ſi filia, de diuort. l. profectitia §. ſi pater pro filia emancipata, de iur. dot.* Et ratio id exigit, quæ eadem interuenit in filia emancipata, & filiafam. quia miſeria vna, vni patri eſt affatim, amiſſio ſcilicet filiæ: nec æquum eſt, vt pecuniam à ſe profectam etiam amittat. Atque ita Theodorus notat ad *l. dos, C. ſol. mat.* Accurſius id ignorabat, cuius Gloſſa ad verbum, vno caſu circumſcribenda eſt, quia dos data pro filia emancipata, ea præmortua, redit ad patrem ipſo iure, etſi pater in eum caſum ſtipulatus non ſit dotem ſibi reddi. Et ideo poſſet quis dicere non ſtatim atque euictus eſt fundus, patri competere actionem pro euictione, ſed tum demum, quum ille vnus caſus exſtiterit, quo pater fundum dotalem, ſi euictus non eſſet, repetere potuiſſet, puta filia emancipata mortua in matrimonio. Verum hac opinione reiecta ad extremum Paulus idem eſſe ſtatuit in filia emancipata, & filiaf. nempe vt euicto fundo ſtatim committatur ſtipulatio duplæ, & competat patri actio pro euictione aduerſus venditorem; Quia filia emancipata, etiam in matrimonio mori poteſt ſuperſtite patre, & locum facere patri ad dotem repetendam & recipiendam, vel propter ſpem huius ſolius caſus, ſtatim intereſt patris filiam quoque emancipatam dotatam habere. Et hanc ſententiam, quæ nullam hac in re differentiam facit inter filiamf. & filiam emancipatam Paulus approbat, & ait hanc opinionem magis inducere affectionem patris, qui non minus affectus eſt erga hanc, quam erga illam filiam. Multa dantur affectioni parentum, ex eaque ducitur ſæpe æſtimatio eius quod intereſt, *l. pen. § 1. de ritu nupt. l. Caius, ſol. matr. & d. l. cum ſeruus, mand.* Quod, inquit, magis paterna affectio inducit: *quod*, id eſt, quam opinionem, vt inter filias nullum ſit diſcrimen, & idem auctor ait in *l. vlt. qui ſine manumiſſ. fauor*, inquit, *priorem inducit opinionem.* Ergo eſt communis affectionis ratio inter vtramque filiam, licet communis omnino non ſit ſpes recipiendæ dotis vtrique datæ, quandoquidem diuortio facto, aut marito mortuo, ſi data ſit pro filiafam. patri repetitio competit adiuncta filia. Si vero data ſit pro filia emancipata, repetitio ſoli filiæ competit, *l. ſi cum dotem 23. §. eo autem, & l. Titia 35. ſol. matr.* quod & *l. vnica §. extran. C. de rei vxor. act.* indicat, dum diuortio facto exigit, vt pater, qui dotem repetit filiam habeat in poteſtate. nam ſi emancipata ſit, ei ſoli, non patri, dotis repetitio competit. Cum igitur Paulus, nullum inter hanc & illam filiam faciat differentiam, mouetur pari

ratione

ratione affectionis paternæ erga vtramque, quod efficit, vt interfit eius vtramque videri donatam, non plane pari ratione spei, quia nec par est omnino in vtraque. Non mouetur Paulus eo, quod attingit Accurs. quod ipsemet pater, qui agit in actorem suum pro euictione, etiam genero teneatur pro euictione, quia nec proponitur hoc loco fundum æstimatũ dedisse in dotem, nec se obligasse pro euictione. Quibus solis casibus genero pater tenetur pro euictione quasi ex empto, vel ex stipulatu, *l. non solum* 53. *de iur. dot. l.* 1. *C. eod. tit.* Mouetur præcipue Paulus, vt tollat hac in re omne discrimen, ratione affectionis paternæ, quæ eadem est erga vtramque filiam.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad Lib. XVII. Quæst. Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. Nesennius 22. ad leg. Falcid.

Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. Ex factis domine, species eiusmodi incidit. Titia filias suas tres numero æquis ex partibus scripsit heredes: & a singulis legata inuicem dedit. ab vna tamen ita legauit tam coheredibus eius, quam extraneis, vt Falcidiæ sit locus. quæro, an aduersus coheredes suas, a quibus legata & ipsa accepit, vti possit Falcidia? & , si non possit, vel doli exceptione summouenda est, quemadmodũ aduersus extraneos computatio Falcidiæ iniri possit. respondi: Id quidem quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quo minus Falcidiam patiantur. sed cum is, qui legatum præstaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit: non est audiendus, desiderans vti aduersus eum Falcidiæ beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat quod deducere desiderat. Plane cæteris legatariis nõ vniuersum, quod coheredi præstat, imputabit: sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. 1. §. *Seruo herede instituto, si a domino fideicommissa, a seruo legata data sunt: prius ratio legatorum habenda est: deinde ex eo, quod superest, fideicommissorum. dominus enim ideo tenetur, quod ad eum peruenit. peruenit autem, quod deductis legatis superest. plane Falcidiam exercet.* 2. §. *Sed & si dominus, omissa hereditatis aditione, seruum sibi substitutum adire iussit, prius erogantur, quæ ab ipso domino data sunt: tunc eorum, quæ a seruo relicta sunt, ratio initur, si patitur Falcidia.* 3. §. *Si debitori liberatio legata sit, quamvis soluendo non sit: totum legatum computetur: licet nomen hoc non augeat hereditatem, nisi ex euentu. Igitur si Falcidia locum habeat, hoc plus videbitur legatum, quod huic legatum esset. Cætera quoque minuentur legata per hoc, & ipsum hoc per alia. capere enim videtur, eo quod liberatur.* 4. §. *Sed si alij hoc nomen legetur, nullum legatum erit: nec cæteris contribuetur.*

IN h. l. tres sunt quæstiones. Prima ducitur ex specie, quæ ex facto inciderat in auditorio Nesennij Apollinaris, de qua idem iudex consulit Paulum, cohonestans illum *domini* appellatione, qua etiam coniuges se inuicẽ, & subiecti principem, & inferiores, superiores ea ętate donare solebant. Species hæc est. Mater tres filias habebat 1. 2. 3. quas heredes scripsit ex æquis partibus, id est, singulas ex triente, & a singulis prælegata inuicẽ dedit, puta, a prima prælegauit aliquid 2. & 3. & vicissim a secunda 1. & 3. eius coheredibus, a tertia autem legauit tam primę, & 2. eius coheredibus, quam etiam extraneis quibusdam, & prorsus exhausit legatis trientem adscriptum 3. ita vt beneficiũ legis Falcidiæ, cuius ratio in singulis heredibus poni solet separatim, *l. in singulis, h. t.* soli 3. competat, eoque freta vnciam retinere possit, quæ est sui trientis quarta siue Falcidia. At quæritur, an etiam hoc beneficio Falcidiæ 3. vti possit cõtra sorores coheredes suas, a quibus vice mutua prælegata accepit, ita vt prælegata ab eis ferat, & præterea Falcidiam legatorum, quæ eis præstat. & si non possit ipso iure contra eas vti Falcidia, aut si doli exceptione summouenda sit, id est, ratione compensationis, quæ inducitur per exceptionem doli mali, vt in *l. qui non militabat, de heredibus instit.* Si inquam non possit 3. vti Falcidia contra sorores, easdemque collegas, quæritur, quemadmodũ aduersus extraneos Falcidiæ ratio iniri debeat? Paulus docet, heredẽ scriptum ex parte, prælegata diuerso iure capere, id est, partim prælegata capere iure hereditario a semetipso pro triente, quia ponimus 3. heredem scriptam ex triente, partim etiã capere a coheredibus pro besse, vt *l. in quartam, h. t. l. heredi, l. cum qui* §. *vlt. de his quib. vt indign.* & partem quidem eam, quæ iure hereditario percipitur, imputari in Falcidiam: partem autem, quæ a coheredibus percipitur iure legati, ipso iure non imputari in Falcidiam, quoniam ea tantum in Falcidiam imputatur, quæ iure hereditario capiuntur, non quæ alio quocunque modo, *d. leg. in quartam, l. quod autem, & l. seq. h. t.* Id quod a coheredibus, inquit, legatorũ nomine percipitur, non proficere legatariis, quo minus Falcidiam patiantur, id est, non imputari in quartã hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, sed supra hanc quartam eam sibi habere etiam quodcunque a coheredib. accepit iure legati. Et in hac ergo specie etiam 3. ipso iure non imputat in Falcidiã suæ portionis, quod a coheredib. vice mutua percepit nomine legati, sed opposita exceptione doli mali, eam, id quod vice mutua percepit nomine legati, cõpensare debere cum eo quod iure Falcidiæ ex legatis a se vicissim coheredibus relictis deducere desideret. Fac eorum legatorum quę pręstat coheredibus Falcidiam esse 30. & totidem eam a coheredib. vicissim percipere iure legati: ea compensare debet cum Falcidia. Compensatio inducitur coheredibus opponentibus exceptionẽ doli mali, desideranti Falcidiam, atque ita coheredes nihil Tertiæ Falcidiæ nomine præstabunt. Et hoc est quod ait, *sed cum is, qui legatum præstaturus est,* veluti Tertia, quæ legata præstitura est coheredibus, ab iisdem coheredibus legatum sibi vice mutua relictum petit, non est audienda, id est, submouenda est exceptione doli mali, vel etiam hodie ipso iure, quia in omnibus iudiciis tandem obtinuit compensationem fieri ipso iure, *l.* 21. *de compens.* *non est* (inquam) *audienda desiderans vti aduersus eos, easve coheredes Falcidiæ beneficio, videlicet si quod iure legati ab eis testamento perceptura est, suppleat quod Falcidiæ nomine deducere desiderat.* Et cum hoc responso Pauli consentit dicta lex *qui non militabat*, & lex *heredi, de his quibus vt indign.* & l. *filiæ, hoc tit.* & lex *deducta* §. *acceptis, ad Trebell.* & lex *filium quem, C. fam. ercisc.* an igitur (nam & adhuc residet hæc inspectio, an igitur Tertia Falcidiam non detrahit pro rata ex legatis a se coheredibus relictis) an eam integram detrahit ex legatis extraneis relictis imputata portione prælegati hereditaria, vt habeat vnciam integram? Minime. sed id tantum ex legatis extraneorum detrahit, quod detraxisset, si & Falcidiam detraxisset ex coheredum legatis. Detraxisset autem eo casu ex legatis extraneorũ paulo minus semiuncia, si verbi gratia tantum fuit in legatis extraneorum, quantum in legatis coheredum. Ergo non imminutis vel rescissis legatis per legem Falcidiam, non plus detrahit ex legatis extraneorum, quã semiuncia paulo minus. Et hoc est, quod ait Paulus in fine huius legis, plane cęteris legatariis, puta extraneis Tertia non imputabit in solidũ legata, quæ sororibus & coheredibus suis præstat integra, sed id tantum, quod coheredibus datura esset, si nihil ab eis vice mutua percepisset, id est, si compensationi locus non fuisset. Eis autem cum datura esset non vniuersa legata sine detractione Falcidiæ, sed quod Falcidia detracta superesset duntaxat, id est, dodrantẽ Falcidiæ. nam & ex prælegatis coheredibus relictis Falcidia detrahitur, *d. l. qui non militabat, l.* §. *pen. h. t. l. a coherede, C. h. t.* Summa autem rationũ hoc dicit Paulus, non plus deducere Tertiam ex legatis extraneorum, quam quod deduxisset, si & a sororibus Falcidiam deduxisset, quia æquum non est, vt ratio compensationis, quæ efficit, ne quod sorores contribuunt Tertiæ Falcidiæ nomine, oneret legatarios extraneos, vt ne quod illis esset leuamini, his sit oneri aliisque vlla causa, & ita explicata est hæc quæstio.

Ad §. Seruo herede.

ALtera quæstio est in §. *seruo herede.* Certa est regula iuris, a domino vel patre heredis instituti fideicommissa relinqui posse, *l.* 11. *de leg.* 1. *l.* 4. *de leg.* 3. *l. si seruus, in princ. de leg.* 2. *l. si seruum, si quis omiss. caus. test.* fideicommissa, inquam, non

legata,vt Vlp. declarat lib.singul. Reg. de fideicommiss. & interueniente forte lege Falcidia, dominus ex fideicommissis a se relictis, si modo extraneis relicta sunt, vt declarat *d. l.* 2. Falcidiam detrahit ex persona serui, vt heres, quia dominus per seruum fit quasi heres, & heredis solius est beneficio Falcidiæ vti,non legatarij, aut fideicommissarij, eiusque qui alio iure ceperit, aliove titulo quam hereditario. At vt proponitur hoc loco, si seruo alieno herede instituto ab eo legata relinquantur, a domino eius fideicommissa, prius præstanda sunt legata,quam fideicommissa.nam dominus fideicommissis non obligatur:nisi pro modo eius, quod ad eum ex hereditate peruenerit per seruum, iussu eius adeuntem hereditatem, id est, pro modo eius quod ex tacito iudicio testatoris per seruum adeuntem iussu eius ei ex hereditate illa quæritur. Hereditas enim intelligitur cuiusque, quæ deductis legatis superest,quia legata delibant hereditatem,legatum est delibatio hereditatis, *l.legatum,de leg.*1.Et quod ea delibatione facta superest illibatum,id solum hereditatis est,id solum domino per seruum adquiritur, & pro eius modo fideicõmissa relicta a domino præstantur, deducta Falcidia, si fideicommissa onerent vel exhauriant id, quod supereſt deductis legatis a seruo relictis. Et ita (qua similitudine Paulus vtitur) domino herede instituto & seruo ei substituto vulgariter, si & a domino herede instituto, & a seruo ei substituto legata relicta sunt, domino omittente testamentum, & seruo iussu eius adeunte hereditatem ex substitutione,ait,prius ex vniuerso prestanda esse legata a domino relicta herede instituto, quæ & a seruo substituto repetita intelliguntur constitutione Seueri. ante constitutionem debebantur a seruo vel domino, cui per seruum hereditas iure substitutionis adquiritur,debebantur inquam,ex sententia edicti, *si quis omiss.caus.testamenti*,quia videtur omisisse testamentum in fraudem legatorum a se relictorum, quæ est sententia *legis cui seruus,si quis omiss. caus. test.* Deinde ex superfluo deberi legata relicta a seruo substituto detracta Falcidia,qui ordo seruatur etiam in *l. 6. eod.* Denique & in hac specie consimili prius soluenda sunt legata a domino herede instituto, quam legata relicta a seruo eius vulgari modo substituto. Verum huic conclusioni obstat lex *Iulianus ,si quis omiss.*neque est meo iudicio qui non cernat quemadmodum ille nodus sit excutiendus.Lex *Iulianus* ponit, patrem fuisse heredem institutum,& filiamfamilias ei fuisse substitutam, patrem omisisse institutionem,& iussu patris filiam adiisse hereditatem ex substitutione. Et tamen ait prius præstanda esse legata a filia substituta relicta, quam legata relicta a patre instituto. Nihil est quod facilius expediri possit.Quod traditur in *l.Iulianus*,traditur ex Iuliano, cuius ætate nondum exstiterat constitutio Seueri, quæ legata relicta ab instituto vult deberi a substituto. Iuliano nota non erat constitutio Seueri, quia Iulianus Adriani ætate vixit,non Seueri. Idque apparet ex *l.si Titio & Mæuio*, §. *vlt. de leg.* 2. Eademque ratione hæc constitutio incognita erat Celso, vt patet ex *l. Celsus*,§.*vlt.de leg.* 2. Et ideo Iuliani aut Celsi ætate legata a patre instituto relicta,a substituto non debebantur ipso iure:sed in ea specie debebantur ex sententia tantum edicti, *si quis omiss. caus. testam.* & ideo non priore loco debebantur, sed posteriore.At hodie,vt hic proponitur: quia legata relicta a patre instituto herede, debentur a filia substituta, vel filio ipso iure, & similiter legata relicta a domino herede instituto, hodie debentur a seruo substituto, ipso iure ex constitutione Seueri, & ideo priore loco debentur quasi & priore loco relicta priusquam debita.Prima quæstio fuit de legatis a coheredibus perceptis compensandis cum eo, quod coheres ex legatis iisdem coheredibus vice mutua relictis, Falcidiæ nomine deducere desideret,ita vt si ab eo tam coheredibus, quam extraneis legata relicta sint,ratione compensationis contra coheredes beneficio legis Falcidiæ non vtatur, sed contra extraneos tantum, a quibus tamen non plus ferat, quam si & contra heredes legis Falcidiæ beneficio vsus fuisset, vt in hac specie;Si tres sorores heredes institutæ sint, prima, secunda & tertia, singulæ ex triente,& tertiæ triens exhaustus sit legatis, tam coheredibus quam extraneis relictis, tertia per legem Falcidiam debet habere vnciam, quæ est quarta pars trientis: hæc vncia diuidenda est in tres partes, quæ singulæ vocantur *duellæ aut binæ sextulæ*,& vnam quidem duellam, quam tertia iure hereditario capit,quia est heres ex tertia parte, imputare debet in Falcidiam:alteram autem duellam compensare debet cum legatis a coheredibus vice mutua perceptis, & tertiam duellam detrahere debet ex legatis extraneorum, non plus: proinde ac si alteram duellam detraxisset ex legatis coheredum,quam quo minus detraxerit,compensatio facit. Secunda quæstio fuit de legatis a seruo herede instituto,& de fideicommissis a domino relictis,item de legatis a domino herede instituto, & a seruo ei substituto relictis, vt scilicet non confundantur,non veniant in contributionem,id est,vt calculo communi non subiiciantur, sed prius ratio ponatur legatorum a seruo vel domino herede instituto relictorum, deinde fideicommissorum a domino relictorum, vel legatorum relictorum a seruo substituto eius. Et hæc quoque legata, posterius: illa vero, soluantur prius, in vtrisque salua Falcidia heredi instituto, vel domino ex persona heredis.

Ad §. vltimum.

Tertia quæstio est in §. *vlt huius leg.* Testator debitori suo, qui ei quadringenta debebat, liberationem legauit. Si & aliis plerisque legata reliquerit, ita vt Falcidiæ locus sit, & is debitor soluendo non sit, tamen in ineunda ratione legis Falcidiæ,ratione bonorum & legatorum,nomen eius debitoris,id est, χρήματιον, id est, quadringenta, quæ debet,in solidum computantur, quasi legata, perinde ac si soluendo esset, & ex eis centum iure Falcidiæ remanent in obligatione, & trecenta tantum ei accepta feruntur, quia bona eius aucta esse intelliguntur remisso nomine, siue legata liberatione, & aucta tanto, quanto fuit nomen. Non augetur quidem hereditas nomine debitoris minus idonei, nisi ex euentu, vt *l.qui res, de solut.* Locutus est ex casu, ex post facto, puta si quid postea debitori facultatis ad soluendum accesserit, si postea Deus aliam ei fortunauerit horam,*l.cum quo, de pecul. hoc tit.* Non augetur ergo hereditas nomine, quod minus idoneum est, nisi ex euentu, id est, non augetur, sed augeri potest. Augetur tamen statim ipse debitor, augenturve debitoris bona liberatione legata, quia quantum bona eius nominis ratio minuebat, tantum ei accedere, tantum capere videtur remisso debito & nomine, eo quod liberatur. Et respicit ad illa verba legis Falcidiæ, *capere licito.* capere videtur eo quod liberatur,vt *l.* 2. *de calumn. l.* 18. §. 1. *l.* 31. §. *vlt. de mort. caus. don.* Et ideo Falcidiam patitur, id est, nominis tantum dodrans ei accepto fertur, id est, trecenta. Vlpian. in *l.querebatur, hoc tit.* quum liberatio relinquitur debitori minus idoneo,ipsum sibi idoneũ & soluendo esse videri,& quod ad se attinet diuitem esse. Itaque si locus sit legi Falcidiæ, hoc plus videri testatorem legasse, quod debitori, tametsi egeno liberationem legauerit quadringentorum, quæ debebat, & cæterorum legata minui, huius legati facta coutributione, ac vicissim ipsum quoque liberationis legatum minui contributis cæteris legatis, communique calculo subiectis. Et hoc si ipsi debitori liberatio legata sit:nam si alij nomen debitoris legatum sit,nihil ei videtur legatum,si debitor nihil facere possit, ideoque legatum tale non venit in contributionem legatorum, non minuit cætera legata, non venit in computationem legis Falcidiæ, etsi ex euentu possit debitor quandoque locupletior fieri, quia quod ex euentu pendet, interim pro nihilo est, *l.* 169. §. 1. *de reg.iur.*

Ad l. 4. In metallum, de sent. pass. & restitut.

In metallum damnata mulier eum, quem prius conceperat, edidit. deinde a principe restituta est. humanius dicetur, etiam cognationis iura huic restituta videri.

Species hæc est: Libera mulier, cum esset prægnans, in metallum est damnata, atque ita facta serua pœnæ: dum ea pœna fungitur, edidit partum, quo erat grauida damnationis tempore. Post beneficio principis ea pœna liberata est,restituta in integrum, eaque ratione recepit libertatem & ciuitatem, & iura cognationis, quæ amiserat maxima capitis deminutione, id est, damnatione in metallum, *l.* 1. §. *filio, ad*

ad Tertull. Quæritur, an etiã filio eius concepto ante damnationem, & edito poſt damnationem ad metalli fodinam iura cognationis reſtituta intelligantur? Et ait, humanius eſſe dicere, etiã iura cognationis filio reſtituta videri. Huic enim hoc loco, id eſt, filio, quaſi dicat beneficiũ principis pleniſſime eſſe interpretandum, *l. 1. C. eod. l. Mela 14. de adim. leg. l. pen. de conſt. princ.* Et hoc quidẽ reſponſo ſignificat Paulus, cognationis iura filium non habuiſſe, ergo ſeruum editum fuiſſe, ſeruum fiſci, matrẽ fuiſſe ſeruam pœnę, filium ſeruum fiſci, quod pugnat cum *l. 4. C. de pœn. & cum l. 5. §. pen. de ſtat. hom.* Hæ omnes leges dicunt, liberum naſci eum, quem libera mulier concepit antequã damnaretur in metallum, aut alio genere ſerua fieret, etiãſi ex ea naſcatur iam effecta ſerua. At dicendum eſt ex conſtitutionibus Principum eum liberum naſci, quæ ſignificatur verbo placuit in *d. l. 5. §. pen.* puta ex conſtitutione Antonini, *d. l. 4. C. de pœn.* ius ſeparandum eſſe a conſtitutionibus vt fit ſæpe in his libris, *l. falſa, de cond. & demonſt. l. 4. §. contra, de dol. except.* Ius eſſe ius vetus, conſtitutiones ius nouum. Iure veteri, quod in hac lege Paulus ſpectat, tẽpus editionis inſpici, nõ tempus conceptionis, id eſt, cõceptum ex libera liberũ: editum ex ſerua, ſeruum naſci. Et editionis tempus inſpici oſtendit lex *9. ad municip.* Verum eſt igitur, editum ex muliere damnata in metallum, quem prius libera conceperat, ſeruum naſci ex ſententia iuris auctorum diuerſa a ſententia Principum ex iure veteri: ſed vt ait hoc loco, reſtituta matre beneficio Principis, filio etiam iura cognationis reſtituta videri.

Ad leg. quoties 91. de reg. iur.

Quotiens duplici iure defertur alicui ſucceſſio: repudiato nouo iure, quod ante defertur, ſupererit vetus.

Expendamus verba legis 4. *de ſentent. paſſ.* & intelligemus cum eadem l. eſſe coniungendam hanc legem 91. *de regul. iur.* quæ eſt ex eod. lib. quæ ita definit, *quoties duplici iure, &c.* Ita ſcilicet coniungendas & liquido conſtabit, quod huic regulæ exemplum proprie conueniat, quod non ſunt aſſequuti, & vt dicamus, hunc filium, quia etiam ei intelliguntur reſtituta iura cognationis ſuccedere poſſe matri inteſtatæ per bonorum poſſeſſionem *vnde cognati*: vel per bonorum poſſeſſionem vnde legitimi ex Senatuſconſulto Orfitiano, quoniam duplici iure ei defertur ſucceſſio matris inteſtatæ. Iure nouo, per bon. poſſ. *vnde legitimi* ex Senatuſconſulto Orfitiano, *l. 2. §. vlt. vnd. legit.* Et iure veteri quod obtinuit ante Senatuſconſultum Orfitianum, id eſt, per bon. poſſ. *vnde cognati.* Prius autem ei defertur iure nouo, quam iure veteri, quia in edicto prior eſt bonorum poſſeſſio *vnde legitimi,* bonor. poſſeſſione *vnde cognati.* Et repudiato nouo iure, id eſt, bon. poſſ. *vnde legitimi* ſeu Senatuſconſulto Orfitiano, quod & ius nouum dicitur, *l. tutelas, de cap. minut.* filio ſupereſt ius cognationis, quod etiam ei reſtitutum videtur, id eſt, filio ſupereſt bonorum poſſeſſio vnde cognati, quod eſt ius vetus. Et ita eſt coniungenda hæc regula cum *d. l. vlt.* & ad eam tamen regulam, aliud exemplum apponi poteſt ex Obſeruat. 8. *cap. 23.* Et ſimiliter in contractibus, quod non nouatur, quod non transfertur in nouationis cauſam, iure priſtino, iure antiquo peti poteſt, *l. 3. §. 1. de action. emp. l. 4. §. vlt. de vſur.*

Ex libro 18. nullæ deſumptę ſunt leges.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad Lib. XIX. Quæſt. Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad l. 46. Solut. matr.

Qui dotem ſtipulanti vxori promiſerat, eidem teſtamento quædam legauerat: ita tamen, ne dotem ab heredibus peteret. Ea quæ legata erant, vxor capere non potuerat. reſpondi, dotis actionem mulieri aduerſus heredes non eſſe denegandam. Paul.

Diuortio ſoluto matrimonio mulier dotem repetit vel actione ex ſtipulatu, ſi ei ſtipulanti in eum caſum ſe dotem redditurum maritus promiſerit: vel actione rei vxoriæ. Et in actione quidem rei vxoriæ locus eſt edicto *de alterutro*, cuius fit mentio in *l. vn. §. ſciendum, C. de rei vxor. act. & l. vlt. C. Theod. de teſt.* locus eſt edicto, de alterutro, id eſt, ſi maritus mulieri quædam teſtamento legauerit, & ſi nominatim ea non legauerit dotis nomine, eligere mulier debet alterutrum, id eſt, dotem vel legatum, vtrumque conſequi non poteſt. Legatum ſi id eligat pari pecunia doti compenſabitur: dotem vero ſi eliget, legatum ex teſtamento non capiet, niſi nominatim cauerit teſtator, vt vtrumque perciperet, *l. Lucius §. maritus, ad Trebell.* In actione autem ex ſtipulatu de dote non eſt locus edicto de alterutro, id eſt, non datur mulieri actio ex ſtipulatu dotis recuperandæ gratia, atque etiam actio ex teſtamento legati nomine, non compenſato doti legato niſi nominatim teſtator id ei dotis nomine reliquerit: vt ſimiliter ſi debitor creditori aliquid legauerit, niſi compenſandi debiti cauſa id ei legauerit, creditori tam legati, quam crediti petitio competit, nec alterutro contentus eſſe cogitur, *l. cum pater §. Titius, & l. creditorem, de leg. 2. l. 12. & l. 14. ad leg. Falcid. l. 6. C. eod. tit.* Quum autem dotis nomine legatum vxori relinquitur, vel ita, ne ab heredibus dotem petat vt in hac l. proponitur, eo caſu, electo legato dotem amittit, *l. ſi filia §. pen. famil. erciſ. l. 6. quan. dies leg. ced. l. quum ab vno, de leg. 2. l. 2. §. 1. de dote præleg.* Electo legato, quod vice dotis datum eſt, dotem amittit, videlicet ſi legatum capere poſſit, quod elegit. Nam ſi capere non poſſit, vt ſcilicet ſi legata vxori ſit tertia aut quarta pars bonorum pleno iure, vt hic Dorotheus ait, quia lege Papia vir & vxor regulariter inter ſe nihil capere poſſunt ex teſtamento niſi decimam vnam matrimonij nomine, & dotem prælegatam, & tertiæ partis vſumfructum. De qua parte vide Vlpianum libro regularum tit. *de decimis*: Et ſunt huius iuris veſtigia multa in his lib. de decimis, *l. qui vxori, de auro & arg. leg.* & de tertiæ partis vſufructu in *l. partis, de præſcrip. verb. & l. verbis, l. Lucius §. maritus, ad Treb. l. pen. de vſur. & l. vlt. de vſufr. leg.* & generaliter de incapacitate vxoris aut coniugum inuicem, *l. vn. C. de his qui ſe deferunt, lib. 10. & l. vlt. de iis quæ vt indign.* Si ergo vxor legatum, quod ei datum eſt ita, *ne dotem peteret ab heredibus*, per errorem elegerit quod capere non poteſt, cum putaret, ſe eius eſſe capacem, tum integra eſt ei repetitio dotis, ſiue actio ex ſtipulatu, quæ eſt ſententia huius legis, ſicut creditori euicto fundo ſoluto pro re aut pecunia debita, integra eſt actio priſtina, *l. ſi quis aliam, l. qui res 98. de ſolut.* Sicut item patrono, qui elegit legatum, quod falſo ſibi teſtamento liberti relictum putabat, integra eſt petitio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, nec quidquam electio legati facta per imprudentiam ei officit, *l. mater, de inoffic. teſtam. l. Paulus 1. inf. de bonis libert.*

Ex libro vigeſimo nullæ leges ſumptæ ſunt.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, ad librum XXI. Quæſt. Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 16. De iure codicill.

Ab inteſtato factis codicillis relicta, etiam poſtea natus inteſtati ſucceſſor debebit: quicunque enim ab inteſtato ſucceſſerit, locum habent codicilli: nam vnus caſus eſt. nec intereſt, qui ſuccedit, dum inteſtato ſuccedat. Ad teſtamentum autem,

quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli, & (vt manifestius dicam) intestato patrefamilias mortuo, nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto, ius sequuntur eius.

HAec lex differentiam facit inter codicillos factos ab intestato, & codicillos factos ex testamento: quia qui facti sunt ex testamento, pertinent ad testamentum, quod quoquo tempore testator fecit, siue id fecit ante codicillos, siue post, pertinent ad test. id est, ius testamenti sequuntur, & ex eo vires accipiunt, adeo vt si non valeat testamen. non valeant etiam codicilli: si rumpatur testamentum, forte agnatione postumi præteriti, rumpantur etiam codicilli, *l. 3. §. vlt. l. 14. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* Illi autem codicilli, qui sunt facti ab intestato, non rumpuntur agnatione postumi, *l. pen. hoc tit.* Ideoque fideicommissa (nam legata in eis relinqui non possunt) in eis relicta debentur a quocunque herede legitimo, etiam a postumo, qui natus est post codicillos factos, maxime si fideicommissa non nominatim relicta sint a certa persona, quæ ab intestato succedere potest, sed simpliciter hoc modo, L. Titio peto 100. dari, L. Titio centum dari desidero: vel generaliter, *quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, eius fidei committo, l. 3. hoc tit. l. 9. de leg. 3.* Ita relicta fideicommissa, quisquis legitimus heres extiterit, ab eo præstari debent. Nam vnus casus est, inquit, in quem scilicet fideicommissa relinquuntur, puta si quis sibi ab intestato heres aut bonorum possessor erit. Itaque quincunque heres erit ab intestato, fideicommissis obstringitur. Testamento autem facto plures sint casus, in quos legata aut fideicommissa relinqui possunt. Primus, si quis sibi ex institutione heres erit, Titio dato centum: Secundus, si quis repudiata institutione sibi ex substitutione heres erit. Tertius, si quis testamento irrito vel rupto, vel rescisso, ab intestato sibi heres bonorumve possessor erit. Quartus, quisquis quoquo iure, id est, testamento vel ab intestato sibi heres erit. Testamento ergo facto plures sunt casus, nec temere in vnum casum relicta legata aut fideicommissa, & in alterum relicta intelliguntur, *l. si quis testamento, de leg. 2. l. qui liberis §. vlt. de vulg. subst.* Vnus vero ille casus, in quem fideicommissa ab intestato codicillis relinquuntur, omnes tenet, quicunque succedunt ab intestato, & vt ait eleganter codicilli facti ab intestato nihil desiderant: codicilli facti ad testamentum, desiderant vt valeat testamentum. Codicilli, inquam, facti ab intestato nihil desiderant, sed per se subsistunt, & vicem testamenti exhibent: Et ait, quia scilicet paterfamilias creditur ab intestato succedentibus suis, vel agnatis, sua sponte relinquere legitimam hereditatem, *l. 6. & 8. hoc tit.* Atque ita habentur perinde atque si heredes scripti essent, *l. 3. hoc tit.* Codicillus factus ab intestato est imago, seu imitatio testamenti, sicut epistola fideicommissaria aut libellus fideicommissarius est imitatio codicilli, *l. vn. §. sancimus, C. de lat. lib. toll.* Codicillus, inquam, factus ab intestato instar testamenti est, quia per se subsistit vt testamentum, nec pendet ex potestate iudicij alterius. Codicillus vero factus ex testamento pro parte testamenti est, & obseruationem iuris inde traditam subsequitur & seruat, *l. 14. hoc tit. l. pen. testam. quemadm. aper.*

Ad l. 84. de leg. 2.

Si quis seruo suo fideicommissam libertatem reliquit, & aliud quid adscripsit: quidam dicunt, quia placebat, ab herede eum manumitti debere: futurum esse, vt non admittatur ad fideicommissum. sed hoc iniquum est: in huiusmodi enim persona vtriusque quodammodo dies cessit, & libertatis, & pecuniæ petendæ: adeo vt putem, si mora fiat præstandæ libertati, etiam fideicommisso moram videri factam: & vsurarum onus accedere: nam & cætera, quæ medio tempore adquisiuit domino, dum moratur præstare libertatem, eidem restitui oportere, rectissime responsum est.

QVidam seruo suo fideicommissariam libertatem & certæ pecuniæ fideicommissum reliquit pure: libertatis dies cedit ab adita hereditate, quia ab herede manumitti debet, quem testator rogauit vt seruum manumitteret: fideicommissi pecuniarij dies cedere videtur ex apertis tabulis lege Papia, vel hodie mortis testatoris tempore. Quod si ita est, vt quidam existimabant teste Paulo, proculdubio inutile est pecuniarium fideicommissum, quia dies eius cedit inutiliter, nempe eo tempore, quo nondum cessit dies libertatis, seruo proprio inutiliter legatur sine libertate, quæ competat statim atque dies legati cedit, alioqui inutile est legatum. Et ideo æquius esse ostendit Paulus, vt hoc casu dicamus diem fideicommissi pecuniarij non cedere ex apertis tabulis, vel a morte testatoris. Denique non ante cedere, quam cesserit dies libertatis, non cedere ante aditam hereditatem, quod & confirmant *l. 8. quand. dies leg. ced. l. 8. C. de fideicom. l. qui concubinam §. cum in testamento, tit. seq. l. vn. §. libertatibus, C. de cad. toll.* alioqui fideicommissum intercideret, si dies eius cederet maturius. Et simili modo Paulus ait, moram, quæ fit ab herede præstandæ fideicommissariæ libertati, & fideicommisso pecuniario fieri, quoniam vtrumque eodem die cedit, & ex mora vsuras accedere pecuniæ per fideicommissum relictæ, & omne quodcunque seruus heredi interim adquirit, *l. quæsitum §. vlt. sup. tit. prox. l. is qui fideicommissum, tit. seq. l. impuberem §. item si seruo, ad leg. Corn. de fals.*

Ad l. 11. De annuis leg.

Cum in annos singulos legatur: plura legata esse placet: & per singula legata ius capiendi inspicietur. Idem in seruo inspiciendum ex persona dominorum.

IN hac l. si in annos singulos alicui dena legata sunt ostenditur, quod est ex Masurij Sabini sententia, quæ obtinuit, plura esse legata, non vnum, *l. 4. hoc tit. l. 10. quando dies leg. ced.* & ideo, non semel eius legati diem cedere, sed per singulos annos in ingressu cuiusque anni, *l. 12. hoc tit. l. 1. quando dies vsusfruct.* & per singulos annos inspici conditionem legatarij, an ius capiendi legati habeat, vel conditionem dominorum eius, an ius capiendi legati habeant, *l. 23. qu. dies leg. ced.* quia nonnisi ex persona dominorum, quibus per seruum adquiruntur legata, cum seruo testamenti factio est, *l. debitor §. seruo, de leg. 2.* Idemque dicimus de annuis legatis, quum scilicet legantur *annua dena*, quia nihil interest legentur dena in annos singulos, an quotannis, vel annua tantum, *d. l. 12. §. nouissime, l. pater §. vlt. de cond. & demonst.* Et recte Iustinianus in *l. 45. C. de epis. & cler.* quæ est Græca constitutio, καθ' ἕκαστον ἔτος τίκτεσθαι τὴν ἀγωγὴν, id est, *per singulos annos actionem nasci*, quia quot anni sunt, tot etiam sunt actiones, tot legata. Et primi quidem anni legatum purum est, cuius dies cedit statim a morte testatoris: sequentium autem annorum legata sunt conditionalia: inest enim hæc conditio, si viuat legatarius, quia annua ei testator relinquit alimentorum causa, vt haberet, quo toleraret vitam suam. Vita ergo amissa, annua legata finem accipiunt, & eius quidem anni, quo moritur legatarius, legatum heredi eius debetur, si solutum non sit, sed non sequentium annorum, *l. 4. & 8. hoc tit. l. 1. §. si in annos, ad leg. Falcid.* Denique legatum relictum in annos singulos, vel in dies aut menses singulos, vel quotannis, quotdiebus, quotmensibus, vel alio modo, si relicta sint annua quædam vel diurna vel menstrua, cum anima legatarij legata exspirant, hæc sunt certa. Cur tamen aliud dicatur in stipulatione videamus. Stipulatio concepta in annos singulos vna est, non multiplex, & perpetua, id est, quæ non finitur morte stipulatoris: & dies eius cedit semel, non per annos singulos, & conditio stipulatoris ex conditione domini, in cuius potestate stipulator est, semel inspicitur, non per singulos annos, *l. Senatus §. vlt. de mort. cau. donat. l. 16. §. vlt. de verb. oblig.* Ratio differentiæ inter legata & stipulationes pendet ex prouidentia testatoris & consilio, & ex mente contrahentium. Testatores annua legata siue

siue pensiones annuas relinquunt, vt vitæ consulant eorum, quibus ea relinquunt, vt se tueantur, & inde se alant præbito annuo demenso. & eas quidem pensiones annuas non prudentibus vel frugi hominibus relinquunt, non his, qui industria, aut facultatibus valent, sed inopibus, vel ignauis, prodigis, luxuriosis, quibus si vnam ingentem summam dederint, eam statim sint absumpturi, *dantur*, inquit Martialis, *vitiis annua vel menstrua, &c.* Datur cibus minutatim. Prudentibus hominibus legare annua, dimetiri victum iniuria est potius, quam honor, quæ arguit tacite illorum vel imprudentiam vel ignauiam, quæ nulla in eis est, quoniam ipsi satis sunt sibi idonei ad hanc rem procurandam. Relinquuntur igitur iis tantum annua, qui sibi prouidere non possunt. Ideoque ea legata personis eorum cohærent, & cum personis eorum exstinguuntur, nec transeunt in heredes eorum, quia tacitam conditionem habent, *si viuat legatarius*, cuius scilicet victui & cultui consulere voluit testator. Qui autem stipulanti promittit pensionem annuam, non agit, vt stipulatoris vitæ consulat, quandoquidem non inchoat contractum, sed id quod agit stipulator, qui auctor est stipulationis contrahendæ, subsequitur & promittit, cuius stipulatoris mens est, vt sibi, suisque heredibus consulat in perpetuum, & paret reditum annum, *l. si pactum, de probat.* in qua dicitur, nos sæpe tam nostris heredibus, quam nobis metipsis cauere. Denique diuisis pensionibus per annos consulitur promissori potius quam stipulatori. Et hæc est ratio differentiæ, quæ valde notanda est, quia si animus forte promissori fuerit vt stipulatori consuleret, & stipulatori, vt sibi consuleretur, ignauo forte aut prodigo aut egeno, tum idem iuris erit in stipulatione, quod in legato. Plures scilicet erunt stipulationes, & morte stipulatoris interituræ, *l. sancimus §. pen. & vlt. C. de donat.* Et retro si diuisis pensionibus in annos, animus fuerit testatori parcendi heredi suo, non consulendi legatario, qui forte prouidentia testatoris non indiget, tum idem iuris erit in legato, quod in stipulatione, id est, legatum erit vnum & perpetuum, cuius dies cedet semel tantum, *l. si cum præfinitione 20. & l. Firmio §. vlt. quand. dies leg. ced.* Eadem ratio idem ius efficit in vtroque negotio. At quia sæpe alia est ratio legati, alia stipulationis annuæ, inde orta est illa differentia inter stipulationem annuam & legatum annuum.

Ad leg. 7. De seruitute leg.

Cum a pluribus heredibus institutis via legata est, quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conueniuntur, quia & vno ex heredibus adeunte, vindicari potest.

SI a pluribus heredibus legata relicta sunt, eorum nomine tenentur, vel pro virilibus portionibus, vel pro hereditariis, iuxta *l. turpia §. vlt. & l. si heredes nominatim, de leg.* 1. Et hoc si legata diuisionem recipiant, si pro parte præstari possint. Nam si diuisionem non recipiant, vt si ab omnibus heredibus legetur via, vel iter, vel actus, vel aquæductus, quia harum seruitutum vsus est indiuiduus, nec cedi, præstari, aut relinqui pro parte potest, *l. via, de seruit. l. 2. §. ex his, l. stipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.* Ideo singuli heredes huius legati nomine in solidum tenentur, & in potestate legatarij est, a quo in solidum petat viam sibi legatam, vel vno tantum ex pluribus heredibus adeunte hereditatem, ab eo viam in solidum vindicare potest, quæ est sententia huius legis. Vnde colligit Accursius, diem seruitutis legatæ, veluti viæ, cedere ab adita hereditate, quod est falsum, quantum ad transmissionem attinet, vt Bartolus recte sensit, idemque Dynus, quia dies legati viæ, vel alterius seruitutis prædiorum, si pure vel in diem legata sit, cedit statim a morte testatoris, vt a Iustiniano constitutum est, restituto iure antiquo, vt olim obtinuit lege Papia, ex apertis tabulis testamenti. Et ita nihil vetat accipi *leg. 3. hoc tit. nimirum vt dies legatæ viæ cesserit ex apertis tabulis.* Quantum vero ad delationem legati attinet, vt scilicet via peti, vindicari, aut repudiari possit, verum est, non ante diem eius cedere, quam per aditionem heres exstiterit aliquis, a quo petatur, aut vindicetur, quia si nemo adeat, nihil in testamento scriptum valet, *l. vlt. §. vlt. comm. præd.* Et eadem distinctio sed alia ratione alione modo fit in seruitutibus personarum per legatum, aut fideicommissum relictis, veluti vsu, vsufructu, habitatione, quoniam harum seruitutum dies nunquam cedit, quantum ad transmissionem attinet, quia non possunt transmitti ad heredes, sed cum anima legatarij exspirant, *l. vnica §. libertatibus, C. de caduc. toll.* Quantum vero attinet ad delationem, petitionem, aut vindicationem, dies earum cedit ab adita hereditate, *l. 2. quando dies leg. ced. l. vn. §. dies, quando dies vsufr.*

Ad l. 27. De adim. vel transf. leg.

Seruus legatus est, & ei aliquid: si alienato eo adimatur quod ei legatum est, valet ademptio: quia & legatum potest procedere, si redimatur.

1. §. *Seruo legato & inter viuos manumisso, si legatum adimatur: nullius momenti ademptio est. Igitur legatum, quod ipsi datum est, capiet. Nam etsi rursus in seruitutem ceciderit, non tamen legatum eius resuscitabitur: nouus enim videtur homo esse.*

HÆc lex confirmat differentiam, quam lib. 9. supra in l. proxima idem Paulus constituit inter venditionem & manumissionem serui. Sed lex proxima est de seruo testamento manumisso, & postea vendito, vel manumisso inter viuos. Et ita de vendito ponamus speciem: Testator seruum suum Titio legauit, eidemque seruo aliud quid legauit, deinde seruum eundem vendidit Caio. postea factis codicillis ad testamentum, ademit seruo eidem, quod ei dederat legatum. Inutilis videtur esse ademptio, quia venditione serui facta, mera & libera voluntate ademptum videtur legatum serui Titio relictum, *l. 18. hoc tit.* atque etiam legatum eidem seruo relictum contemplatione Titij, nisi aliud senserit venditor, idemque testator, *l. 46. & 86. de condit. & demonstrat.* Hac ratione videtur ademptio legati seruo relicti inanis esse. At contra Paulus ait, ademptionem valere, quia fieri potest, vt conualescat legatum serui Titio relictum ex noua voluntate, puta redempto seruo, *l. 14. hoc tit.* Quo legato conualescente, consequens est & legatum serui Titio relictum conualescere: non frustra ergo adimitur, quod ex casu conualescere potest. Et argumentatur hoc loco eodem modo, quo in *l. prox. sup.* datio legati, id est, datio serui, quod Titio legatum est, valere potest, si redimatur seruus a testatore ex recenti voluntate. Ergo & ademptio legati seruo relicti in eundem casum, puta, si redimatur, valere potest. Et hæc de seruo Titio legato, cui & legatum adscriptum est, ac postea alij vendito. Nunc dicamus de eodem seruo postea manumisso inter viuos, puta vindicta. Finge: testator seruum Titio legauit, & eidem seruo aliquid, deinde eundem seruum manumisit inter viuos: post, Titio legatum ademit, an valet ademptio? Et ostendit non valere, quia satis manumissione serui Titio legatum ademptum est, nec illud spectatur, quod manumissus casu quodam potest redigi in seruitutem, quia hunc casum in libero homine spectari inhumanum & inciuile est. Ideoque eo non inspecto districte præcidimus, Titio legatum ademptum, quod satis manumissio adimit, inutiliter ademptum esse: legatum tamen sibi relictum manumissum capere posse, quia manumissione exstinctum non videtur. Legatum autem Titio relictum euanuit, nec resuscitatur etiam manumisso rursus redacto in seruitutem testatoris, quia alius homo est, non idem qui fuit ante, quia nouus homo est, quod latius exposui in *l. qui res §. aream, de solut.* Liber homo redactus in seruitutem capite minuitur, & nouus homo est. Seruus, qui mutat dominum, qui ab emptore redit ad venditorem, capite non minuitur, & idem homo est. Et casum seruitutis aduersamque fortunam in libero homine spectari inhumanum & inciuile est: nulla est inhumanitas in seruo considerare

nouum hominem. Et ita magna est differentia inter manumissionem & venditionem serui legati. Itaque in *l. prox. sup.* docui vendito seruo, cui legatum erat relictum cum libertate, si postea codicillis adimatur libertas, valere ademptionem, quia redire potest in potestatem testatoris per redemptionem. Eo autem manumisso non valere ademptionem, quia in libero homine teterrimum & ominosum est illud spectare capite minui, & libertatem, quam adeptus est, admittere potest.

Ad l. 81. De condit. & demonst.

Iulius Paulus Nimphidio : quæsisti, si ita in testamento cautum esset : Stichus, si rationes reddiderit, cum contubernali sua liber esto : *eisque decem heres dato : an Sticho mortuo antequam rationes redderet, vel pariatore vel reliqua habente, libera esset mulier : & an de legato idem accipiamus? Libertate data si rationes reddideris, hanc conditionem rationum reddendarum, vt iussus videatur reliqua reddere, si qua habet, cum fide actus sui. quæ si nulla sunt, pure accepisse libertatem videbuntur. & si post aditam hereditatem decessit, competente libertate etiam legatum eos secutum est. quod si, cum adhuc reliqua haberet, decesit : sub eadem conditione & contubernalis eius libertatem accepisse videtur. & defecta videbitur conditione. Sed non ineleganter illud dicetur, Stichum quidem sub conditione manumissum, contubernalem autem eius pure : & illam coniunctionem non ad coniungendam conditionem, sed ad necessitudinem demonstrandam pertinere.*

1. §. *Tunc demum pro impleta habetur conditio, cum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat.*

HÆc lex proponit dominum, Stichum seruum actorem rerum suarum, testamento liberum esse iussisse cum sua contubernali sub hac conditione, *si Stichus actus administrati rationes reddiderit*, eisque legauit decem millia : conditio adscripta libertati, videtur etiam adscripta legato, alioqui inutile esset legatum quasi pure relictum seruis propriis sine libertate, *leg. prox. inf.* Illo loco, *etsi conditio etiam legato insita sit, &c.* Contubernalis autem dicitur, quæ iuncta est seruo quasi vxor & concubina, coniuncta conserua, Varroni 1. *de re rustic.* non vxor proprie, vel concubina, quia cum serua connubium aut concubinatus, qui connubij imitatio est, legitimus non est, *l. si aliena, hoc tit. l. 3. C. de incest. nupt.* Sed si proprio nomine vti licet, contubernium est, hæc autem mulier & ipsa non nupta, non vxor, non concubina, quæ iustam vxorem imitatur : sed contubernalis: serui etiam & seruæ eiusdem familiæ inuicem conturbernales dicuntur. Plautus in Milite : *nisi quidem illa nos vult, qui serui sumus, propter amorem suum omnes crucibus contubernales dari.* Quæritur autem hic (quam quæstionem ait sibi fuisse a P. Nymphidio iudice quodam propositam) & sunt hi fere qui a Paulo notantur a quibus consultus fuit, Nymphidius, Latinus Largus, Nezennius & Licinius Rufinus. Quæritur, inquam, Sticho seruo mortuo, antequam actus sui rationes redderet, an contubernalis eius fiat libera, & perueniat ad legatum? Et Paulus ita distinguit: Aut Stichus pariator vita decessit, aut reliquator. pariatori ex aduerso respondet reliquator. *Pariator* dicitur administrator, qui nulla reliqua debet domino, qui quantum accepit, tantum erogauit, cuius denique ratio & calculus accepti & expensi atque vtraque pagina par est. *Reliquator* autem, qui plus accepit, quam expendit, Gallice, *quand la recepte doit a la mise.* Si Stichus pariator fuerit, pure videtur accepisse libertatem, quia nulla sunt reliqua, quæ reddat & rationem reddere, nihil aliud est, quam reliqua reddere. Insunt quidem & alia huic conditioni, quæ explicantur in *leg. seq.* vt ponere calculum & instrumenta ad eam rem pertinentia exhibere : sed caput eius præcipuum est redditio reliquorum, id est, numeratio reliquarum pecuniarum. Cuius autem par ratio est, par etiam ei ratio est adscribenda, *l. 22. de manum. testam.* non reliquatio vlla. Itaque Stichus si decesserit post aditam hereditatem, a quo demum tempore libertas ei competiit, quasi pure legata, *l. qui libertatis §. seruus, de euict. l. 4. in fin. C. de test. manum.* Liber igitur vita decessisse videtur, & pro sua parte legatum transmisisse ad heredem suum. contubernalem quoque eius sequitur pars legati, quia & hæc libertatem pure videtur accepisse, quum Stichus pariator inuenitur. At si Stichus reliquator sit, & antequam reliqua redderet cum fide actus sui, quæ qualis exhibeatur docet Callistratus in l. sequenti, si inquam, antequam reliqua redderet, cum fide actus sui vita decesserit, defecisse videtur libertatis vtrique datæ conditio. Et similiter conditio legati eis dati, atque ideo, nisi mulier reliqua soluerit de suo aliqua ratione (nam de peculio non potest) non potest ad libertatem & legatum peruenire. Et ita Iuliano videtur, quod conditio rationum reddendarum etiam contubernali iniuncta sit his verbis, *si rationes reddiderit cum sua contubernali, liber esto.* Et ita ex Iuliano est proditum, in *l. si seruo, de statuliber.* neque Paulus hoc loco negat. Sed hoc tantum tentari posse dicit pro muliere his verbis, cum sua contubernali, non esse eam iunctam Sticho, vt in cōditione libertatis & legati coniungerentur, sed vt demonstraretur coniunctio & necessitudo, quæ erat inter eos. Itaque soli Sticho conditionem adscriptam videri, pure autem contubernali libertatem datam, atque legaum. Sed meo iudicio magis Iuliani sententia est probanda, quia coniunctionem illam & necessitudinem satis demonstrauit testator, dicendo *contubernalem*. Nec amplius dicendo cum sua contubernali, magis videbatur eam coniunctionem & necessitudinem demonstrare velle, & si verum amamus quantum verba indicant, conditio vtrumque tenet, sed hoc quasi animi gratia Paulus tentat, fœcunditas est ingenij Pauli nostri. Quod additur in extremo huius legis, *tunc demum impleta habetur, &c.* accommodari potest ad superiorem speciem hoc modo, vt si Stichus plus expendit actum domini administrando, quam accepit, qui plusquam pariator est, quia ei debetur, nihil autem ipse debet, pariatori autem nihil debetur, nec ipse debet & per heredem mora fiat, quo minus rationes dispungantur, quod seruo sit debiturus, atque adeo intersit eius non excuti, non dispungi rationem, tum conditio libertatis & legati pro impleta habeatur, & Stichus statim ad vtrumque perueniat cum sua contubernali, *vt in iure vbi legitur non impleri ex l. in iure, de reg. iur. l. Iulianus ait, l. heres, in fine, l. cum pupillus, hoc tit. coniuncta l. 26. §. vlt. de fideicom. libertat.*

Ad leg. 40. De iure fisci.

Ita fidei heredis commisit : Rogo fundum Titio des, de quo te rogaui. *Si Titius capere non posit, non euitabit heres pœnam taciti fideicommissi. Non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est. Quemadmodum nec ille palam dat, qui ita scribit :* Rogo vos heredes, in eo, quod a vobis petij, fidem præstetis, *immo in priore specie maiorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quæ circa tacitum fideicommissum habetur. Quamvis enim fundum nominauerit : non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres : cum diuersitas rerum, obscurum faciat legatum.*

1. §. *Patronus si tacite in fidem suam recipiat, vt ex portione sua præstet : cessare fraudem dicitur : quia de suo largitur.*

PErtinet hęc lex ad tacita fideicommissa quæ in fraudem legum incapacibus relinquuntur, non quidem palam & aperte, sed herede roganti testatori fidem dante tacitam incapaci restituendi fideicommissi : qua ex causa fideicommissum recidit in fiscum, quia vterque legibus fraudem facere nixus est. Quod si gerit verbis suis testator, vt palam incapaci relinquere videretur fideicōmissum, neque tamen reipsa id palam reliquerit, etiam in dolo versatur, & quidem

quidem multo maiore, ac proinde tacitum fideicommissum est, vt si ita dixerit, *heres meus rogo te fundum Titio dare, de quo te rogaui*: si modo iam antea eum tacite rogauerit, & heres tacitam fidem accommodauerit. Cæterum si non accommodauit, non ideo fideicommissum intelligitur esse tacitum, & apud heredem remanet potius, quam apud fiscum recidit. Et ita est accipienda *l. 3. hoc tit.* quæ alioqui cum hac lege pugnaret. Cum autem iam ante interpositam fidem tacitam testator obtegere conatur obscuro & insidioso sermone, vt in exemplo supradicto, maiore odio dignus est, quia & peiore fraude id facit, quam si tacite duntaxat heredem rogasset incapaci aliquid restituere, peiore, quam si dixisset non expresso nomine fideicommissarij, nec adiecta fundi appellatione, hoc modo, *heres meus rogo te, vt in eo, quod a te petij, fidem præstes, l. Lucius, §. vlt. de leg.* 1. quia hoc modo legum tantum verba & iussa eludere conatur, quæ incapaces faciunt, nec minus tacite loquitur, quam si nihil dixisset *palam*. Quum autem dicit, *heres meus rogo te fundum Titio dare, de quo te rogaui*, qualitatem rei relictæ exprimit, & nomen heredis, non verbis tantum legis Iuliæ & Papiæ, sed etiam sententia & interpretatione. Denique legibus omni ex parte quasi præstigiator, fucum facere conatur, dum quasi palam dissimulat se agere, quod reipsa agit tacite, dum nominat fideicommissarium proprio nomine, & rem quoque relictam designat, puta fundum. Errat in hoc sermone fraus; in hac generali appellatione fundi qui generali sermone vtitur, non palam, sed obscure loquitur: in obscuro sermone errat semper fraus quædam & dissimulatio maior, ideoque semper fit interpretatio contra eum, qui obscure est locutus, *l. veteribus, de pact.* nec tam insidiose agit, qui tacet prorsus, quam qui obscure loquitur. Quum autem quis dicit generaliter fundum, cum diuersi sint fundi, obscure loquitur, quia non apparet quem dixerit: diuersitas fundorū obscurum fideicommissum facit: in obscuro quid dictum, in ambiguo vtrum dictum sit quæritur. De qua separatione obscuri ab ambiguo vide *d. l. veteribus*.

Ad §. Patronus.

Tacitum fideicommissum est, si heres tacite rogante testatore in fidem suam recipiat, atque promittat se aliquid daturum incapaci ex bonis testatoris, non si ex suis propriis bonis, ei donaturus veluti inter viuos, quia vnusquisque de suo liberalis esse potest, & incapax legatorum, non continuo etiam est incapax donationum inter viuos. Itaque, si patronus testamento liberti heres institutus ex portione legitima, quæ debetur reuerentiæ patronali, tanquam æs alienum, tacitam fidem interponat, se aliquid redditurum incapaci, fisco locus non est, quia largitur de suo, non de testatoris bonis, quæ intelliguntur eo deducto, quod æris alieni loco est, & deducto cætero omni ære alieno; nec tamen etiam id, quod de suo tacite recepit se daturum, inuitus præstabit incapaci, imo nec capaci si cauisset, *l. 27. §. si patronus, l. 60. ad Trebell. l. cum patronus, de leg. 2. l. si patronus, de donat. l. 45. & 46. de bonis libert.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Lib. XXII. Quæst. Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 55. ad leg. Aquil.

Stichum aut Pamphilum promisi Titio: cum Stichus esset decem (milium) Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit. Quæsitum est de actione legis Aquiliæ. Respondi: Cum viliorem occidisse proponitur: in hunc tractatum, nihilum differt ab extraneo creditor. quanti igitur fiet æstimatio? vtrum decem (milium) quanti fuit occisus: an quanti est quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? & quid dicemus, si (&) Pamphilus decesserit sine mora? an pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? & sufficiet fuisse pluris, cum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.

Hvius legis verba prima specie satis aperta, videntur, cæterum subobscura sunt: Stipulanti promisi *Stichum, aut Pamphilum*, cum Stichus esset decem, Pamphilus 20. Stichus scilicet vilior, Pamphilus pretiosior. electio est mea, vtrum velim dare. Porro stipulator Stichum, qui vilioris erat pretij, occidit ante moram, Basil. πρὸ τῆς προθεσμίας, id est, ante tempus, quo alterutrum dare debui, antequam me interpellaret stipulator. non ideo omnino liberor, quia Pamphilus, qui superest, manet in obligatione, vt in *l. 2. §. Scæuola, de eo quod certo loco l. si in emptione §. pen. de contr. emp.* Pamphilus, inquam, qui superest manet in obligatione, vt addit lex *cum res §. sed si Stichus, de leg.* 1. quæ opponitur ab Accurs. omnimodo præstandus est, qui superest: vel, inquit, mortui pretium. Sed ea lex de mortuo sua morte, suo fato loquitur, non de occiso de quo agitur. Et sane morte Stichi, quæ promissori competit electio, ei non debet auferri, vt non possit se liberare offerendo mortui pretium: mortui, inquam, non occisi ab extraneo vel stipulatore. nam in pœnam occisoris solus Pamphilus, qui superest in obligatione, & in petitione est, solusque debet præstari, quia est pretiosior, vt eo nomine promissor in occisorem agat pœnali actione ex primo capite l. Aq. quod est de occiso, quia iniuriam ei stipulator fecit cum damno. Lex Aq. vtrumque exigit, & damnum & iniuriam, *l. 49. §. 1. h. t.* Et in ea actione, non quanti fuerit Stichus, sed quanti Pamphilus, spectatur, quem promissor occiso Sticho necesse habet dare non offerens occisi pretium. & in hunc tractatum, inquit, nihilum differt ab extraneo creditor, id est, stipulator. nam siue extraneus, siue stipulator viliorem seruum, puta Stichum, occiderit ante moram, mihi qui promisi Stichum vel Pamphilum in extraneum vel stipulatorem competit actio l. Aquil. in qua non tantum venit commodum medij temporis, quod per eum seruum adquirere potui, sed venit etiam, id quo pluris est Pamphilus, quem nunc necesse habeo dare. Est autem vt initio posui tanto pluris altero: idque ita procedit, etiam si postea eodem Pamphilo mortuo ante moram mihi plena liberatio contigerit, quia satis est, quod mea interfuit semel, vel momento temporis Stichum non occidi: satis est Stichum fuisse pluris cum occideretur, vel retro intra annum, ex quo occisus fuit: intelligitur fuisse pluris, etsi minoris fuerit, quia præstatio Stichi me liberasset a præstatione Pamphili, qui longe pretiosior est. Constat enim in lege Aquilia tanti hominem occisum æstimari, quanti is homo plurimi fuerit: & ideo plena est electio, vel quanti plurimi vænire potuerit in anno proximo retrorsum non prorsum, computando in anno præterito, cessim, *à reculons*, repetitis 365. diebus ex quo occisus fuit aut mortifere vulneratus, *l. ait lex, l. ita vulneratus, hoc tit.* Caius Aquilius huius legis oculos habuit in occipitio. Et hoc dicimus non tantum, si stipulator Stichum prius occiderit, mox Pamphilus mortem suam obierit ante moram meam, sed etsi prius mortem obierit Pamphilus intra annum, deinde ab stipulatore occisus Stichus fuerit, quia verum est, eo anno Stichum vixisse cum Pamphilo, atque ideo pluris fuisse. Semper autem in hoc iudicio repetitur & retro ducitur æstimatio hominis occisi, nec si vel momento fuerit pluris anno præterito, minuitur ea æstimatio ex post facto, quæ est sententia huius legis. Verum quoniam lex loquitur de Sticho tantum occiso ante moram, videamus quid sit dicendum, si cum promisissem Stichum aut Pamphilum, stipulator post moram meam Stichum occi-

derit, an mihi in eum competat actio legis Aquiliæ? Et ex contrario hæc lex, quæ loquitur tantum de occiso ante moram, argumentum præbet, mihi non competere actionem legis Aquiliæ, aduersus stipulatorem qui Stichum occidit post moram, quia nihil damni feci aut sensi, nihil mea interest, nec enim amisi, quod adquisiturus erat Stichus, si occisus non fuisset, quia id post moram ad me non pertinuisset, sed ad stipulatorem. Nec necesse habeo Pamphilum dare, qui superest, quia Stichus, qui alioqui mihi periisset post moram, non mihi periit, sed stipulatori, qui eum occidit. Si stipulatori periit, ergo pro eo est, ac si Stichum elegisset, & ei præstitissem. Proinde liberor omnimodo. Et nihil mea interfuit Stichum a stipulatore non occidi, & vt lex proxim. supr. ait de Sticho, qui solus est promissus, occiso post moram a stipulatore, stipulator eum occidendo post moram, sibi potius quam mihi iniuriam fecit. Nam suum periculum fecit, eum hominem occidendo, quod alias meum fuisset, eo homine sua morte defuncto vel occiso ab extraneo post moram: nemo autem iniuriæ, quam ipse sibi fecit, non alij actionem habet. At notandum est in specie eadem legis proximæ, & promissi Stichi tantum, non Stichi aut Pamphili, Sticho a stipulatore occiso ante moram, nonnihil esse discriminis inter eam speciem, & speciem huius legis, quæ est de Sticho, aut Pamphilo sub disiunctione promisso. Idque satis arguit quasi finitima vicinitas harum legum, quæ data opera contracta fuisse videtur, vt intelligeremus Sticho a stipulatore occiso ante moram, multum interesse, solus Stichus promissus fuerit, an Stichus, aut Pamphilus, quod idem & in hac l. hæc verba demonstrant, *in hunc tractatum*, inquit, *nihilum differt* ab extraneo creditor, quasi diceret non in superiorem tractatum, qui non est de Sticho, aut Pamphilo promisso, sed de Sticho tantum promisso & occiso a stipulatore ante moram. Et sane in superiore tractatu videlicet legis proximæ ab extraneo creditor differt. Nam si extraneus Stichum, qui solus simpliciter promissus est occiderit, stipulatori datur actio in extraneum, non quidem legis Aquiliæ, quæ soli domino datur. Actiones in personam, quæ solis dominis dantur hæ sunt: actio legis Aquiliæ, condictio furtiua, vel rerum amotarum, aquæ pluuiæ arcendæ, finium regundorum, arborum furtim cæsarum. Ergo stipulatori in extraneum, qui Stichum occidit ante moram datur quidem, sed non actio legis Aquiliæ, quia non fuit dominus occisi mancipij, sed datur actio de dolo, quia eius principaliter interest, *l. arbitrio 18. §. vlt. de dolo.* Domino autem, id est, debitori non datur in extraneum actio legis Aquiliæ, quia occiso Sticho ante moram ab extraneo, debitor omnino liberatus est, nec eius quidquam interest. At si stipulator ipse eum seruum occiderit, tunc debitori, etsi sit liberatus, datur in stipulatorem actio legis Aquil. quia stipulator ei iniuriam fecit cum damno medij temporis, quo per eum seruum aliquid adquisiturus fuit, denique damnum ei iniuria dedit, vt Græci dicunt in *l. 54. hoc tit.* ἐν τῷ μέσῳ χρόνῳ διαφέρειν κατασφάξαι. Sticho autem sub disiunctione promisso aut Pamphilo, vt in h. l. ostenditur, nihilum differt ab extraneo stipulator, quia siue hic, siue ille occiderit, debitori competit actio lege Aquiliæ: vel quod nunc necesse habeat Pamphilum dare, qui solus remansit in obligatione.

Ad l. 58. de fideiussor.

Si a colono stipulatus, fideiussorem accepi: vna stipulatio est plurium pensionum: & ideo in vniuersis pensionibus fideiussor tenetur.

1. §. *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Sticho soluendo, & is decessit.*

Qui colono locauerat fundum quendam in lustrum, in quod omnes locationes olim fieri solebant, id est, in quenquennium, constituta certa pensione siue mercede in annos singulos, fideiussorem accepit simpliciter, quem dedit colonus: simpliciter, inquit, in id quod conductor, siue colonus debiturus esset: Paulus ait fideiussorem teneri in vniuersis pensionibus annorum quinque, quia illa stipulatio, cui se fideiussor simpliciter obstrinxit, vna est stipulatio plurium pensionum: vna stipulatio quæ amplectitur pensiones omnes, vt stipulatio in annos singulos vna est stipulatio plurium pensionum, vt diximus in *l. 11. de ann. lega.* Nam & hæc, de qua hic agitur, tacite intelligitur esse concepta in annos singulos, quæ simpliciter concepta est in id, quod colonus debiturus est. Et adde etiam, eum fideiussorem teneri ob pecuniã dotis siue instrumentorum fundi, *l. 52. §. pen. hoc tit.* quia in omnem causam conductionis fideiussor intercessisse intelligitur, quæ in principalem obligationem venit. Hoc exposito subiungit Paulus, cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat &c. perpetuat Basil. παρατείνει, quod est producit, *l. si seruum §. an filiusf de verb. oblig.* id est, perpetuam facit obligationem, quæ sine facto debitoris re debita perempta, erat peritura, fideiussoris obligationem etiam durare. Et proponitur hoc loco regula vetus, quæ dictat, *facto suo debitorem principalem non tollere obligationem suam, sed perpetuare*, id est, producere, vt si seruum promissum promissor occiderit, vel si in eo soluendo moram fecerit, & post moram seruus suo fato interierit, *d. l. si seruum §. seq.* Ad quam regulam additur, etiam moram, vel aliam culpam debitoris principalis perpetuare fideiussoris obligationem, cum facto suo, inquit, reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio. Et in *d. l. si seruum §. accession.* quæ ait, rei principalis culpam fideiussoribus quoque suis, qui locum eius obtinent, perpetuare obligationem addita hac ratione, quia in totam causam spoponderunt, quæ scil. in obligationem deducta est, & reos tenet, etiamsi simpliciter accepti sint, quod & initium huius l. docet. Vnde apparet, quam ei sit apte hæc subiecta sententia, cuius ratio ducitur ex nostræ legis initio, nimirum, quia fideiussor etiam simpliciter acceptus, in omnem causam fideiussisse intelligitur, quæ principali obligatione continetur, non etiam in id, quod ex mora rei officio iudicis accedere potest, ex mora rei perpetuari ipsius rei, atque etiam fideiussoris obligationem, non etiam augeri, *l. centum & l. vlt. de eo, quod certo loco.* Item ex mora rei damnari ipsum reum, vel etiam fideiussorem eius posse in vsuras, vel in id, quod interest officio iudicis, *l. quæro, loc. l. 10. rem. pup. sal. fo. l. 1. §. bellissime, vt leg. nom. caueat. l. initio, C. de pact. inter emp. & vend.* Et mora rei igitur etiam fideiussorem officio iudicis posse damnari in vsuras, vel in id, quod interest, non tamen in id etiam obligari, id est, in obligatione non esse, quod officio iudicis accedere potest. Huius discriminis & sententiæ effectum docui lib. 4. supra, ad dictam legem vlt.

Ad leg. 14. ad leg. Cornel. de fals.

Filius emancipatus, cum scriberet patris testamentum, iussu patris, seruo communi Titij & sui legatum adscripsit. Quæro, quis exitus quæstionis sit? Respondi: plures quæstiones coniunxisti. & quidem quantum ad SC. quo prohibemur nobis, vel his, quos in potestate habemus, adscribere legatum, emancipatus quoque filius eadem pœna tenebitur, licet iussu patris scripserit. Excusatus enim is videtur, qui in potestate est, sicut seruus: si tamen iussum ex subscriptione testatoris appareat: sic enim inueni senatum censuisse.

1. §. *Sequens quæstio est, an quoniam placet, id quod illicite scriptum est, pro non scripto esse: quod seruo communi scribentis, & alterius adscriptum est, vtrum in totum pro non scripto sit, an quantum ad eum tantum, qui adscripsit, cæterum socio totum debeatur. & inueni, Marcellum apud Iulianum adnotasse: nam cum Iulianus scripsisset, si sibi & Titio scripsisset, aut seruo communi, cum pro non scripto sit, facillime quæri posse, quantum Titio & socio adquiratur: ita adiicit iste Marcellus, quemadmodum socio debebitur, si quasi falsum nomen*

nomen ſerui ſubducitur? quod & in præſenti quæſtione obſeruandum eſt.

2. §. *Maritus ſeruum dotalem manumiſit, & in teſtamento eius legatum ſibi adſcripſit. quæſitum eſt, quid mulier ex lege Iulia conſequi poſſit. Reſpondi, & patronum incidere in pœnam edicti D. Claudij dicendum eſt: & filium emancipatum, licet præteriti poſſint petere bonorum poſſeſſionem. Ergo, ſi nihil habet patronus ex bonis liberti, non tenebitur mulieri. An ideo teneri poteſt, quod adiectum eſt in lege,* aut dolo fecit quo minus ad eum perueniat? *Sed nihil perfecit in fraudem mulieris: non enim aduerſus illam hoc excogitauit. An ideo non denegamus huic actiones, quoniam alij reſtituturus eſt? atquin cum is, qui ſibi iuſſu teſtatoris legatum adſcripſit, etiam ſi fidei ſuæ ſimiliter iubente teſtatore commiſiſſet, vti id alij reſtitueret: Senatus iuſſit, eum nihilominus legato abſtinere, idque apud heredem remanere cum onere fideicommiſſi.*

QVæſtiones huius legis, quæ ſunt tres, pertinent ad Senatuſconſultum Claudianum & Libonianum, ex quibus Senatuſconſultis pœna legis Corneliæ de falſis tenetur ſcriptor alieni teſtamenti, qui in eo ſibi, vel ei, quem habet in poteſtate hereditatem vel legatum vel quodcumque aliud emolumentum adſcripſit, dictante teſtatore; neque id, quod ſibi adſcripſit, capit, ſed pro non ſcripto eſt, & conſequenter apud heredem remanet, vel coheredem, vel ſubſtitutum, non recidit in fiſcum, quia, vt Plinius ait 2. epiſtol. in iis, quæ pro non ſcriptis ſunt, delatori locus non eſt, *l. 1. & vlt. de iis, quæ pro non ſcript.* Initio autem huius legis hæc proponitur ſpecies: filius emancipatus, cum patris teſtamentum ſcriberet iuſſu patris, ſeruo communi ſuo & Titij, legatum adſcripſit, quæritur, quid de hac ſpecie ſtatuendum ſit? Et reſpondet Paulus, duas præcipue oriri poſſe quæſtiones. Prior quæſtio eſt, an filius emancipatus, qui iuſſu patris ſibi adſcripſit, vel ſeruo ſuo in totum, vel pro parte, ſeruo, quem habebat communem cum Titio, an teneatur ex SC. Claudiano pœna legis Cornel. de falſis quaſi falſarius? Et reſpondet teneri, quia patri ea in re obtemperare non debuit, quæ SC. prohibetur. Et aliam eſſe rationem filiifam. qui excuſatur, ſi iuſſu patris, ſibi aliquid adſcripſerit, cum dictante patre, patris ſcripſiſſet teſtamentum: ſi tamen iuſſu patris vel ex generali ſcriptione eius appareat, vt ſi pater perſcripto teſtamento manu filiifam. ita generaliter ſubſcripſerit, *quod dictaui & recognoui.* Hæc generalis ſubſcriptio & neceſſitas poteſtatis excuſat filiumfam. vt & ſeruum, ne teneatur pœna falſi, & ne quod ſibi adſcripſit, amittat. In filio emancipato, vel alio quolibet extraneo ſpecialis ſubſcriptio exigitur ad euitandam pœnam & ad capiendum legatum, quod ſibi adſcripſit, vt puta quod Lucio Titio dictaui, quodque ſibi adſcribere iuſſi, & recognoui, *l. 1. §. inter, l. ſeq. prox. §. & quatenus, hoc tit.* Generalis ſubſcriptio extraneum, in quem nullum ius teſtator habuit, non excuſat: filiumfam. vel ſeruum, excuſat, quia parendi neceſſitatem habuit, *l. in fraudem, §. vlt. de his quæ vt indign. l. ſi tacitum, ad leg. Falcid.* & ita Cornelius Tacitus 3. annali refert adoleſcentem quendam qui erat in poteſtate patris, ſe purgaſſe crimine ciuilis belli, quod patris iuſſa non potuiſſet detrectare. Quæ tamen purgatio iure noſtro in atrocibus criminibus non admittitur, quia in eis eſt liber quilibet & iuris ſui, nec vlli parere neceſſe habet, & mori malle debet, quam facinus admittere, quod ſceleris atrocitatem habet, *l. 11. §. ſi tutoris, quod vi aut clam, l. nec intereſt, ad l. Iul. de vi priu. l. 2. C. de ſepul. viol.* Et ita quoque de ſeruo aut filiofam. qui ſibi iuſſu domini, vel patris aliquid adſcripſit, quod factum atrocitatem non habet, nominatim ſenatum cenſuiſſe Paulus ſcribit, eum eſſe venia dignum. Poſterior quæſtio pendet ex ſpecie l. initio propoſita quæ talis eſt, an quod filius emancipatus iuſſu patris legatum adſcripſit ſeruo communi ſuo & Titij in totum pro non ſcripto ſit, an quantum ad filium emancipatum, qui ſcripſit, non quantum ad Titium ſocium eius, ac proinde an Titio totum legatum per ſeruum adquiratur, quod non poteſt adquiri ſcriptori alteri domino: Et huic quæſtioni Paulus reſpondet ex notis Marcelli ad Iulianum. Nam cum Iulianus ſcripſiſſet libros 21. Digeſtorum, vt opinor ſi quis ſibi & Titio legatum adſcripſerit, vel ſi quis ſeruo communi ſuo & Titij legatum adſcripſerit, quia certe pro non ſcripto eſt, quantum ad ſcriptorem attinet, facile quæri poſſe, quantum coniuncto vel ſocio, id eſt, Titio adquiratur, vel debeatur, plane ſignificans pro non ſcripto eſſe, quantum ad eum duntaxat, qui ſcripſit. Cæterum quæri poſſe, vtrum adquiratur Titio totum legatum, an pars? Et priori quidem ſpecie quod notandum, cum ſibi & Titio adſcripſit legatum, Paulus ipſe definit *lib. 3. Sentent. tit. de legat.* totum legatum ad Titium pertinere: ſi quis, inquit, ſibi & Titio legatum adſcripſerit, magis eſt, vt totum legatum ad coniunctum pertineat. Idemque, vt indicat *l. ſi ſeruus communis, de auctor. tutor.* Marcellus ſenſit cum Iuliano, ac in poſteriori ſpecie, videlicet cum ſeruo communi Titij & ſuo legatum adſcripſit, Iuliano exiſtimante etiam totum legatum ad Titium pertinere. Marcellus in notis ab eo diſſentit. Hac ratione, quia ex Senatuſconſulto Claudiano ſerui nomen, cui legatum adſcriptum eſt, circumſcribitur, & pro non ſcripto habetur. Et ideo nihil ei ſeruo relictum videtur. Denique nihil eo nomine per eum ſeruum nec ſcriptori, nec eius ſocio adquiri poteſt: planeque totum legatum circumſcribitur. In priori ſpecie, cum adſcribit ſibi & Titio, Titij nomen non ſubducitur, non circumſcribitur, quia ipſe nihil ſcripſit. Itaque magna eſt differentia inter priorem & poſteriorem ſpeciem. Et ſententiæ Marcelli in hac poſteriori ſpecie etiam Paulus accedit.

Ad §. Maritus.

TErtia & vltima quæſtio eſt in hoc §. Maritus ſeruum dotalem manumiſit: ſi ſoluendo ſit & diues, manumiſſio valet. Et ſi donante vxore id fecit, nihil eo nomine vxori præſtat. Sin vero quaſi negotio vxori geſto id fecit, volente vxore, id præſtat vxori condictione ex lege Iulia, quod ad eum ex liberti bonis peruenerit iure patronatus: ſi inuita vxore id fecit, id omne quodcũque ad eum quoquo iure peruenit ex liberti bonis vxori præſtare tenetur, quod ſcilicet iure patronatus ad eum peruenerit, quodve dolo malo fecerit, quo minus ad eum peruenerit condictione ex lege Iulia etiam conſtante matrimonio. Quod vero alio iure, quam patronatus ad eum peruenerit, id præſtare tenetur vxori actione de dote, ſoluto matrimonio, quæ omnia oſtenduntur in *leg. dotalem 62. & 4. aliis ſeqq. ſol. matrim.* Inde quæritur, ſi maritus ſeruum dotalem manumiſerit inuita vxore, vel negotium gerens non inuitæ vxoris, & teſtamento liberti legatum ſibi adſcripſerit, quid mulier ex lege Iulia, id eſt, condictione ex lege Iulia conſequi debeat? Reſpondet Paulus, patronum, qui ſibi legatum adſcripſit teſtamento liberti incidere in pœnam edicti Diui Claudij, id eſt, in pœnam falſi, nec legatum capere poſſe. Edictum D. Claudij ſubſecutum eſt ſtatim Senatuſc. quo idem probauit Senatus, quod edixerat D. Claudius, atque ideo dicitur Senatuſc. Claudianum, *l. 3. C. de his qui ſibi adſcrib.* Et ita de maiore ſexagenario ducente vxorem, quod Suetonius adſcripſit edicto Claudij, id Vlpianus lib. regul. tit. 16. tribuit Senatuſconſulto Claudiano. Ac ſimiliter, quod edicto D. Marci tribuit, *l. ſi ventri, §. 1. de reb. auct. iud. poſſ.* id Senatuſconſulto tribuit facto auctore D. Marco *lex 1. in quib. cau. pign.* Non tantum orationes, quas per ſe habebant principes in Senatu, vel per quæſtores ſolebant ſequi SC. ſed etiam edicta principum. Sed ad rem. Certum eſt, filium emancipatum, vel patronum præteritum, id eſt, neque inſtitutum, neque exheredatum, qui modo legatum ſibi relictum non agnouerit, quia eo agnito, probat iudicium defuncti, poſſe petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Sed non ſi ipſe ſibi hereditatem aut legatum adſcripſerit, cum adhibitus eſſet ad ſcribendum teſtamentum patris vel liberti, *l. 6. §. vlt. hoc tit.* Ergo neque legatum, neque hereditatem capit, quam ſibi adſcripſit, neque

admittetur ad bonorum possessionem contra tabulas, et si nihil aliud ex liberti bonis ad patronum peruenerit, non tenebitur vxori condictione ex lege Iulia, quia nihil cepit ex bonis liberti. Posset tentari, eum teneri ex clausula legis Iuliæ, aut dolo malo fecit, quo minus ad eum perueneri, *l. si vero §. adiicitur, sol. matrim.* Sed ait Paulus, non videri dolo fecisse, qui sibi legatum adscripsit iussu testatoris, quia id non fecit in fraudem alterius, non est dolus malus nisi qui lædit alterum & fraudem fecit alteri. Id patronus, inquit, non excogitauit in fraudem suæ vxoris, sed iubenti testatori morem gessit. Rursus tentari potest, patronum posse capere legatum, quod sibi adscripsit iussu liberti hac ratione, quia id condictione ex lege Iulia mox vxori restituturus est, ergo & propter vxorem, cui restituturus est, valeat legatum, sicut euenit sæpe, vt propter fideicommissarium qui rogatus est restituere legatum, valeat legatum, quod incapaci relinquitur, *l. cogi §. hi qui, ad Treb. l. 1. §. pen. si quis aliq. test. prohib. l. auia §. Titio, de cond. & demonstr. & Nou. 129.* At respondet Paulus, id non admitti, esse certum ex eodem Senatusconsulto, nec propter fideicommissarium admitti quemquam posse ad legatum, quod sibi adscripsit, sed abstinere se debere legato omnimodo, & legatum remanere apud heredem cum onere fideicommissi, si iubente testatore id scriptor testamenti siue testamentarius sibi adscripserit, *l. cum quidam 17. hoc tit. l. vlt, de his quæ pro non scrip.* Ergo nec propter vxorem admittendum esse eum ad legatum, etiamsi vxori condictio competere posset ex lege Iulia, quæ tamen nulla competit, quia patronus nihil habet aut retinet ex bonis liberti.

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI, in Lib. XXIII. Quæst. Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. 84. de heredib. instit.

Si seruo fideicommissa data sit libertas: heres hunc eundem seruum cum libertate heredem reliquisset: quæsitum est, an necessarius fiet heres? & humanius est, & magis æquitatis ratione subnixum, non fieri necessarium: qui enim etiam inuito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse iussus, non magnum videtur beneficium a defuncto consequi. imo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse librrtatem.

1. *§. Idem probandum erit & in illo seruo, quem testator ea lege emerat, vt manumitteret, si heres fuerit institutus. nam & hic, deposito beneficio testatoris, proprio iure poterit ad libertatem peruenire ex constitutione Diui Marci.*

2. *§. Item & in eo, qui propria sua data pecunia, emptus est ab aliquo: nam & hic poterit ab ipso testatore lebertatem extorquere.*

Sciendum est, alios esse heredes voluntarios, qui non nisi volentes heredes fiunt, qui repudiare delatam hereditatem possunt. Alios necessarios, qui inuiti & ignorantes iure ciuili heredes existunt. Voluntarij fiunt heredes per aditionem hereditatis, hi existunt, id est, apparent confestim, etiam nolentes aut nescientes, ἀναφαίνονται, vt Græci rectissime dicunt, id est, existunt, non fiunt, quia in eis non est necessaria aditio hereditatis. Rursus ex necessariis, alij sunt sui & necessarij, vt liberi, vel qui liberorum loco habentur, vt vxor, quæ conuenit in manum viri iure veteri: liberi, inquam, & qui liberorum loco habentur, & sunt in potestate parentis & gradu proximiores delatæ hereditatis tempore. Alij sunt necessarij tantum, non sui. Hi sunt serui proprij vltro a dominis eodem gradu ex testamento cum libertate heredes instituti vel substituti in primum vel secundum casum. Et ij quidem sunt necessarij ex testamento tantum si instituti sint, ij qui sunt sui & necessarij etiam ab intestato, & (quæ est alia differentia) suis non etiam necessariis tantum iure prætorio datur, si hoc malint beneficium hereditate abstinendi se. In seruis necessariis heredibus desidero, vt eis vltro dominus cum hereditate largiatur libertatem sua sponte, & gratuito non coactus. nam si, vt hoc loco ostenditur, heres, qui pure rogatus est seruum manumittere, eum seruum heredem instituerit cum libertate, erit ei heres voluntarius, non necessarius, quia debitam magis ab eo ex causa fideicommissi quam gratuitam libertatem accepit, *l. proxime, de ritu nupt. l. 1. C. de libert.* Potuit enim seruus, cui data est testamento prioris domini fideicommissaria libertas, heredi inuito extorquere libertatem per prætorem fideicommissarium, *l. 4. in fine inf. quibus ad lib. procl. l. de libertate, de fideicom. libert. l. Titius, de action. emp. l. mulier §. non est, ad Trebell. l. vlt, de iud.* Itaque libertatem ille seruus habet beneficio prioris domini, potius quam beneficio heredis, qui eam non tam dedit, quam paruit defuncto, qui eam [illegible]derat prius. non dat beneficium qui dat, quod etiam vt daret compelli potuit. Beneficium est vt ait Seneca, *quod quis dedit, cum illi liceret non dare; nec quisquam id se dedisse, aut fecisse iactat, quod non dare aut non facere potuit.* Et est aliquid quod dominus seruo præstare debeat vt cibarium. Nemo id dixit beneficium. Vnde sicut Papinianus ait in *l. vnum ex familia §. 1. de leg. 2.* facultas necessariæ electionis non est propriæ liberalitatis beneficium: ita dicimus facultatem necessariæ manumissionis, non esse propriæ liberalitatis beneficium, non esse proprium beneficium, sed alienum. Denique dicamus, quod necessario in heredem confertur, neque legatum, neque fideicommissum, neque donationem, liberalitatem, aut beneficium esse. Et recte lex *si quis pro vxore, de donat. inter vir. & vx.* non donare eum, qui necessariis oneribus, quæque subire debet, succurrit: quam in rem etiam vulgo affertur lex *rem legatam, de adim. leg.* Sed perperam: nam eius legis sententia hæc est, si rem legatam postea testator vendiderit, distinguendum esse, vtrum vrgente necessitate rei familiaris, an mera voluntate vendiderit, quoniam eo casu legatum ademisse intelligitur, non esse beneficium cum vrgente necessitate vendidit, *l. 11. §. si rem, de legat. 3.* Et hoc si vendiderit. At si rem legatam postea donauerit, omnimodo ademisse videtur legatum, nec supradictæ distinctioni locus est, quia nemo in necessitatibus in eo, quod necesse habet dare, liberalis existit, quæ verba significant necessitatem imminentem rei familiaris, siue imminentem egestatem, neminem vrgere posse ad donandum: vrgente necessitate rei familiaris neminem donare, ac proinde supradictæ distinctioni locum non esse. His vero consequenter, vt subiicit in hac lege, si quis cum libertate seruum heredem instituerit, quem suis nummis non serui nummis ea lege emerat, vt manumitteret, in eum non contulit beneficium libertatis, quia & citra eius factum suo iure seruus erat peruenturus ad libertatem ex constitutione Marci ad Aufidium Victorinum, cuius sæpe fit mentio in libris nostris, etiam non addito tempore, intra quod manumitteretur, *l. vlt. qui sine manum. l. naturalis §. quod si tale, de præscr. verb.* Et ideo seruus ille, quem heredem instituit cum libertate, ei non fiet heres necessarius, quia ei libertatem acceptam non fert, sed legi venditionis & constitutioni Marci. Idemque erit si quis seruum emerit serui nummis, non suis, interposita inter eum & seruum fide manumittendi statim post emptionem, & deinde eum cum libertate herede instituerit. Nam & ei seruus ille non fiet necessarius heres, quia libertatem dedit, quam & ei inuito seruus extorquere potuit ex constitutione Diuorum fratrum ad Vrbicum Maximum, *l. 4. de manumiss. l. 8. C. de liber. caus. l. qui se dicit, de iudic.*

IACOBI

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in lib. XXVI. Quæſt. Pauli

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. ſi quis 46. de action. emp.

Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei exſtiterit: cogetur implere venditionem.

SI quis alienam rem vendiderit, venditio dicitur eſſe ſatis illicita, *l. 1. C. de comm. rer. alien.* Et quemadmodum ſcriptum eſt in *l. cum hic ſtatus §. ſi ſocer nurui, de donat. int. vir & vx.* ſi ſocer nurui nuntium remiſit: vel ſi ipſi conſoceri nuntium remiſerint, quod ad ipſos attinet, finitum eſſe diremptumque matrimonium, ſed non, quod ad coniuges. Ita licet nobis dicere, venditionẽ rei alienæ quod ad ipſum emptorem & venditorem attinet, conſiſtere, & naſci obligationem vltro citroque, ſed non conſiſtere quod ad dominum in fraudem domini: dominum rem emptori auferre poſſe. Si quis ergo rem alienam vendiderit, deinde eius rei dominium acquiſierit, vt ſi medio tempore, inquit, id eſt, ante traditionem heres domino rei exſtiterit, nunc non poteſt quaſi dominus retractare venditionem, ſed eam adimplere cogitur, puta rem tradere, & cætera, quæ iure venditi continentur, vel ſi eam tradiderit, non poteſt quaſi dominus vindicare, auferre aut euincere emptori. Improbus ille eſt, qui euincit, quod vendidit, *l. 1. de except. rei vend. l. vindicantem, de euict.* Et ita, ſi quis rem alienam pignori dederit, deinde eius rei dominus eſſe cœperit, pignoris conuentioni ſtare debet, poſſeſſionemque eius rei tradere creditori agenti hypothecaria, *l. rem alienam, de pig. act. l. 1. de pign. l. 5. C. ſi alien. res pig.* Neque obſtat huic ſententiæ lex *ſi ſeruo, qui & a quibus man.* quam obiicit Accurſ. vbi ſeruo alieno manumiſſo deinde adquiſito manumiſſori, negatur confirmari manumiſſionem, & manumiſſo competere libertatem. Confirmatur tamen pignus & venditio rei alienæ, dominio poſtea adquiſito. Cur non & libertas ſeu manumiſſio? Ratio eſt, quia ex manumiſſione nulla naſcitur obligatio, qua adſtringatur perſona, aut res vlla manumiſſoris. At ex conuentione pignoris, venditioniſve naſcitur obligatio, quę nexam tenet rem pignoratam & obſtrictam perſonam tenet debitoris aut venditoris. Ideoque impleri pignoris aut venditionis conuentio debet, & bona fide. Et improbe reſiſtit debitor, aut creditor, quo minus eam impleat: differentia eſt. Non recte Accurſius reſpondit ad eam leg. ipſo iure ab initio non valere manumiſſionẽ ſerui alieni, venditionem rei alienæ ipſo iure valere, *l. rem alienam, de contrah. empt.* quia certe nec venditio valuit ab initio, quod ad dominum attinet: & in pignore rei alienæ, quod Accurſ. fatetur ab initio, ipſo iure non valuiſſe: idem tamen eſt, quod in venditione, vt ſcilicet ex æquitate dominij adquiſitione conualeſcat pignus, vt & venditio.

Ad leg. aliam 29. de nouat.

Aliam cauſam eſſe nouationis voluntariæ, aliam iudicij accepti, multa exempla oſtendunt. perit priuilegium dotis & tutelæ, ſi poſt diuortium dos in ſtipulationem deducatur, vel poſt pubertatem tutelæ actio nouetur, ſi id ſpecialiter actum eſt, quod nemo dixit lite conteſtata: neque enim deteriorem cauſam noſtram facimus actionem exercentes, ſed meliorem: vt ſolet dici in his actionibus, quæ tempore, vel morte finiri poſſunt.

HÆc lex oſtendit, duo eſſe genera nouationum, & inter ea differentiam conſtituit vnam. Vna eſt nouatio voluntaria, alia neceſſaria. Nouatio voluntaria fit per ſtipulationem: nouatio neceſſaria fit per litis conteſtationem. Voluntaria fit ex conſenſu debitoris & creditoris per ſtipulationem Aquilianam, vel per ſtipulationem nouandi cauſa interpoſitam, qua quis ab alio ſtipulatur, quod ſibi alius debet, *l. 5. quando ex fact. tut.* Neceſſaria fit ex neceſſitate vt docet lex *vlt. de ſepar.* nimirum iudicio accepto, quod, vt ait *l. inter §. ſi Stichum, de verb. oblig.* inuitus debitor accepit lite cum eo conteſtata, vel cum defenſore eius, vel cum alio eius vice, quia lite conteſtata quaſi contrahitur cum aduerſario, cum quo lis conteſtatur, *l. 3. §. idem ſcribit, de pec.* Lis conteſtata in ll. noſtris, lis contracta in lib. Ciceronis: vtrumque idem poteſt. Litis conteſtatio contractus eſt, & obligatio noua. Nam & ſecuta condemnatione actio priſtina conuertitur in actionem iudicati, atque ita nouatur, *l. ſi fundus §. ſi pluris, de pignor. l. pen. §. vlt. de vſur. rei iudic. C.* Sunt autem innumeræ differentiæ inter hæc duo genera nouationum. Prima fit ea, quæ hic proponitur. Nouatio voluntaria perimit priuilegium, quod habuit prior actio, vt ſi quod debebatur actione de dote, poſt diuortium; vel actione tutelæ, poſt pubertatem, quæ actiones priuilegiariæ ſunt, transferatur & deducatur in ſtipulationem nouandi animo, vt olim obtinuit, vt hodie neceſſe eſt ex conſtitutione Iuſtiniani, id eſt, ex *l. vlt. C. de nouat.* ſpecialiter expreſſo nouandi verbo. Hodie non eſt nouatio, niſi dictum ſit, vt nouatio fieret, & ex ea conſtitutione certe Tribonianus in hanc lege illum articulum inſeruit ſpecialiter, ſi id ſpecialiter actum eſt, vt in *l. vſumfr. de verb. oblig. l. 31. §. 1. hoc tit.* Nouatio autem neceſſaria, quæ fit lite conteſtata, non tollit priuilegium, non nocet actori, quia neceſſaria eſt, non voluntaria, *l. 22. de tut. & rat. diſt.* Et litis conteſtatione, vt Paul. ſubiicit hoc loco. quod etiam ſubiecerat dictæ legi 22. vt probat *l. 87. de reg. iur.* litis conteſtatione, inquam, per quam fit nouatio neceſſaria, maxime ex parte rei, deterior non fit conditio actoris, ſed plerumque melior & deterior fieret conditio actoris litis conteſtatione, ſi ei perimeret ſuum priuilegium. Tantum vero abeſt, vt litis conteſtatione deterior fiat conditio actoris, vt imo fiat ſæpe melior. Nam litis conteſtatio actionem perpetuat, & in tutum redigit, quæ morte actoris aut tempore erat interitura, *l. 1. & 3. de feriis l. vlt. de fideiuſſ. tut. l. nam poſtea §. ſi is cui, de iureiur. l. ordinata, de lib. cauſa, l. 1. §. ſed interdum, l. 2. ne de ſtat. defunct. l. 139. de reg. iur.* Quod ipſum etiam efficit nouatio voluntaria, id eſt, perpetuat actionem, *l. 24. de mort. cau. donat.* Excipit Accurſius actionem de dolo, quæ litis conteſtatione non perpetuatur, ſed omnino perit intra biennium, etiamſi intra biennium cœpta ſit actio, necdum peracta, quod & verum eſt, *l. vlt. C. de dolo.* Item litis conteſtatione omnes actiones etiam pœnales, quæ oriuntur ex delictis, ad heredes transmittuntur ab vtraque parte, *l. 87. & 164. de reg. iur. l. omnes, l. ſciendum, de oblig. & act. l. vn. C. ex delict. defunct.* Et hæc eſt differentia propoſita in hac l. Addi poſſunt aliæ complures. Nouatio voluntaria pignus perimit, quod acceſſit priori obligationi, cum id actum eſt, vt in vniuerſum ab obligatione diſcederetur, *l. ſeq.* vt ſcilicet perimeretur prima obligatio tam ciuilis, quam naturalis; vt & priuilegium facta nouatione voluntaria non aliter perit, quam ſi id actum ſit, vt a prima & principali obligatione in vniuerſum diſcederetur, etiam abiecto priuilegio, *l. 2. de priuil. credit. ſiue de reb. auct. iud. poſſid.* Contractus ex conuentione legem accipiunt, ex eo, quod actum eſt inter contrahentes, *l. 1. §. ſi conueniat, depoſ. l. contractus, de reg. iur.* At ſi quid ſecus non conuenit, ſi nihil exceptum ſit, ſed ſi ſimpliciter inter aliquos nouus contractus habitus ſit, in vniuerſam cauſam, quæ præceſſit, haberi intelligitur, vt de fideiuſſore ſimpliciter accepto diximus in *l. 58. de fideiuſſ.* Et quod dicitur nouatione voluntaria pignora vel hypothecas perimi, verum eſt, nouatione legitime facta *l. 18. hoc tit.* non nouatione facta illegitime, vt interuentu mulieris contra SC. Velleian. *l. aliquando §. 1. ad Vell.* quia ea nouatione eſt ſine effectu, eamque Vel-

leianum SC. improbat, *l. 16. in fine, eod. tit.* vel etiam interuentu serui, qui domino expromittat nouandi causa pro debitore domini. Omnis expromissio nouatio est, sed non legitime fit interueniente seruo, *l. quod seruus, de pec. §. praeterea, Inst. quibus modis obl. sol.* Nouatione autem necessaria pignus non perimitur, quia si lis contestata sit cum debitore, vel cum alio defensore debitoris, non tollitur obligatio principalis, quae tamen tollitur facta nouatione voluntaria interuentu nouae personae, *d. l. 18. l. solutum, de pigner. act. l. vn. C. etiam ob chirogr. pec.* Et prout tollitur, aut manet prior obligatio vel naturalis, satis est manere naturalem, ita & accessionum omnium obligatio tollitur aut manet. Qua ratione & nouatione voluntaria fideiussor aut mandator, qui accessit primae obligationi, liberatur, *l. 4. C. de fideiuss.* non nouatione necessaria, *l. 23. & 28. C. eod. tit.* Itemque nouatione voluntaria facta vsurae consistunt, id est, currere desinunt, quae accedebant priori obligationi, *d. l. 18. & l. 27. hoc tit.* Facta autem nouatione necessaria, id est, lite contestata vsurae currunt, *l. 1. C. de vsur. l. lite, de vsur.* quae lex 35. iuncta cum *d. l. 18. hoc tit.* vt vtriusque inscriptio similis exigit, hanc differentiam monstrat. Item facta nouatione voluntaria, poena, quam praestari conuenerat, si ad diem pecunia non solueretur, non committitur, *l. 15. hoc tit.* facta nouatione necessaria, non ideo minus poena committitur, vel poenalis stipulatio, *l. 90. de verb. oblig.* Item separationis beneficium impetrare creditores non possunt facta nouatione voluntaria: facta necessaria possunt, *l. 1. §. illud sciendum, & l. vlt. de separ.* Postremo nouatio voluntaria tutorem, aut curatorem obligatum tenet, etiam post depositum officium: non etiam nouatio necessaria, si iudicium acceperit nomine pupilli, & secuta fuerit condemnatio post depositum officium. nam actio iudicati non datur in tutorem, sed in adolescentem, *l. 5. qu. ex fact. tut.*

Ad leg. domicilium 20. ad municip.

Domicilium re & facto transfertur, non nuda contestatione: sicut in his exigetur, qui negant se posse ad munera vt incolas vocari.

Sciendum est, originem potissimum, id est, natiuitatem, vel domicilium, id est, incolatum nos subiicere oneribus reipublicae, & non ciues tantum ea sustinere debere, sed etiam incolas. Ciues origo facit: incolas domicilium, *l. ciues 7. de incolis lib. 10. C.* Et domicilium cuiusque ibi est, vbi larem fouet, vbi sedes & tabulas rationum suarum habet, vbi rerum & fortunarum suarum summam constituit, vbi adsidue versatur, negotiatur, vbi maiorem suorum bonorum partem habet, vbi festos dies agitat, vtitur foro eodem, balneo eodem, spectaculis iisdem, *l. in lege, de verb. signif. l. si eum libertatis, in fi. de fideicom. libert. l. eius, §. 1. inf. hoc tit. l. 2. C. vbi Senat. vel Clarissimi viri. Marcus Tullius pro Archia poeta,* iisdem verbis, quae & auctores nostri vsurparunt in definiendo domicilio vtitur: *An domicilium in Italia non habuit is qui tot annis ante ciuitatem datam, sedem omnium rerum ac fortunarum suarum Romae collocauit?* Origo vero & patria germana mutari non potest, *l. 4. C. de munic. & orig.* Domicilij & caeli vnicuique libera est electio & mutatio, domicilium mutare quisque, & in aliam ciuitatem transferre potest persoluto si ita mores ferant (vt quandoque tulere Atheniensium mores) eo tributo ciuitati in quam migrarunt, quod μετοίκιον dicebatur, nam & ipsi incolae μέτοικοι dicuntur ἀχίερατο ἄστυ quasi dicas cassa palcarum ciuitatum, & praediis etiam quae habuerunt in ea ciuitate a qua migrarunt in aliam, publicatis, si ea non vendiderint antequam migrarent, nisi princeps specialiter eis concesserit, vt ea bona retinerent *l. certa, C. de iur. fisc.* a quo principe coepit eadem exigi licentia mutandi domicilij, vt indicat *l. 12. in fin. de excusat. tut.* & hodie cum sit nimis libera cuique facultas mutandi domicilij, quod cum sua pernicie compertae sunt pleraeque ciuitates, in dissensionibus ciuilibus. praestaret ne quis temere mutaret domicilium inconsulto principe. antequam principes rerum potirentur in vrbe, mutare cuique liberum erat domicilium. mutare autem domicilium reipsa aut facto non nudis verbis, aut nuda animi destinatione: alioquin plerique incolae vocati ad munera ciuilia ea defugerent in fraudem reipub. facta nuda protestatione mutadi domicilij, puta, dicendo, non amplius vtor hoc domicilio, muto domicilium, transfero domicilium Romam: non sic fit mutatio domicilij, facto opus est, id est, reali emigratione.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, in Lib. XXV. Quaest. Pauli.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad leg. Caius Seius 11. de vsuris.

Caius Seius, qui rempublicam gerebat, foenerauit pecuniam publicam sub vsuris solitis. Fuit autem consuetudo, vt intra certa tempora non inlatis vsuris, grauiores infligerentur. Quidam debitores cessauerunt in soluendis vsuris. quidam plus intulerunt. & sic effectum est, vt omne, quod vsurarum nomine competebat, etiam pro his, qui cessauerant in vsuris, suppleatur. quaesitum est, an illud, quod amplius ex consuetudine poena nomine a quibusdam exactum est, ipsi Seio proficere deberet, an reipublica lucro cederet? respondi, si Caius Seius a debitoribus vsuras stipulatus esset, eas solas reipublica praestari oportere, quae secundum formam ab his exigi solent: etiamsi omnia nomina idonea sint.

1. §. Quid si seruus publicus obligationem vsurarum reipublica adquisiit? aequum est, quamuis ipso iure vsurae reipublicae debeantur: tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum vsurarum fieri, si non sit parata respublica vniuersorum debitorum fortunam suscipere. Eadem fere in tutoribus Marcellus refert.

Caius Seius liber homo cum esset curator Reipubl. cuiusdam, vel administrator rerum ad eam pertinentium, ex pecunia publica nomina fecit, nempe pluribus publicam pecuniam foenerauit, non eiusdem, sed diuersae pecuniae separatim plures facturus debitores, nimirum foenerauit primo centum: 2. alia centum: 3. alia centum: 4. totidem. Et a singulis suo nomine vel simpliciter stipulatus est quotannis cuiusque pecuniae praestari solitas vsuras, quae in ea ciuitate frequentabatur, id est, quae vsitatae & receptae erant, exempli gratia, aureos sex in centenis, quae sunt vsurae semisses. Ea erat in illa ciuitate consuetudo, vt ciuitati semisses vsurae a debitoribus penderentur, quae & ciuiles dicuntur vsurae & modicae a Plinio 14. *natur. histor.* & ciuitati eas ex more deberi, ab altero Plinio *lib. 7. & 10. epistol.* Erat & alia consuetudo in ea ciuitate, vt non solutis semissibus vsuris intra certa tempora veluti intra triennium, poenae nomine debitoribus publicis vsurae grauiores infligerentur, verbi gratia, centesimae, quae in centenos quotannis reddunt duodenos, vt eis, inquam, grauiores infligerentur ex die contracti foenoris, ex die pecuniae foenori occupatae, nullis solutis vsuris, quod notandum grauiores ex die contractus infligi possunt, non si iam quaedam vsurae solutae sint, ne vsurae vsuris accrescant, quod semper prohibitum fuit, sed iam solutis vsuris quibusdam maiores infligi possunt ex die cessationis, ex die, quo debitores cessauerunt in soluendis minoribus, quas tamen soluerant iam aliquot annis, maiores ex die cessationis infliguntur in futurum: non ex die contractus in praeteritum, quia hoc esset vsuris iam exactis superadiicere vsuras, vsurarum vsuras exigere. Et ita est explicanda *l. 17. h. t.* Redeamus ad nostram speciem. Primus & secundus defecti facultatibus cessauerunt in soluendis

dis vſuris, & nullas omnino vnquam vſuras intulerunt 3. & 4. qui idonei erant, non ſolutis intra præſtituta tempora vſuris ſemiſſibus Caio Seio, curatori reipub. coacti ſunt ſoluere centeſimas ex die contractus, & hæ centeſimæ ſufficiunt ad id omne, quod vſurarum nomine competebat. Quo etiam modo Paulus locutus eſt in *l. lecta, in fi. de reb. cred.* Denique centeſimæ, quæ exactæ ſunt pro ducentis, quæ acceperunt 3. & 4. ſufficiunt ad vſuras ſemiſſes quadringentorum quæ acceperunt 4. debitores. atque ita ſufficiunt pro iis, qui ceſſauerunt vel defecerunt, id eſt, quod plus eſt in centeſimis, quam in ſemiſſibus vſuris id explet, quod ij qui ceſſauerunt vſurarum nomine inferre debebant. Quæritur, vtrum id Caio Seio proficere debeat, id eſt, vtrum maiores vſuræ, quas extorſit 3. & 4. Caio Seio proficere debeant, ne ſcilicet deperditorum nominum primi & ſecundi debitoris periculum agnoſcat, ſed eas maiores vſuras compenſet cum deperditis nominibus, an vero potius eæ maiores vſuræ cedant lucro Reipub. eas Reſpub. ſibi vindicat ex conſuetudine, quæ non ſolutis ad diem leuioribus vſuris, debitores publicos ſubiicit grauioribus. Atque ideo contendit Reſpubl. maiores vſuras ſuo lucro cedere debere, quas Caius Seius exegit a 3. & 4. ac præterea Caium Seium nominum primi & ſecundi periculum agnoſcere debere. Contra Caius Seius maiores vſuras contendit ſibi, non Reip. debere proficere, ex diuerſo ſumpto argumento ex eadem conſuetudine, quæ non aliter maioribus vſuris ſubiicit publicos debitores, quam minoribus ad diem conditum non ſolutis. Et ait hoc caſu, maioribus ſuppleri minores, quarum nomina defecerunt, atque ita pro ſoluto minores ſolutas, & Reipub. ſolutum & ſatisfactum eſſe videri. Denique Remp. omnium pecuniarum conſecutam minores vſuras, ac proinde nihil ei deberi pœnæ nomine. Et hoc eſt, quod ait Paulus, ſi Caius Seius vſuras a debitoribus ſtipulatus ſit, ſuo nomine ſcilicet, vel ſimpliciter, nam liber homo alteri ſtipulatur inutiliter; atque ita, ſi Caius Seius ſibi adquiſierit obligationem vſurarum, eas ſolas vſuras reipubl. præſtari oportere, quæ ſecundum formam, id eſt, conſuetudinem a debitoribus publici exigi ſolent, vſuras ſolitas, id eſt, ſemiſſes: etiam ſi, inquit, non omnia nomina idonea ſint, id eſt, etiamſi quædam nomina defecta & deperdita ſint, vt nomen primi & ſecundi. Nam periculum eorum non pertinere ad curatorem Reip. ſi quod redigit ex maioribus vſuris, ſuppleat minores, quæ defecerunt in perſona primi & ſecundi. Perperam vulgo hoc loco legitur affirmate, *etiamſi omnia nomina ſint idonea*, Et rectius Baſilica negate, κἂν μὴ τὰ πάντα χρέα ὦσιν εὔπορα, id eſt, *etiam ſi omnia nomina idonea non ſint.* & interpres quoque Dorotheus κἂν τὰ μάλιστα τινες τῶν χρεωστῶν ἐλάττωσιν εἰς ἀπορίαν, id eſt, *licet debitores quidem perducti ſint ad inopiam.* qui tamen Dorotheus in ponenda ſpecie huius l. mirum in modum hallucinatur, & in hoc tamen eſt vtilis, quod docet textum Baſilic. non eſſe corruptum in quo negatiue legitur, & ſummæ huius l. congruentiſſime etiamſi non omnia nomina idonea ſint. & ita vt dixi pro C. Seio reſpondet Paul. Confligebat & in hac quæſtione conſuetudo eadem ipſa ſecum. Ea enim vtraque pars nitebatur, pars Reip. & pars C. Seij. At ſecundum C. Seium curatorem Reip. Paulus pronuntiat, ei proficere maiores vſuras ad ſupplenda nomina deperdita, quæ ſi maioribus ſuppleantur, ſatis eſt, nec amplius quidquam Reſp. a C. Seio exigere poteſt, quia habet ſolutas vſuras quadringentorum. Ergo vel debet Reſp. fortunam omnium debitorum ſuſcipere, id eſt, in totum agnoſcere & approbare, quod Caius Seius geſſit in contrahendis nominibus, vel ſi ab eo rationem repoſcat nominum defectorum, eum admittere cum defectis nominibus compenſantem maiores vſuras, quæ implent omne id, quod competebat pro defectis nominibus eorum, qui euerſi facultatibus vſuras inferre nequierunt. Ad hæc quærit Paulus illo loco, *quod, ſi ſeruus publicus, &c.* quid ſit dicendum, ſi ſeruus publicus ciuitatis obligationem vſurarum ciuitati adquiſierit, id eſt, ſi a debitore Reip. ſtipulatus ſit vſuras ſibi præſtari, vel reipub. vel ſimpliciter, nihil refert. nam quoquo modo ſtipulatus ſit, obligatio per ſeruum publicum Reip. ipſo iure adquiritur, *l. 1. l. 3. l. 15. de ſtip. ſeru.* Priore caſu C. Seius ſibi quæſiuit obligationem vſurarum, non Reipub. quia per liberam perſonam obligatio adquiri non ſolet, *l. 24. §. vlt. h. t. l. 3. quod vi aut clam, l. ſolutum §. pen. de pign. act.* Hoc vero poſteriore caſu per ſeruum publicum ipſo iure obligatio vſurarum Reip. quæſita eſt. At quod attinet ad rationem maiorum vſurarum compenſandam cum defectis nominibus, æquum eſt eam ſeruari in vtroque caſu, ſiue curator Reip. vſuras ſtipulatus ſit, ſiue ſeruus publicus, ſi non ſit parata Reſp. omnium nominum ſuſcipere periculum, quæ ex pecunia publica contraxit curator, vel ſeruus Reip. Et in fine h. legis eadem fere de tutoribus Marcellum referre ait, cuius ſententia ab eodem Paulo latius explicata eſt in *l. quæritur de admin. tut.* vt ſcilicet nomina, quæ tutores fecerunt ex pecunia pupilli, ſi ſint partim integra & idonea, partim defecta & deperdita, & male contracta poſt pubertatem, ea conditio deferatur adoleſcenti, non vt integra probet, deteriora improbet, non vt partim nomina probet, partim improbet, ſed vt omnium nominum fortunam ſuſcipiat, aut recedat ab omnibus, perinde, atque ſi ſibi tutores negotium geſſiſſent, non pupillo, atque adeo, vt tum reiectis omnibus nominibus maiorum vſurarum exactio tutoribus proficiat; ſatiſque ab eis pupillo pecuniæ pupillaris præſtari vſuras ſolitas & pupillares, quæ forte minores ſunt ex more regionis, nec neceſſe habeant pupillo præſtare maiores, quas perceperint, *l. tutor qui repertorium §. ſi tutor pecuniam, de adm. tut.* Fere autem ait, eadem fere in tutoribus Marcellus refert, quod Accurſius neſcit, vt explicare debeat, quia Marcellus non ſcripſit, vt Paulus, nominatim de maioribus vſuris a tutoribus perceptis compenſandis pro defectis nominibus, adoleſcente nolente ſuſcipere omnium debitorum periculum, ſed tantum id ex Marcelli ſententia colligi poteſt, & conſequens eſt eius quod ſcripſit, optionem adoleſcenti deferri, vt aut nomina reprobet, aut agnoſcat omnia. *Fere* ergo idem in tutoribus Marcellus ſcripſit, non iiſdem verbis, ſed ſenſu, & effectu eodem.

Ad l. fœnerator 6. de naut. fœn.

Fœnerator pecuniam vſuris maritimis mutuam dando, quaſdam merces in naue pignori accepit. ex quibus ſi non potuiſſet totum debitum exſolui, aliarum mercium aliis nauibus impoſitarum, propriiſque fœneratoribus obligatarum, ſi quid ſuperfuiſſet, pignori accepit. quæſitum eſt, naue propria perempta, ſi qua totum ſolui potuit, an id dānum ad creditorem pertineat, intra præſtitutos dies amiſſa naue, an ad cæterarū nauium ſuperfluum admitti poſſit, reſpondi: Alias quidem pignoris deminutio ad damnū debitoris, non etiam ad creditoris pertinet. Sed cum traiectitia pecunia ita datur, vt non alias petitio eius creditori competat, quam ſi ſalua nauis intra ſtatuta tempora peruenerit: ipſius crediti obligatio, non exſiſtente conditione, defeciſſe videtur. & ideo pignorum quoque perſecutio perempta eſt: etiam eorum, quæ non ſunt amiſſa. Si nauis intra præſtitutos dies periiſſet: & conditionem ſtipulationis defuiſſe videri. Ideoque ſine cauſa de pignorū perſecutione, quæ in aliis nauibus fuerunt, quæri. quando ergo ad illorum pignorum perſecutionem creditor admitti poterit? ſcilicet tunc cum conditio exſtiterit obligationis, & alio caſu pignus amiſſum fuerit, vel vilius diſtractum: vel ſi nauis poſtea perierit, quam dies præfinitus periculo exactus fuerit.

Titulus de vſuris, qui præcedit, fuit etiam de fœnore ſed de terreno ſeu mediterraneo. Hic titulus eſt de fœnore nautico, quod & traiectitium dicitur, & maritimum. Inter quæ duo fœnoris genera multum intereſt, nam fœnoris terreni vſuræ legibus finitæ ſunt, nec fœnerator quiſquam modum eorum egredi poteſt: fœnoris autem nautici vſuræ hodie etiam finitæ ſunt ex conſtitut. Iuſtiniani. Sed ſi ius ſpectamus quod obtinuit ante Iuſtinianum, quodque in his Pandectis ſpectari ſemper oportet,

quandoquidem Codex Iustiniani repetitæ prælectionis, A quem habemus post Pandectas editus est, vsuræ maritimæ infinitæ sunt, vt Paulus scribit 2. *Sent. tit.* 14. Hoc est fœneratori nautico liberum est vsuris immensis & infinitis negotiatori nauigaturo pecuniam fœnerari, vt 2. 3. aut 4. centesimis si velit. Ratio differentiæ ex eo pendet, quod pecunia terrena quæ fœnori datur, fit periculo debitoris, qui eam accipit, id est, quod perempta ea pecunia terrena casu aliquo maiore, aut peremptis cæteris, aut omnibus bonis debitoris, non ideo minus debitor teneatur in sortem & in vsuras, *l. incendium* 11. *C. si cert. pet. l. vlt. C. hoc tit.* Pecunia autem maritima fit periculo fœneratoris, id est, creditoris, quia plerumque agitur, vt pecunia nautica, aut merces ex ea comparatæ nauigent periculo fœneratoris *l.* B 1. *& 3 hoc tit.* Et hæc ratio suscepti periculi permittit fœneratori infinitas & immodicas vsuras. Eademque ratio efficit, vt vsuræ nauticæ etiam ex pacto nudo sine stipulatione debeantur, *l.* 5. *& 7. hoc t.* cum tamen mediterraneæ pecuniæ vsuræ non debeantur sine stipulatione, *l. Titius, de præscr. verb. l.* 3. *C. de vsur.* Suscipit autem sæpe fœnerator pecuniæ nauticæ periculum naufragij, non omne periculum, non periculum iacturæ, aut incendij, non periculum piratarum. Potest tamen & omne si velit, quidni? Is autem, qui pecuniam nauticam mutuam accepit, obligat se & pignora sæpe & hypothecas sub cōditione simul & in diem, puta vt demum fœneratori teneatur reddere pecuniam C cum vsuris maximis, si intra certum tempus, verbi gratia, intra tricesimum diem nauigationis, nauis peruenerit in portum, forte Athenarum. Sin autem naufragio perierit intra eum diem, vt neque sortis neque vsurarum fœneratori repetitio sit aduersus eum, & ita in hac lege proponitur tota obligatio sub conditione & in diem fuisse collata. Eademque conuentio est apud Demosth. vt naue amissa, neque sortes, neque vsuræ fœneratori reddantur. Conditione obligationis existente periculum desinit esse fœneratoris, & ei sors deberi incipit cum vsuris maritimis, puta naue salua intra præstitutum diem perducta in portum. Conditione autem deficiente, puta naue amissa intra præfinitum periculo diem, periculum pertinet ad fœneratorem, & nihil ei debetur, *l.* 4. *h. t.* Huius autem legis species D hæc est: L. Titius negotiatori trans mare nauigaturo pecuniam fœnerauit, qua instrueret nauem, & remigium omne, & compararet merces, quas eueheret, & fœnerauit ea lege vt naufragio amissa naue intra tricesimum nauigationis diem damnum pertineret ad fœneratorem; naue autem salua & intra eum diem delata in portum Athenarum, pecunia ei reddetur cum maritimis vsuris: & in eam rem, id est, in sortem & in vsuras placuit, vt merces e idem naui impositæ pignori essent, vt in specie *l. qui Romæ §. Callimachus, de verb. oblig.* Et ita in oratione Demosth. κατὰ τὴν Λακρίτου παραγραφὴν, *aduersus Lacriti præscriptionem.* Placuit etiamsi ex mercibus in nauem propriam impositis totum debitum seruari non possit, iure pignoris, vt aliarum mercium, quæ aliis nauibus impositæ & propriis fœneratoribus obligatæ erant, ὑπεροχὴ pignori esset. ὑπεροχὴν voco cum Tryphonino in *l. pen. qui pot. in pign.* quod Paulus hoc loco vocat superfluum, id est, præualentiam aliarum mercium, quodque impletis propriis fœneratoribus superest, *la plus value:* quæritur autem naue propria perempta intra tricesimum diem cum mercibus, ex quibus si non periissent, totum debitum Titius seruare potuit, an Titius iure pignoris regressum habeat ad aliarum mercium aliis nauibus impositarum ὑπεροχὴν? Et Paulus ait, regulariter pignorum maiore casu amissorum, periculum ad debitorem quasi dominum pertinere, & ad fideiussorem eius quasi obtinentem eius locum, *l.* 53. *de fideiuss. l. pignus, C. de pigner. act.* Sed in specie proposita, quia fœnerator pecuniæ nauticæ fortunam & periculum in se suscepit intra præfinitum diem, naue amissa intra eum diem, ei perire pecuniam, atque adeo perimi principalem obligationem creditæ pecuniæ, quasi defecta conditione obligationis, & consequenter perimi obligationem pignorum omnium, etiam eorum quæ non sunt amissa, id est, obligationem hyperochæ aliarum mercium aliis nauibus impositarum, quæ saluæ manserunt: quum principalis obligatio non consistit, nec pigneratitiam quæ sequitur & accedit locum habere. Et secundum hæc recte concludit, non aliter Lucium Titium posse admitti ad persecutionem hyperochæ iure pignoris, quam si exstiterit conditio principalis obligationis, naue salua in portum delata, non si defecerit conditio naue amissa intra præfinitum diem, quia omnis obligatio perimitur: vt contra naue salua omnis obligatio manet. Ponit 4. casus, quibus solis integra est fœneratori persecutio hyperochæ, iure hypothecæ. Primus est, si exstiterit conditio principalis obligationis, naue intra diem salua delata in portum. Secundus casus hic est, si nauis alio casu perierit, quam quem in se Titius recepit. Fac recepisse casum naufragij, & subito incendio exustam esse nauem cum mercibus pigneratis, hoc etiam casu perit nauis, perit pecunia, periere merces naui impositæ debitori, creditori integra est principalis obligatio, atque etiam obligatio hyperochæ cæterarum mercium. Tertius casus est, si naue salua, delata in portum debitor vili pretio vendiderit merces proprio fœneratori pigneratas, quæ in propriam nauem impositæ erāt, si eas vendiderit minore pretio, quam sit in toto debito. Nam id quod plus est in debito, manet in obligatione principali, *l. creditor. de rebus creditis.* Et id sibi creditor iure hypothecæ ex hyperocha seruare potest. Quartus est, si nauis perierit post diem periculo præfinitum, quia & hoc casu principalis obligatio manet, ergo etiam obligatio hyperochæ pigneratitia.

Ad leg. 19. de op. no. nuntiat.

Sciendum est, denegata exsecutione operis noui, nihilominus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis noui denuntiationem prætor denegat.

HÆc l. ostendit eum, qui nuntiauit nouum opus ædificanti, qui prohibuit molientem ædificare, ne ædificaret temere, ei denegata postea exsecutione noui operis, veluti vicino satisdante de opere restituendo, quod fecerit, si forte id eum non iure fecisse pronuntiatum postea fuerit, *l. prætor ait* §. 1. *& l. stipul.* §. 1. *hoc tit.* vel etiam procuratori denegata exsecutione noui operis, qui nuntiauerat nouum opus, & a vicino, cui nuntiatum erat, oblata satisdatione de opere restituendo, conuentus procurator interdicto, ne vis fiat ædificanti, non satisdedit iudicatum solui. Quam ob causam procuratori denegatur persecutio nuntiationis noui operis, *la poursuite, l.* 7. *hoc tit. denegata,* inquam, *execution noui operis.* Et cui denegata est integras esse legitimas actiones, id est, ciuiles actiones de seruitutibus, quibus intendat, vicino non esse ius ædificandi: vt & denegata statim ab initio noui operis nuntiatione, vt fit a prætore ex certis causis, veluti si quis riuum reficere vel cloacham purgare velit: vel si dilatio operis periculum allatum sit, *l.* 5. §. *si quis riuos, h. t.* denegata ergo statim ab initio nuntiatione noui operis & prohibita edicto prætoris, ei cui denegatur integram manere actionem in rem confessoriam vel negatoriam. Et ita est, proditum nominatim in *l. pen.* §. *pen. de riuis.* Vnde sic concludamus: denegato vno iure, non videri etiam denegatum aliud: denegata vna actione, non videri denegatam aliam actionem.

Benedictio & gloria & sapientia & gratiarum actio & honor & virtus & fortitudo Deo nostro in sæcula sæculorum, AMEN.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI RECITATIONES SOLEMNES AD HERENNII MODESTINI differentiarum libros nouem.

INDEX OMNIVM LEGVM EX HERENNII MODESTINI IVRISCONSVLTI Differentiarum IX. Libris in Pandectas a Triboniano relatarum, & a Iacobo Cuiacio explicatarum.

EX LIBRO I.

EX LIBRO II.

EX LIBRO III.

EX LIBRO IV.

EX LIBRO V.

EX LIBRO VI.

EX LIBRO VII.

EX LIBRO VIII.

EX LIBRO IX.

FINIS.

IACOBI

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI

RECITATIONES SOLEMNES

AD HERENNII MODESTINI Differentiarum Libros nouem.

Anno 1587.

AD LIBRVM PRIMVM.

Ad leg. 40. De adoption. & emancipat. & aliis mod. quib. patria pot. soluit.

Adrogato patrefamilias, liberi, qui in eius erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur: simulque cum suo patre in eius recidunt potestatem. quod non similiter in adoptione contingit: nam nepotes ex eo in aui naturalis retinentur potestate.

1. §. *Non tantum cum quis adoptat, sed & cum adrogat, maior esse debet eo, quem sibi per adrogationem, vel per adoptionem filium facit. Et vtique plena pubertate, id est, decem & octo annis eum praecedere debet.*

2. §. *Spado adrogando, suum heredem sibi adsciscere potest: nec ei corporale vitium impedimento est.*

Modestinus lib. 9. differentiarum exposuit omnes differentias, quæ iure ciuili introductæ sunt inter res negotiave ciuilia, & inter personas: adeo vt peruenerit ad patrem & filium, & docuerit hisce libris, quid distet pater à matre, quid filius a patre, quæ diligentia & nos accuratissimos reddere debet in iure vel discendo vel docendo, ne vel minimum quidquam omittamus vnquam. Si quid scriptum sit de filia, ne temere id trahamus ad filium, & sic de similibus. Multæ enim iure ciuili differentiæ introductæ sunt, non inter res tantum, sed & inter personas atque inter actiones, & iudicia, quæ Modest. his 9. libr. persecutus est. Et primo quidem libro differentiam, quæ est inter adoptionem & arrogationem, quarum vna proponitur in *l.* 40. *de adopt.* quæ est ex hoc libro primo. *Adrogari patremfam.* id est, eum, qui sui est iuris, vel potestatis, principis auctoritate, adoptari autem filiumfam. patre, qui eum habet in potestate, eum dante in adoptionem imperio magistratus. Et adrogati quidem filios transire vna cum adrogato in familiam, & domum adrogatoris, in familiam adrogantium filios, tanquam nepotes adrogatoris ex filio; atque adeo nō tantum eum, qui adrogatur, sed etiam filios eius capite minui: nam mutant familiam: adoptati autem filios, quum scilicet pater dat in adoptionem, manere in potestate aui naturalis, qui filium suum dedit in adoptionem, nec transire in familiam adoptatoris, sed remanere in potestate aui naturalis: quandoquidem eos retinuit in potestate, & solum filium dedit in adoptionem: ergo adoptati filios capite non minui. id potissimum ostendit *l.* 2. §. *vlt. & l.* 15. *hoc tit.* quia scilicet non mutant familiam. Mutatio familiæ capitis deminutio est. Auo autem naturali mortuo, quod not. Gl. filios adoptati recidere in potestatem adoptatoris, Gl. perperam, *adoptatoris*, pro *adrogatoris*. Id vero omnino falsum est, & plane circumscribenda illa glossa? quia morte aui naturalis, nepos, quem retinuit auus in potestate, filio dato in adoptionem, plane sui iuris fit: nec enim potest recidere in potestatem patris sui naturalis, qui non est suæ potestatis. qui est in potestate aliena, non potest habere filium in potestate. Denique non potest filius eius recidere in eius potestatem, *l.* 21. *ad leg. Iul. de adult.* Ergo nec recidere potest in potestatem adoptatoris, id est, eius qui patrem adoptauit. Quod adeo verum est, vt nec si postea filius a patre in adoptionem datus, nepote ex eo filio retento in potestate, soluta adoptione per emancipationem reciderit in potestatem patris naturalis, forte per adoptionem, mortuo auo nepos possit recidere in patris sui potestatem, idque ostendit *l.* 41. *seq.* Non est dubium, quin & alias hoc libro differentias Modestin. adiecerit, quæ intercedunt inter adoptionem & adrogationem; veluti in adrogatione exigi consensum solius patrisfam. qui se dat adrogandum. In adoptione autem non tantum consensum patris, qui filiumfam. dat in adoptionem, requiri, sed etiam filij, ne inuitus mutet familiam: quod ostendit *l.* 5. *h. t.* Idem adrogationem fieri causa cognita, non temere, non profuse. Adoptionem, patre scilicet rem peragente fieri sine causæ cognitione, *l.* 15. §. *vlt. h. t.* quod & Gellius ostendit *lib.* 5. *c.* 19. Item ante constitutionem Antonini, qui permisit adrogationem impuberis patrisfam. impuberem adrogari non potuisse, nec causa quidem cognita, quod Vlp. docet lib. sing. reg. tit. *de adopt.* Adoptari autem potuisse dāte patre in adoptionem, etiam infantē, *l.* 42. *h. t.* ita, quantū fieri poterit, quæ desunt Mod. semper supplebimus, quæ semper verisimile erit eum non præteriisse. Verum maxime notandum est, his libris eum non tantum exposuisse differentias, quæ essent inter hanc rem, vel illam, vel actionem, vel personam, sed etiam quæ essent inter easdem res cōmunia, eum eadem saliua, eadem manu explicasse, vt ex hac lege apparet: in qua subiiciuntur quæ sunt communia inter adopt. & adrogat. vt puta adrogatorem vel adoptatorem, eo quem sibi filium sum it

quem sibi filium asserit ætate maiorem, annis saltem 18. esse debere; vt si velit adoptare, vel adrogare iuuenem 20. annorum ipsum attigisse iam debere 38. annos. Debet enim adoptio imitari naturam, quæ & imago naturæ dicitur, in *l. filia, de lib. & post.* debet igitur adoptator maior esse adoptato: portentum esset, si minor esset pater filio: nec fictiones recipiuntur in iure portentosæ & alienæ a rerum natura: Obiterque notat hoc loco Modestin. illum numerum 18. ann. quo adoptator vel adrogator superare debet ætatem adoptati, vel adrogati conficere plenam pubertatem, ἀκροτάτην ἥβην, vt loquitur Arrianus in Indicis. pubertatem conficere annos 14. in maribus plenam pubertatem 18. ann. illa ætate 14. ann. non omnes re ipsa, pubescere, id est, non omnes induere lanuginem illam. hac vero ætate 18. ann. neminem esse qui non pubescat. qui tardius pubescit, vel hac ætate ad extremum pubescit. Item commune hoc esse vtriusque adoptionis, quod spadones adrogare vel adoptare sibi filium possunt, quamuis generare vix possint propter illud corporale vitium, quo affecti sunt, quodque illis dat spadonum nomen. *Spado*, inquit, *heredem sibi adsciscere potest adrogando*, nec ei corporale vitium impedimento est, subintellige adoptando ex *l. 2. sup. Et suum heredem*, inquit, *adsciscere*. Potest adoptio esse sui heredis assumptio. Castratus vero idem non potest, id est, cui verecundior illa pars penitus abest. Et varietatis ratio est in promptu: quia fictiones iuris, quam minime fieri potest, a natura recedere debent, *l. confessionibus §. 1. de interr. in iur. fac.* Et adoptio nihil aliud est, quam fictio iuris. Adoptatus fictitius filius, a qua fictione longe recedit, si adoptat is, cui pars illa penitus deest, veluti castratus. parum vero aut prope nihil a natura recedit is, qui parte illa, quamuis non valet admodum, non caret tamen, vt est spado. & hæc sufficiunt ad hanc legem. Docuit etiam hoc lib. differentiam causarum & negotiorum, quæ geruntur a pupillis.

Ad leg. 38. de pigneratitia actione, vel contra. & leg. 11. de fideicommiss. libertat.

Pupillo capienti pignus propter metum pigneratitiæ actionis necessaria est tutoris auctoritas.

L. 11. Ex causa fideicommissi seruo libertatem dare sine tutoris auctoritate pupillus non potest.

HÆc differentia ex eo nascitur, quod in aliis causis pupillis sit necessaria tutoris auctoritas, in aliis non item. Harum scilicet causarum discrimina hoc libro Modestin. executus est, quod enarrabo quam breuissime fieri poterit. Si quid pupillus, qui eius ætatis est, vt intellectum capiat, stipuletur sibi dari, non est necessaria tutoris auctoritas, & generaliter alium sibi potest pupillus obligare sine tutoris auctoritate. Item dominium aut possessionem rerum alienarum, iure legitimo adquirere potest sine tutoris auctoritate, *l. obligari 9. de auct. tut. l. pupillus, de adqu. rer. dom. l. 1. §. 3. l. quamuis 32. §. vlt. de acq. poss.* non est etiam pupillis, suis heredibus aut necessariis ad acquirendam hereditatem necessaria tutoris auctoritas, quia ipso iure heredes existunt, etiam inuiti; & inuitis tutoribus, & æri alieno defuncti inuiti obligantur, etiamsi soluendo non sit hereditas. Sed beneficio prætoris se abstinere possunt sui heredes, *l. 8. de adquir. hered.* & eleganter Paulus 4. Sentent. apud Licinium Ruf. *In suis heredibus*, inquit, *adeo ad mortem testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, vt nec tutoris auctoritas pupillo sit necessaria, nec si forte soluendo non sit hereditas*: Sic legendum, quamuis se abstinere possint. Et hæ quidem sunt causæ, in quibus pupillis necessaria non est tutoris auctoritas: aliæ sunt causæ, & multo plures, in quibus omnino est necessaria tutoris auctoritas, puta, si quid alienet de suo, venditionis genere, vel quocunque alio modo, veluti pecuniam mutuam dando, vel soluendo pecuniam debitam. Nam & mutuum, & solutio species alienationis sunt. Et nullæ quidem hæ alienationes sunt, si fiant a pupillo, non adhibita tutoris auctoritate, *d. l. obligari.* Item si seruos suos manumittat, necessaria est tut. auctoritas: nam & manumissio quasi alienatio est, *d. l. obligari, l. alienatio §. qui fideicommissario, de fideicom. lib. l. vlt. C. de reb. al. non al.* nec tamen proprie alienatio est. Vbi enim dominium, quod manumissione transferatur in alium? Alienatio est proprie dominij translatio. Itaque manumissio proprie alienatio non est, *l. prospexit 12. qui & a quib. manum.* Et ab alienatione quoque frequentissime in iure separatur manumissio. Sed idem plerumque ius obtinet in vtraque, *l. ex iudiciorum 20. de accus. l. vlt. C. ad l. Iul. maiest. l. 3. §. sed quia, C. com. de leg. l. 9. C. de vsuf.* tantum autem abest, vt pupillus seruum suum vltro sua sponte manumittere possit sine tutoris auctoritate, vt nec pupillus heres institutus a locupletissimo quodam homine, & ab eo rogatus seruulum forte suum manumittere suum, nec ex causa fideicommissi eum manumittere possit sine tutoris auctoritate, *l. cum quasi 30. §. si vero pupillus, de fideicomm. lib.* quod & iis de causis hoc libro tractans Modest. quæ desiderant tutoris auctoritatem, cum a pupillo peraguntur, scripsit hoc ipso lib. in *l. 11. de fideicom. lib.* quam proxime explicabimus. Huius legis verba sunt breuia vt sunt fere omnes leges sumptæ ex his libris perbreues. *Ex causa*, inquit, *fideicommissi seruo libertatem dare sine tutoris auctoritate pupillus non potest.* Causa est, quia etiamsi manumissor libertum habiturus sit, & iura patronatus in eo, atque etiamsi non gratuitam, sed debitam libertatem præstet ex causa fideicommissi in *l. 1. C. de libert. & eorum lib.* tamen non iure eam præstat sine tutoris auctoritate, non iure soluit debitam libertatem, sicut nec debitam pecuniam soluit recte sine tut. auctoritate. Et huic sententiæ Modestini *d. l. 11.* locus est indistincte, siue seruum proprium, siue hereditarium pupillus heres institutus, rogatus sit manumittere: quia adita hereditate, dominium hereditarij serui adipiscitur. Eadem igitur, & in eo ratio interuenit, vt & eum, quasi seruum proprium cum effectu alienare manumittendo non possit sine tutoris auctoritate. Ratio est aperta. Itaque Gl. male hoc loco aliud statuendum esse ait in seruo hereditario. Quid si rogatus sit manumittere seruum alienum, non suum vel hereditarium? Et hoc quoque casu dico necessariam esse tutoris auctoritatem, quia non possit seruum alienum manumittere, nisi eum redemerit a domino, atque emere non potest sine tutoris auctoritate, sicut nec quodcunque aliud negotium ciuile gerere, ex quo mutua nascatur obligatio, & vbi redemerit & acceperit, ac proinde acquisierit dominium eius, etiam eum quasi iam proprium effectum, consequens est, vt non possit manumittere sine tutoris auctoritate. Iis addamus necessariam quoque esse tutoris auctoritatem, si pupillus se quoquo modo obliget alij vel stipulanti promittendo, vel ex his causis, ex quibus vltro citroque obligatio nascitur; veluti empt. vend. locatione conduct. mandato, deposito, §. 1. *Instit. de auctor. tutor.* ex quibus quidem causis mutuæ obligationes nascuntur vltro citroque. Etiam hoc libro Modestin. adiunxisse, cum his de causis tractaret, pignus, constat ex *l. 38. de pign. act.* cuius verba hæc sunt: *Pupillo capienti pignus propter metum pigneratitiæ actionis, necessaria est tutoris auctoritas.* Et merito coniungi debet cum *d. l. 11.* Pignus igitur recte adiungit superioribus contractibus, ex quibus mutua obligatio nascitur: nam ex causa pignoris traditi creditori, soluta omni pecunia debita, vltro citroque nascitur actio pignerat. directa, quæ debitori competit, qui soluit omnem pecuniã, quam debuit, vt pignus recipiatur, vel quanti interest: & pigner. contraria, quæ creditori competit, vt recipiat impensas, si quas fecerit in rem pigneratam; & ideo propter metum pigneratitiæ actionis directæ, qua quandoque pupillus, si pignus acceperit, obligaretur soluta omni pecunia, id genus pignoris ideo contrahere non potest sine tutoris actoritate: quin etiam solui pecunia debita non potest, nisi tutore auctore: alioqui debitor qui soluit, non liberatur, *l. 15. de solut.* Illud

Illud etiam conſtat, neceſſariam eſſe pupillis ab extraneo heredibus inſtitutis, heredibus voluntariis, neceſſariam, inquam, eſſe in adeunda hereditate tutoris auctoritatem, itemque in petenda bonorum poſſeſſione,& in recipienda hereditate fideicommiſſaria ex SC. Trebel. *d.l.obligari, & l.ſi ad pupillum, eod. tit.* quia & his modis, puta adeundo hereditatem, petendo poſſeſſionem defuncti, recipiendo fideicommiſſariam hereditatem,obligat ſe creditoribus hereditaris, vel in aſſem, vel in dodrantem, ſi ſint fideicommiſſarij Trebelliani. Item ſe obligant legatariis & fideicommiſſariis, quaſi ex contractu, *l.3.§.vlt.quib.ex cauſis in poſſ. eatur,l.non enim ad Trebell l. pen.in fi.de ſeparat.* Qua ratione etiam pupilli iudicio experiri non poſſunt ſine tutoris auctoritate, quia & lis contrahi dicitur, id eſt, iudicio accepto quaſi contrahimus & obligamur: hoc eſt,quod dicitur,pupilli non eſſe iuſtam vel legitimam perſonam,vt poſſit ſtare in iudicio ſine tutoris auctoritate, *l. 1. & 2. C. qui legit.perſ. habent ſtandi in iud.*

Ad leg.3. De vulg. & pupil. ſubſtit.

Cum filio impuberi pater ita ſubſtituerit, Quiſquis mihi heres erit idem filio impuberi heres eſto: *placuit ad hanc ſubſtitutionem ſcriptos tantummodo ad hereditatem admitti. Itaque dominus, cui per ſeruum hereditatis portio quæſita ſit, ex ſubſtitutione impuberi heres effici non poterit, ſi ſeruus ab eius exierit poteſtate.*

HÆc lex argumentum præbet exiſtimandi hoc quoque libro docuiſſe Modeſt. differentias inter ſubſtitutionem pupillarem factam filio impuberi nominatim, nempe hoc modo: *Titius filio meo impuberi heres eſto, ſi moriatur, antequam in ſuam tutelam veniat*, vel: *Titius & Caius & Seius heredes mei, filio quoque meo impuberi heredes ſunto*: & ſubſtitutionem pupillarem factam non quidem nominatim,ſed generaliter,his verbis: *Quiſquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres eſto.* Inter has duas, inquam, formas, ſiue ſpecies ſubſtitutionis pupillaris, hoc potiſſimum intereſſe, quod ex poſteriori forma, *Quiſquis mihi heres erit*, vocantur, non vnus tantum ex heredibus, ſi pater plures ſibi heredes ſcripſerit, quamvis dixerit, *quiſquis heres*, non *quicumque heredes*, ſed vocantur omnes heredes, vt *l. ſi plures, de leg.3.l. 4. §. vlt. de leg.* 1. Omnes, inquam, heredes, quos ſibi pater teſtamento heredes ſcripſit, & qui etiam (quod omnino neceſſarium eſt, quod formula ſubſtitutionis demonſtrat) patri ex teſtamento heredes exſtiterunt. Et hi quidem tantummodo ex hac ſubſtitutione vocantur, filio moriente intra pubertatem,qui patri ex teſtamento directo, & principaliter heredes exſtiterunt, non etiam ſi qui per eos iure poteſtatis hereditatem paternam acquiſiuerunt, non qui per eos heredes effecti ſunt, vt ſi filiumfam. aut ſeruum alienum ſibi pater heredem ſcripſerit, & filio impuberi forte exhedato,aut ex parte heredi inſtituto,ita ſubſtituerit: *Quiſquis mihi heres erit, idem quoque filio meo impuberi heres eſto:* non nominatis heredibus ſuis, mortuo filio intra pubertatem,ad ſubſtitutionem vocatur non pater, aut dominus heredis ſcripti, cui adquiſita eſt hereditas, quia de illo non ſenſit teſtator, vt heres eſſet filij impuberis, ſed vocatur filius,aut ſeruus qui heres ſcriptus eſt directo, videlicet, ſi pendente caſu ſubſtitutionis exierit de poteſtate patris, vel domini: nam ſi manſerit in eius poteſtate, & ex ſubſtitutione procul dubio patri, vel domino adquiretur per filium, aut ſeruum hereditas pupillaris. Et ita ex hoc lib. Modeſtin. eſt relatum in hac *l.* 3. & confirmatur *l.qui liberis* 8.*§.vlt.inf.hoc tit.& §.ſubſtituitur, Inſtit. de pupill.ſubſt.* Vnde etiam Modeſtino addendum eſt, pluribus heredibus ex diuerſis portionibus a patre heredibus ſcriptis, ſi pater ita ſubſtituerit: *Quiſquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres eſto.* eos, qui patri heredes exſtiterunt ex teſtamento,ex ſubſtitutione eas partes habituros, quas habuerunt ex inſtitutione: vel,quod idem eſt,ex teſtamento pupillari, eos eas partes habituros quas habuerunt ex teſtamento paterno.Ex paterno habuerunt diuerſas & inæquales: ergo etiam ex teſtamento pupillari habebunt diuerſas & inæquales. Et hæc de hac poſteriori forma ſubſtitutionis, *Quiſquis mihi heres, &c.* Priore autem modo, quod Modeſtin. non omiſerat, id eſt, nominatim facta ſubſtitutione pupillari: exempli gratia, *Si filius meus intra pubertatem moriatur, Titius ei heres eſto*: vel, *Titius & Caius & Seius ei heredes ſunto.* Mortuo filio intra pubertatem, atque ita exiſtente caſu ſubſtitutionis, Titius ſolus, ſi ſolus ſit ſubſtitutus,vel Titius,& Caius Seius ad ſubſtitutionem admittuntur,etiamſi patri heredes non exſtiterint, & indiſtincte, ſiue eos pater ſibi heredes ſcripſerit, ſiue non,modo tamen patri aliquis heres exſtiterit, alioquin deſtituto deſertove teſtamento paterno,corruit pupillare teſtamentum,id eſt,ſubſtitutio pupillaris.Hæc differentia etiam expreſſe proponitur ab Vlpiano in *d. l. qui liberis, in principio,hoc tit.*nimirum,hanc ſubſtitutionem, quæ fit nominatim,eſſe puram: illā,quæ fit generaliter, *Quiſquis mihi heres erit*, eſſe conditionalē:habere enim in ſe conditionem, *ſi heres erit.* magna eſt differentia. Et tamen quod quis poſſet obiicere,legatum aut fideicommiſſum ita relictum: *Quiſquis mihi heres erit,Titio centum dare damnas eſto*,non eſt conditionale, *l. 3. de legat.* 1. quæ coniungenda eſt cum *d.l.qui liberis*, quatenus ſunt ex eodem auctore, & lib. Cur vero tam diuerſe in ſubſtitutione & legato? Legatum non eſt conditionale:ſubſtitutio eſt conditionalis: nempe quia in legato conditio illa: *Si heres erit*,tacite ineſt,& ſatis intelligitur ab omnibus etiamſi non exprimatur. nec enim poteſt valere legatum, ſi heres non exſtiterit is, a quo legatum relictum eſt.hæc conditio,quæ tacite ineſt,nec proprie ex ſcriptura teſtamenti venit. quæ alioqui ex ſcriptura teſtamenti non veniret,conditio,inquam,quæ tacite ineſt, non facit legatum conditionale,aut inſtitutionē aut ſubſtitutionem non facit conditionalem. *l. conditiones,de condit. & demonſt.l. 6. §.pen. quando dies leg. ced.* In ſubſtitutione autem pupillari conditio illa, *ſi heres erit*,quæ ineſt his verbis: *Quiſquis mihi heres erit*, non ineſt tacite. Eſt igitur vere conditio, quia etiamſi ſubſtitutus patri heres non exſtiterit filio impuberi,heres eſſe poteſt, alio patri herede exiſtente, videlicet ſi conditio illa ſubſtitutioni non ſit adſcripta. Plane igitur ſubſtitutio illa conditionem facit. at quæ facta eſt nominatim ſubſtitutio pupillaris pura eſt atque proinde ex ea vocatur etiam,qui non eſt heres ſcriptus a patre, quique heres ſcriptus repudiauit hereditatem patris,nec heres patri exſtitit.Addenda eſt alia differētia inter hæc duo genera ſubſtitutionis.Si plures ſint heredes ſcripti a patre ex diuerſis portionibus, & ſubſtituti ſint generaliter his verbis: Quiſquis mihi heres erit, ex ſubſtitutione, ſi patri heredes exſtiterint, eaſdem partes ferent, quas tulerunt ex inſtitutione. At ſi nominatim facta fuerit ſubſtitutio, veluti: *Titius, & Caius,& Seius,quos ſibi pater heredes fecit,filio meo impuberi heredes ſunto*,ex ſubſtitutione habituri ſunt non eaſdem partes,quas ex inſtitutione tulerunt ex teſtamento paterno, ſed æquales partes: quia enumeratio illa perſonarum,*Titius,& Caius,& Seius*,eos exæqueat inuicem, *l. turpia §. vlt. de leg.* 1. *& l. ſi heredes, de leg.* 1. *l. nonnunquam,ad Trebell.l.ita liber,in fin.de ſtatulib.* Et ratio diffentiæ, cur ex ſubſtitutione generaliter concepta ferant ſubſtituti inæquales partes, quia etiam inæquales tulerunt ex inſtitutione. Subſtitutione autem facta nominatim, cur ferant æquales, viriles,perſonales vt loquitur, hoc eſt primum heredum perſonas eum enumerare, qui eorum nomina exprimit. non poſſunt perſonæ enumerari, niſi expreſſis nominibus propriis, quæ nominum deſignatio demonſtrat teſtatorem, inter eos fieri velle perſonales & viriles portiones. Perſonarum enumeratio hunc habet effectum,vt faciat inter eos etiam perſonales portiones. at qui perſonas non enumerat,non nominat,vt qui heredes dicit, non demonſtrat perſonas ipſas, quia nomina ſubticet, ſed qualitatem perſonarum tantum, pro cuiuſcumque qua-

litatis ratione videtur inter eos partes fieri velle, id est, pro rata partium, ex quibus scripti sunt.

Ad leg. 22. De pœnis.

In metallum damnati, si valetudine, aut ætatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto Diui Pij a præside dimitti poterunt, qui æstimabit de his dimittendis: si modo vel cognatos, vel adfines habeant, & non minus decem annis pœna sua functi fuerint.

HOc quoque libro Modestinus docuit quid distaret damnatio in metallum a damnatione ad gladium. Est quidem vtraque damnatio, capitis deminutio maxima, quia damnati serui fiunt pœnæ. Sed hoc interest, quod damnati in metallum, vt ostendit in hac *l.* 22. quandoque iussu præsidum aut procoss. pœna solui & liberari possunt, vt puta, si aduersa valetudine sontica, vel ætatis infirmitate operi metallico faciundo inutiles sint, maxime, vt ait, *si cognatos vel affines habeant.* Quorsum hoc? possunt, inquit, dimitti & pœna solui si cognatos vel adfinis habeant, a quibus scilicet alantur, vt recte Græci interpretantur, διὰ τὸ κατὰ τῶν συγγενῶν τρέφεσθαι: alioqui satius est eos non dimitti, vt a republica alantur, & in alia reipublicæ ministeria quæ possint sufferri, quæ sint leuiora transferri. Gl. male hoc loco hæc verba sic accipit, *si cognatos vel affines habeant*, qui scilicet de illis dimittendis cum præside agant per libellum, ac si non possint ipsi, qui damnati sunt in metallum, per se præsidi libellum dare. Sane possunt. & ipsi. Nec igitur desiderant operam cognatorum vel affinium ea in re. Non possunt quidem ipsi qui in metallum damnati sunt Principi libellum dare, præsidi possunt ad Principem eis non patet aditus, qui serui sunt pœnæ, vel qui sunt peregrini. ij non possunt libellum Principi dare, *l.* 7. *§. relegatum, de interdict. & releg.* Quæ cum hoc dat specialiter relegato, vt possit principi libellum offerre, denegare videtur seruo & peregrino, veluti damnato in metallum, vel deportato in insulam, qui per se non possunt Principi libellum dare, nec eorum nomine per cognatos vel affines. quod per se non possunt, non poterunt per cognatos vel affines, *l. quod aufertur, §. quod a. de iure fisci, l.* 2. *§.* 1. *de administrat. rer. ad ciuit. pert. & l. quæritur, de bonis libert.* Additur ergo, in *h. l.* hic modus, hæcve determinatio vt ita demum possint ex causa dimitti iussu præsidum, qui damnati sunt in metallum, *si cognatos vel affines habeant, ad quos se recipiant.* Additur etiam alius modus, *si non minus quam decem annis pœna sua functi sunt.* hi possunt dimitti ex causa non intra decennium, aut vix intra decennium: nam possunt quidam, & qui cognatos vel affines non habent, ad quos dimissi se recipiant, dimitti, & exponi publicæ misericordiæ. & similiter quoque possunt intra decem annos dimitti ex iustissima causa, si ita præsidi videatur, quod & Traiani rescriptum ad Plinium demonstrat, dum iubet intra decem annos damnatos, nec vllo idoneo auctore liberatos, pœnæ suæ reddi. Senes autem (quod maxime huc facit) ante decem annos damnatos, pœna metalli solui, & distribui inquit Traianus in ea ministeria, quæ non longe a pœna sint, velut ad balineum, ad balinei calefactionem, vel ad purgationes cloacarum, vel ad munitiones viarum. sed consultius erit, non aliter eos liberari, quam si habeant, ad quos se recipiant, & decennium quoque in opere metallico fecerint, quam decennij præscriptionem seruari etiam l. 23. ostendit: *Cum quis per imperitiam a iudice in metallum damnatus est, nullo præfinito tempore certo.* Namque huic præfinitum videtur decennij tempus, quod tamen annotandum est, non seruari in seruo, qui sententia iudicis sub pœna vinculorum domino reddi iussus est: hic enim perpetuo vinctus esse debet, atque adeo si manumittatur, deditiorum numero habetur, *l.* 10. *C. de pœn.* Illud etiam notandum est, ex hac l. 22. damnatos in metallum propter sonticum morbum, vel propter senium ætatis, pœna liberari iussu præsidum, nec necesse esse ob eam rem adire principem, quod & Plinius in epist. ad Traian. ostendit: *In opus damnatos vel in ludum, deprecantes dimissos iussu procoss. legatorumque* (Cæsaris) *qui sunt præsides prouinciarum, l. pen. de offic. præsi.* Neque vero huic sententiæ, qua dicimus, *eos posse dimitti iussu præsidis, nec requiri auctoritatem principis*, obstat *l. Diui* 27. *inf. hoc tit.* quam obiicit Glos. quia ea l. non est de iis, quos præsides ad pœnam damnauerunt, & qui iam amplius eam pœnam sufferre non possunt, quos, vt dixi, liberare præsides possunt, sed loquitur ea lex de innocentibus, quos præsides condemnauerunt: vel, quod eis deficerent probationes, quibus purgarent innocentiam suam, vel, quod ipsi stulte de se confiterentur, & mentirentur: quorum pœnam præses, semel prolata sententia, tollere, aut minuere non potest. Esset exemplo perniciosum, si iudex, quam protulit sententiam, reuocare posset. Igitur hoc casu necesse est adire principem, vt ipse mutet sententiam quam qui dixit, non potest mutare, iam semel functus suo officio. Idque etiam ostendit lex 1. *§. vlt. de quæst.* Gl. male, vt respondeat, ait *leg. Diui* 25. loqui de exulibus, quæ nullum, in se habet. De exulibus merito condemnatis, quæ est aperte scripta de immerito condemnatis, & de innocentibus, & non de exulibus, sed generaliter de omnibus iis, qui tanquam innocentes aliqua pœna affecti sunt. Verum explicanda est differentia, quam initio proposui, & esse dixi inter damnatos ad metallum, & damnatos ad gladium, ad quam etiam respexit Modestin. Leuior est pœna metalli, quam gladij: nam metallici, vt docui, quandoque dimitti possunt, & absolui, nec in ipsa pœna, vel per ipsam pœnam gladio vnquam consumuntur, sed tamdiu viuunt, quamdiu natura patitur. Damnati autem ad gladium, nunquam dimittuntur: imo intra annum consumendi sunt. Paul. 5. Sentent. tit. 17. *Sane,* inquit, *qui ad gladium dantur, intra annum consumendi sunt.* Vlpianus apud Ruf. de abigeis: *Ad gladium*, inquit, *damnati, vt depugnent in arena, confestim consumuntur, vel certe intra annum debent consumi.* Longe igitur grauior est gladij, quam metalli pœna. Huic tamen sententiæ non obstat rescriptum D. Hadriani ad consilium Bœticæ prouinciæ, cuius pars exstat in *l.* 1. *de abig.* Et integrum apud eundem Licinium, quo Hadrianus iubet abigeos ad gladiũ damnari. quod in Licinio sic est ad verbũ: *Si quis tam notum aut tam grauis in abigendo fuerit, vt prius ex hoc crimine aliqua pœna affectus sit, hunc in metallum dari*, quasi scilicet metalli pœna sit grauior, quandoquidem exasperanda est pœna in eos, qui puniti semel in idem crimen relabuntur, *l. capitalium* 28. *§. solent, de pœnis,* qui, vt eleganter ait, *l.* 3. *in fi. C. de episcop. audient.* impunitatem veteris admissi non emendationi potius, quam consuetudini deputauerunt, & *l.* 10. *C. Theodos. de indulgen. crimin.* indignum esse humanitate eum, qui post damnationem commisit in legem, cuius etiam pudore a quodam Philosopho comparatur vesti, quæ quanto obsoletior est, tanto incuriosius habetur. Verum ad illud rescriptum Hadriani, quo videtur grauiorem facere metalli pœnam quam gladij, ita respondetur ab Vlp. in illo rescripto, necessario *pœnam gladij* non esse accipiendam, pro, *pœna ad gladium*, vel *ferrum*, sed pœna pro *ludo gladiatorio*, quam mitiorem esse docet, quam ad metallum, & ad gladium. Quam pœnarum differentiam ex hoc libro. Modestinum prodidisse credibile est, puta, id interesse inter pœnam ad gladium, & pœnam ad ludum gladiatorium, qua pœna qui affecti sunt, vt Vlpianus ibi docet, post quinquennium quandoque præmiis vel rude donantur, si fortiter se gesserint in ludo gladiatorio, & dimittuntur. Credibile etiam est, Modestinum hoc ipso libro tradidisse differentiam inter eos qui damnati sunt in metallum, & eos, qui in opus metalli, quæ diffentia consistit in vinculis: nam damnati in metallum grauioribus vinculis premuntur, damnati in opus metalli, leuioribus. Et in eo etiam, quod refugæ ex opere metalli, id est, qui diruptis vinculis aufugerunt, vt grauius reperti coerceantur, damnantur in metallum: refugæ autem ex metallo, summo supplicio afficiuntur, & hoc ostenditur in *l. aut damnum* 8. *§. inter*

inter eos, l. capitalium 28. §. in exsulibus, in fi. hoc tit. nec erat hisce metallicis, siue quibuscunque aliis hominibus, qui essent in vinculis, admodum difficile vincula rumpere, quoniam legimus apud Chrys. epist. 9. *Ferrum aqua molle fieri, mollescere, ac deinde facillime ictu lapidis frangi*, & est plane similis locus apud Sopholem: βαφῇ σίδηρος, &c. *Fragiles intinctione aqua perinde ac ferrum.* Credibile est etiam Modestin. exposuisse, multum distare deportatos a relegatis, quod traditur in *l. 7. §. hæc est differentia, de interd. & relegat.* Reos in insulam relegari ad tempus, vel in perpetuum: in insulam deportari semper in perpetuum. Relegatos capite non minui, ideoque ciuitatem Rom. & libertatem retinere, & patriam potestatem & agnationem, & connubium, & testamenti factionem, tam actiuam quam passiuam, & omnia denique iura ciuium Romanorum, & liberorum hominum, quæ omnia deportati amittunt: quia ad peregrinitatem rediguntur, atque ita mediam subeunt capitis deminutionem: ad tempus relegati, neque tota bona, neque partem bonorum amittunt: deportati amittunt omnia bona. Et eleganter *l. vlt. §. vlt. C. de sentent. pass.* ipsum per se nomen deportationis, omnium bonorum spoliationem esse, præsides prouinciales in insulam relegare posse, non etiam deportare, *l. 6. §. 1. l. 7. §. 1. de interd. & relegat.* Notaui etiam paulo supra aliam differentiam: relegatum libellum posse dare principi, deportatum non item.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, Recitationes solemnes

In Librum II. Differentiarum Herennij Modestini.

Ad leg. Actione 23. Depositi vel contra.

L. 23. Actione depositi conuentus, seruo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem vtiliter experitur.

Docuit hoc libro Modestinus inter depositum & commodatum hoc in primis distare, vt est relatum apud Licinium Ruf. ex hoc ipso *lib. tit. depos. & commod.* quod iudicio commodati conuentus, non tantum dolum, sed etiam culpam præstare cogitur, id est, desidiam, negligentiam, si negligentia eius res commodata deterior facta fuerit. qui autem conuenitur iudicio depositi, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est: adducta ratione differentiæ: quia in commodato plerumque solius commodatarij vtilitas vertitur *l. 5. §. 2. Commod.* vel certe vtriusque, commodantis & commodatarij, vt in specie *l. in rebus, eod. tit.* Si ego & tu communem amicum ad cænam inuitauerimus, tuque eius rei curam susceperis, ego roganti tibi vasa mea argentea commodauero, commodatum hoc casu contrahitur vtriusque causa, & vtroque casu, siue in commodato vertatur solius commodatarij vtilitas, siue vtriusque: placet commodatarium non tantum doli, sed etiam culpæ, siue negligentiæ rationem reddere, & præstare debere iudicio commodati. Nam & fiduciæ, id est, pigneratitio iudicio, & in actione rei vxoriæ, & in actione ex empto vendito, ex locato conducto, & act. pro socio, dolus & culpa deducitur: quia vtriusque contrahentis vtilitas vertitur in his negotiis omnibus: at in deposito, solius depositoris: cuius interest rem suam esse saluam, vtilitas interuenit, non depositarij: & ideo satis abundeque depositori esse debet, si depositarius in ea re nihil dolo malo faciat, & si postulante quoque depositore, iuret sese nihil in hac re dolo fecisse: quod omnino exigitur in lege DEI, *Exodi* 22. Satis igitur esse depositori, cuius solius vtilitas interuenit, si depositarius præstet dolum, non etiam culpam, leuem scilicet aut leuissimam: nam lata culpa dolus est, id est, remissior nimis culpa. Hæc est ratio differentiæ inter depositum & commodatum, cæterosque contractus, in quibus, vt in commodato, & dolus & culpa venit, quod non solius dantis gratia contrahatur, vel solius accipientis, sed vtriusque. Depositum autem contrahitur dantis gratia non accipientis, non vtriusque, qua de re omni sunt notissimi loci in iure, *l. 5 §. nunc videndum, sup. comm. l. contractus, de reg. iur.* Verum hæc ratio, quæ in deposito valet, non valet etiam in mandato, nec in alienis negotiis gestis sine mandato, nec in tutela, quod etiam in hoc libro locoque Modestin. monuerat, vt quod ex eo restat apud Licinium indicat satis. Sed est apud eum deprauatum nimis: facile tamen suppleri potest. Monuerat Modestinus rationem, quæ efficit, vt depositori depositarius dolum duntaxat præstet, quod solius depositoris causa depositum contrahatur: eadem ratio non efficit, licet interuenerit, vt etiam in mandato & negotiis gestis, & in tutela, dolus duntaxat præstetur. Nam etsi in administratione negotiorum alienorum ex mandato, vel sine mandato, solius domini, ad quem negotia pertinent, vtilitas versetur, & in administratione tutelæ, solius pupilli: tutor tamen, licet inuitus tutelam susceperit (tutela munus est publicum, quod iniungitur nolenti) itemque procurator, siue sit voluntarius, siue mandatarius, id est, constitutus ex contractu mandati habito inter eum & dominum negotiorum, non doli tantum, sed & culpæ nomine tenetur, etiam leuissimæ, etiam admissæ in re minima: id est, non tantum tenetur si mala fide negotia aliena gesserit, si ea ad suum commodum conuenerit, non ad commodum domini, quod bona fides tamen exigit, sed etiam si omnem diligentiam in negotiis, quæ gerenda suscepit, non adhibuerit, & per hoc aliquid domino deperierit. Et ratio hæc est: quia, qui aliena negotia suscipit, vel vltro, sua sponte, vel coactus (nihil refert) hoc in se quodammodo recipere, & polliceri videtur, se omnem curam, operam, diligentiam adhibiturum in ea re, quam administrandam suscepit: & ideo quasi ex conuentione non tantum doli, sed etiam desidiæ, negligentiæ, incuriæ, ineptiæ, & vno verbo, culpæ etiam leuissimæ nomine domino tenetur, *l. 3. C. mand. l. 7. C. arbitr. tut. l. 20. C. de negot. gest.* Et generaliter, quicunque tractat aliena negotia, gnauum eum & vigilantem, & diligentem & asperum esse oportet. vnde illud Martialis: *Sane certus & asper homo, procuratorem vultu qui præferat ipso.* In re nostra administranda leues & lenti esse possumus, in re aliena quam gerendam suscepimus, fide data, asperiores esse solemus, & diligentiores: quamvis solius domini vtilitas versetur, ad quem negotia pertinent. Et multo magis, si non solius domini, sed vtriusque vtilitas in mandato versetur: vt si tibi mandaui, vt sub vsuris pecuniam credas ei, qui eam pecuniam in rem meam mutuatus est: hoc enim in negotio & tua vtilitas vertitur: quia sub vsuris credis, & mea, quia credis in rem meam. Depositarius autem non est ex horum hominum numero: neque enim administrandum gerendumve, quicquam suscipit. Itaque non eadem omnino ratio interuenit in iudicio mandati, negotiorum gestorum, tutelæ, quæ interuenit in deposito: verum quæ ratio efficit, vt in depositi actione dolus dumtaxat veniat, eadem nonnunquam etiam in commodati iudicio idem efficit, vt si non commodatarij, aut vtriusque, vt posui supra, sed commodantis tantum vtilitas in commodato versetur, vt in specie *l. 5. §. interdum, commod.* Si roganti quis sponsæ suæ vel vxori commodauerit vestimenta sua, quo honestius culta ad se deduceretur: vel si prætor ludos editurus, scenicis rogantibus, vestimenta scenica commodauerit, hoc casu solius commodantis vtilitas versatur: nec quicquam hoc casu distat commodatum a deposito. In vtroque venit dolus duntaxat: contra quæ ratio efficit, vt in mandato, tutela, negotio gesto, dolus & culpa veniant, nempe, quia id in se recepisse & conuenisse videntur, qui vltro se offerunt ne-

gotiis alienis, vel qui rogati, aut coacti negotia aliena gerenda suscipiunt, fide interposita, ea bene gerendi, & plerumque satisdatione rem dominis saluam fore. Eadem ratio locum habet in deposito, videlicet si conueniatur, vt culpam depositarius præstet, *l.* 1. §. *si conuenit, depos.* vel si quis vltro interrogatus se deposito accipiendo offerat, eam culpam hic præstabit, quia affectauit rem apud se deponi, quique auctor fuit prior depositum apud se collocandi, *d. l.* 1. §. *sæpe euenit & cap.* 2. *extra, depositi*. Tunc dolus duntaxat venit in depositum, cũ quis vltro deposuit apud amicum, qui se prior deposito suscipiendo non obtulerat. Et hæc quidem distinctio, quæ seruatur in accipiente rem quæ datur solius dantis causa. Hæc, inquam, distinctio solius nempe, vt ei, cui data sit res custodienda incogitanti, nec se offerenti deposito, non incumbat onus reddendæ rationis, si quid culpa eius accidit, absque dolo malo, & videtur vt dolum dumtaxat præstet. Si autem affectanti rem apud se deponi, & se offerenti deposito, vt tunc præstet dolum, & culpam. Hæc, inquam, distinctio seruatur etiam contraria ratione in dante rem solius accipientis causa, nimirum: vt si quis roganti rem suam dederit vtendam, commodatarius præstet dolum & culpam. Si vero vltro rem suam non roganti commodauerit, tum commodatarius præstet dolum duntaxat, *d.l.* 5. §. *interdum*, in quo §. nota tres casus poni, in quibus commodatarius dolum præstat duntaxat. Primus si ita conuenerit, secundus, si sua duntaxat causa commodauerit, tertius etsi vltro non rogatus. Et hæc sufficiunt de prima differentia inter commodatum & depositum. Secunda est: in iudicio depositi, suo nomine damnatus infamis est *l.* 1. *C. depos.* quia non damnatur, nisi propter dolum malum, quæ damnatio, propter quam est dolus malus, nunquam non irrogat infamiam. Iudicio autem commodati damnatus, quia propter culpam damnatur, infamis non est: ita Modest. scripsit. Ex quo sequitur, iudicio commodati damnatum propter dolum, si ita conuenerit, esse infamem perinde ac si damnatus esset actione de dolo, quam constat esse turpem, & famosam: quia & actio de dolo inest actioni commodati, quocumque bonæ fidei iudicio dolus vindicatur. Quæcunque est actio bonæ fidei, eadem etiam dicitur malæ fidei apud Ciceronem, id est, de dolo malo. Ergo omnis actio bonæ fidei irrogat infamiam, si reus damnatur ob dolum, non, si ob culpam. Et ideo summa meraque ratione præsumitur & in cæteris omnibus iudiciis, quæ ex edicto prætoris famosa non sunt, hanc distinctionem esse seruandam, vt non sint quidem famosa ob culpam, ob dolum sint famosa, quod a Modest. proditum est de act. commodati. Ita de actione suspecti tutoris & curatoris est expressum in *l. vlt. C. de susp. tut.* vt sit ob dolum famosa, non ob culpam. Et sane ob leuem culpam infamem fieri quemquam, imprudentem, stolidum, simplicem hominem, perquam durum & inhumanum est, neque etiam edicto prætoris de infamibus receptum, id est, in iudiciis, in quibus est dolus & culpa, præterquam quæ sequuntur, tutelæ, mandati, pro socio, & olim in iudicio fiduciæ. Hæc iudicia ob eam rem dicuntur esse *summæ existimationis* a Cicerone. Ex causa horum iudiciorum omnem culpam, tametsi in minimis rebus admissam, sine vlla specie doli mali, inurere infamiam. Et ita indistincte esse expressum edicto, vt ex his causis damnati infames fiant, siue ob dolum, siue ob culpam sint damnati. Tertia differentia exstat in hac l. 23. aut per eam adsignificatur, si directa actione depositi conueniatur is, apud quem sunt deposita mancipia, vel iumenta, cibariorum, siuæ præbuit illis dum apud eum erant, nomine, apud eundem iudicem experiatur vtiliter, vt scilicet recipiat a depositore impensas cibariorum, & experiatur non quidem opposita compensatione, quia compensatio in actione depositi non admittitur, §. *in bonæ fidei, Instit. de actionib.* quod etiam nominatim Paulus scribit 2. *Sententiar. tit. de depos.* sed experietur instituta actione depositi contraria. apud quem? apud eundem iudicem, apud quem conuentus est directa actione depositi. Glos. perperam, *vel apud alium*, ne dominus in hanc rem sumpto alio iudice, nimium destringatur, cum res possit definiri apud eundem iudicem?, *l.* 22. *de iudic. l.* 1. *&* 2. *de quib. reb. ad eund. iud. eat. l.* 6. *C. arbitr. tut. l. ordinarij, C. de rei vindic. l. nulli, C. de iudic.* Experietur ergo apud eundem iudicem cibariorum nomine contraria actione depositi. Adde, vel etiam retinebit hominem depositum, quoad ei reddantur cibariorum impensæ: nam ob impensas factas in rem depositam, etiamsi non habeat compensationem, depositarius, habet tamen retentionem rei depositæ, vt ex eodem Modest. paulo post demonstrabimus. Et hoc quidem ita se habet in deposito. Denique, hæc est sententia huius legis, cui subiecit statim hoc loco, sed integro libro Modestinus, aliud seruari in commodato: nam commodatarius cibariorum nomine, quæ præbuit seruo vel iumento commodata improbe intentat actionem: quia naturali ratione cibariorum impensæ ad eum pertinent, qui seruo vel iumento vtitur, *l.* 18. §. *possunt, commod. l. sicut, de vsufr.* Et subiecit Modestin. quod in *d.* §. *possunt*, proponitur, necessarias tamen & maiores impensas commodatarium iure persequi, quas forte in ægrum vel alias laborantem seruum commodatum impendit. Maiores, non modicas, & impensas valetudinis esse necessarias, ostendit lex 2. *de impens. in reb. dotal. fact.* Non omittam in h. l. 23. hæc verba, *seruo constituto*, quæ non sunt apud Licinium ex Modestino hanc differentiam referentem, videri addita a Glossatore quodam, vt intelligeremus Modestinum loqui de seruo deposito, cui cibaria præbita sint, quæ simpliciter præbita dicuntur, de quo etiam procul dubio sensit Modestinus, sed sensit etiam de animali bruto quocunque. Nec debuit illius Gloss. conditor existimare, cibaria dici tantum de hominibus, quæ dicuntur etiam de brutis in *l.* 3. §. *simili, de pen. legat.* Nec igitur hæc ei fuit iusta causa supplendi illa verba, *seruo constituto*, cum & de bruto idem dici possit. Quarta differentia inter commodatum & depositum. si res deposita surripiatur, solus dominus habet furti actionem, quia hæc actio datur ei, cuius interest, siue sit dominus, siue non: datur domino, non quod sit dominus, sed quod eius interest, principaliter rem non esse surreptam. Solus, inquam, habet furti actionem, quamvis ob impensas in rem factas, etiam depositarij intersit rem retinere, quia etiam interest depositarij rem saluam esse si dolo caret, quia ex doli tantum causæ obstringitur, non culpæ, *l. enim qui*, §. *is autem, de furt.* Itaque soli domino competit actio furti si res deposita subripiatur, non depositario. At si res commodata subripiatur, quam ob rem commodatarius domino tenetur culpæ nomine, quod rem seruarit negligentius. Furtum enim non est casus fortuitus, sed casus qui semper imputatur patrifam. Rapina, vis est casus fortuitus, quia ei resisti non potest. Idcirco, quia commodatarius ex hac causa obligatur domino, & ideo eius maxime interest, rem non subripi: furti actionem habet aduersus furem, si modo soluendo sit. Ipse autem commodatarius, qui est soluendo, domino tenetur commodati, sed si soluendo non sit, siue in partem tantum soluendo sit, quia inanis est actio in totum, vel pro parte quam dominus habet aduersus commodatarium, tunc soli domino competit hæc actio furti, quod etiam Iustinianus retulit in *l. vlt. C. de furt.* ex iure veteri. Et alio tamen modo definit, nimirum, quod paucis perstringam, sublata illa distinctione, *Vtrum commodatarius sit soluendo, an non.* & domino qui rem commodauit permissa electione, vt vel cum commodatario agat commodati, & dimittat furem: quo casu commodatario in furem est actio furti: an vero dimisso commodatario cum fure agat furti actione, hoc est nouum ius Iustiniani, *d. l. vlt.* Vltima differentia hæc est: Actio commodati semper competit in simplum: actio depositi olim ex l. XII. Tab. dabatur in duplum, vt ex Paulo 2. Sentent. refert idem Licinius: in inficiantem scilicet. hodie ex edicto prætoris actio depositi datur in simplum regulariter. Ex iis casibus qui sequuntur in duplum, puta, si res deponatur fracta, & turbata ruinæ causa, vel naufragii repentini,

pentini, vel incendij, vel tumultus; *l. 1. §. merito, depos. & in inficiatorem tantum*, §. *sed furti*, *Instit. de actionibus.* Et ratio redditur in *d.* §. *merito*, quia ex iis causis ruinæ, incendij, naufragij, tumultus, res deponitur ex necessitate potius, quam ex voluntate: rapto tempore potius quam accepto. Et ideo crescit perfidiæ & inficiationis crimen, si fidem frangat ei, qui rem ex necessitate quadam tumultuatim apud eum deponere coactus est; & grauius coercenda. Quinctilian. declamat. 245. *Depositum*, inquit, *hoc eo magis vindicandum est, quod fere secretum sit, citra probationem*, quod sane fidem habeamus ei, apud quem deponimus, vt non immerito iure XII. Tabul. fuerit in omni causa vindicata inficiatio & perfidia depositarij actione in duplum.

Ad l. 20. Non tantum dotis nomine, de re iudic. & effectu sentent. & de interlocut.

L. 20. Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur: sed ex aliis quoque contractibus ab vxore iudicio conuentus in quantum facere potest, condemnandus est ex D. Pij constitutione. Quod & in persona mulieris æqua lance seruari, æquitatis suggerit ratio.

HÆc l. ostendit vel subindicat hanc quoque differentiam tradidisse Modestinum, quæ versatur inter eas personas, quæ eius conditionis sunt, vt a certis quibusdam personis, quibus obligatæ sunt non in solidum, sed in id dumtaxat, quod facere possunt conueniri, & condemnari possint, quales sunt parens, patronus, maritus, socius, donator, filius exheredatus vel emancipatus, vel qui se paterna hereditate abstinuit: hi namque omnes, vel aduersus filium, vel nepotem, ceterosque liberos, & aduersus libertum, vxorem, socium, donatorem, creditorem, cum quo aliquis contraxit, priusquam sui iuris fieret, hoc habent priuilegium, vt in id dumtaxat, quod facere possunt, conueniantur, & condemnentur, exigantur. Ac primum quidem docuit Modestinus hoc lib. maritum, quo cum agit mulier, in id dumtaxat quod facultates eius ferre possunt, conueniri & condemnari: non in integrum debitum: nempe siue mulier agat de dote, vt *l. 17. hoc tit.* siue ex aliis quibuscumque contractibus, vt in hac l. 20. Modestinus ostendit: *Si mulier cum marito de dote agat*, hoc est, ex iure antiquo, & natura actionis rei vxoriæ, vt non damnetur maritus, nisi quatenus eius facultates patiantur, §. *cum autem, C. de rei vxor. act.* Si mulier agat cum marito ex aliis contractibus idem beneficium marito datur ex constitutione D. Pij, vt hoc loco Modestinus refert: qui locus est singularis in hanc rem. Nam ante eam constitutionem non habuit hoc beneficium maritus, nisi cum mulier ab eo dotem repetebat soluto matrimonio, vel constante matrimonio, quibus scilicet casibus constante matrimonio dotis repetitio est: sed ex constitutione D. Pij, & ex aliis quibuscunque causis, muliere agente cum marito, idem beneficium marito datur, ne exigatur acerbe, nec supra quam facere possit. Recte autem ait, *ex aliis quoque contractibus.* Nam ex delictis maritum mulier condemnat in solidum, *l. 52. hoc tit. l. 21. §. vlt. rer. amot.* Et ex contractibus non omnibus quidem maritus ab vxore conuentus, in quantum facere potest condemnandus est, sed ex his tantum qui initi sunt inter virum & vxorem constante matrimonio. Nam ex contractibus habitis post diuortium, post solutum matrimonium, recte Albericus sentit hoc casu, virum tanquam extraneum soluta societate per diuortium, vxori damnari in solidum, ex *l. diuortio, de negot. gest.* quæ hoc probat euidenter. Et similiter filius exheredatus, vel emancipatus ex his tantum contractibus, in quantum facere potest, condemnatur, qui cum eo contracti sunt, cum esset in potestate patris, non si conueniatur eius rei nomine, de qua cum eo contractum est postquam sui iuris effectus est, *l. 3. sup. quod cum eo, l. 5. ad Senatusc. Macedon.* Et prope simili modo maritus si conueniatur ex contractibus habitis post diuortium, damnabitur in solidum: si ex contractibus habitis manente matrimonio, non nisi quatenus facere potuit. Sed addenda est exceptio, nisi contractus habitus post solutum matrimonium, sit appendix, siue accessio obligationis principalis contractæ in matrimonio, vt si diuortio facto, constituerit vir se mulieri soluturum, quod in matrimonio mulieri debere cœperat, *l. 3. de constit. pecunia.* Constitutum est accessio principalis obligationis, & naturam principalis obligationis sequitur. Spectatur scilicet causa & origo constitutæ pecuniæ potius, quam iudicij de constituta pecunia rigor, & potestas, quod non cœpit nisi post diuortium, *l. qui id, quod, de donat.* Idem Albericus, reiecta Glossa rectissime notat, hoc beneficium marito dari non tantum si constante matrimonio, de dote, quod potest certis casibus, non tantum igitur si constante matrimonio de dote, vel de aliis contractibus conueniatur, qui modo etiam initium cœperint constante matrimonio, sed etiam si conueniatur ex iisdem causis post solutum matrimonium, quod memoria & honor prioris matrimonij quo obligatio contracta est, exposcit. Et hoc quidem est præcipue, quod Modestinus proponit in hac lege. Verum in extremo legis, meo quidem iudicio, Tribonianus hæc appinxit verba: *Quod & in persona mulieris æqua lance seruari, æquitatis suggerit ratio.* Tribonianus, inquam, cuius verba vt secernere possimus a verbis legum & iuris auctorum, longus vsus & meditatio fecit, efficitque, vt, quod quidam ait, legitimum sonum digitis monstremus. hæc verba non habent legitimum sensum. Ex sententia igitur Triboniani siue Iustiniani quemadmodum ab vxore maritus nulla ex causa, quæ modo cœperit in matrimonio, condemnari potest, supra quam facere possit, ita nec vxor, quamvis ratio, quæ hoc induxit in viro, nempe reuerentia quæ ei exhibenda est, *l. alia §. vlt. soluto matrim.* cesset in vxore, cui ea reuerentia non debetur. Itaque non video, quæ sit *æquitatis ratio*, quam suggessisse hic dicit, cum non sit æqualis vtriusque reuerentia. Forte nec a Triboniano hæc verba sunt addita, quod facile crediderim, quia & a Basilicis absunt, quod notandum est. Certe Abbas Vrspergensis affirmat iis libris, qui Irnerio curante luci restituti sunt imperante Lothario Saxone, Irnerium multa de suo adiecisse. Verum, quod ad rem ipsam attinet, inter Iurisconsultos fuit controuersia, An mulier, quæ conueniretur a marito ex promissione dotis, idem beneficium haberet quod maritus, ne condemnetur vltra facultatis, *l. ex diuerso, solut. matrimon.* hoc colore, quod sit socia communis vitæ, *l. 1. rer. amot. l. 52. hoc tit. l. 4. C. de crim. expil. heredit.* non posse, inquam, vxorem conueniri ex causa, quæ ex illa societate vitæ dependerit: ex causa dictæ vel promissæ dotis, non posse, inquam, conueniri ex illa causa quæ pendet ex illa societate vltra quam facere possit: ex aliis vero causis, quæ non ex illa societate proficiscuntur, vel non ad illam respiciunt, etiam eam non condemnari agente marito supra opes & facultates suas, nusquam est proditum, nisi hoc vno loco suspecto. Verum, quæ ratio efficit, vt nulla ex causa, quæ originem cœperit in matrimonij causa, maritus ab vxore conueniatur in solidum, si soluendo non sit, nempe honor & reuerentia ei debita, quæ cessat in vxore: eadem quoque ratio id efficit in parentibus & patronis vtriusque sexus, quia & has personas liberos & libertos venerari oportet. Itaque nulla ex causa, eas conueniri & condemnari posse supra facultates. Donator autem, quod est alterum membrum differentiæ, cui non debetur reuerentia, idem priuilegium non habet, nisi cum ex causa donationis conuenitur: hoc solo casu non damnatur vltra quam facere possit, *l. prox. §. vlt. sup.* non si conueniatur vt debitor ex alia causa aliove contractu, quod donationis causa stipulanti promisit, ab eo auare non exigitur: sed pro modo tantum facultatum eius, ita vt ne egeat, vt ei relinquatur quod victui suppetat, quod tamen ex alia causa debet, eo nomine conuenitur, & exigitur in solidum. Et donatori similis est socius, qui

etiam hoc priuilegio vtitur, si actione pro socio, tanquam socius conueniatur, *l.* 10. *hoc tit.* Vnde apparet satis inter eas personas, quæ hoc beneficium habent, ne condemnentur supra facultates, aliquam existere distantiam: alij hoc habent, ne vlla ex causa condemnentur, vlloue contractu, alij habent ex vna causa tantum, donationis, aut societatis. Est & alia differentia inter donatorem & maritum, ceterosque omnes, qui idem beneficium habent, quod solus donator ex causa donationis conuenitur, deducto & detracto omni ære alieno, quod aliis ex dissimili causa debet, id est, eo omni ære alieno in primis detracto, æstimatur quantum resideat in bonis donatoris, quantumque facere possit, vt pro residui tantum modo ex donationis causa condemnetur, *d. l. prox.* §. *vlt. sup.* Maritus autem, & reliqui, qui idem beneficium habent, veluti socius, patronus, parens, vel filius emancipatus, nullo deducto ære alieno, conueniuntur, & occupantis agere melior conditio est, nisi aliquis postea priuilegiarius existat, qui præferri desideret, & prior ad suum commodum peruenire, *l. & exheredatum* 49. *inf. h. t. l. maritus, sol. matrim. l.* 3. *quod cum eo qui in aliena est pot.* solus hoc donator habet, non ceteri. Pinguius succurritur donatori quam marito, vel parenti, vel cui alij vero debitori, ne donator ex sua liberalitate inops fieri periclitetur, *l.* 50. *de re iudic.* ne ei bene merenti sit malo sua benignitas, quæ vtique ei esset maximo malo, si occupante agere donatario ipsi prius satisfacere cogeretur, quam veris creditoribus: neque donator verus est debitor, neque donatarius verus creditor. Et hæ quidem sunt differentiæ, quæ inter has personas intercedunt, quas ducto argumento ex hac l. 20. licet affirmare omnes hoc libro tractasse Modestinum.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,
Recitationes solemnes
In Librum III. Differentiarum Herennij Modestini.

Ad ll. Si vsusfructus, 21. Quibus modis vsusfructus vel vsus amitt. L. Iurisiurandi, 32. De iureiur. siue volunt. siue necess. siue iudic.

L. 21. *Si vsusfructus ciuitati legetur, & aratrum in ea inducatur, ciuitas esse desinit, vt passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere vsumfructum.*

L. 32. *Iurisiurandi gratiam facere pupillus non potest.*

VNA tantum est, quæ propriè respublica dicitur, Romana scilicet. Ceteræ ciuitates: vel, quod idem est cetera municipia respubl. per abusionem dicuntur, quia loco priuatorum habentur, vt ait nominatim *l. eum qui, de verb. signif. Ciuitates loco priuatorum habentur:* loco pupillorum, *leg. penult. C. de iure reipublicæ lib.* 11. loco infantium, *l. ergo, in fin. ex quib. causis maior.* 25. *ann.* loco minorum, *l. penult. C. eod. tit.* Certe in plerisque causis commune ius est ciuitatum & priuatorum, quas causas hoc libro exposuisse Modestinum verisimile est: nam iis libris non distantias tantum: sed etiam proximitates, communitates, affinitates rerum & personarum exposuit, vt didicimus *in lib.* 1. *l.* 40. *de adoptionibus.* In plerisque causis idem ius est ciuitatum & priuatorum: vt in obtinenda restitutione in integrum, vt supradictæ leges ostendunt, vt *l.* 8. *l.* 26. *l. penult. ex quibus causis maior.* Idem ius est ciuitatum & priuatorum in causa immunitatis, quam non magis habent qui conducunt vectigalia ciuitatum, quam qui conducunt vectigalia priuatorum, *l.* 15. §. *qui vectigalia conduxit, de excus. tut.* Et quod in priuatorum defensionibus obseruatur, vt quilibet extraneus admittatur ad defensionem absentis, etiam sine mandato: non tamen sine satisdatione: Idem obseruatur in ciuitatum defensionibus. Et hæc sunt verba, *l.* 1. §. *vlt. quod cuiusq. vniuers. nomine.* Et vt pupillus aduersus sententiam dictam pro libertate in integrum restitui non potest, ita nec ciuitas, *l.* 9. *de appellat.* Et quæ præscriptio obstat pupillo, vel generaliter, quæ præscriptio temporis obstat priuatis, obstat etiam ciuitatibus, *l.* 1. *C. de præscript. longi temporis, l. si mater C. ne de statu defunctorum.* Et vt contra pupillum indefensum dicta sententia nihil momenti habet, *l. contra, de re iudicata:* ita nec dicta contra ciuitatem indefensam, *l.* 1. *C. de iure reipubl.* Et vt in pupillorum, sic in ciuitatum venditionibus Ædilitium edictum locum habet, *l.* 1. §. *illud, de ædil. edict.* Adde & hanc communitatem: Pupillus iusiurandum quod aduersario detulit tutore auctore, *vt leg.* 17. §. 1. *de iureiurando*, quodve tutor pupilli nomine detulit deficientibus probationibus *vt l.* 35. *eod. tit.* delati, inquam, *iurisiurandi*, eo modo quo diximus, *pupillus gratiam facere non potest, vt ait l.* 32. *hoc tit. lib.* 3. Modestini, id est, iusiurandum pupillus, ei cui delatum est, aduersario suo remittere non potest, ne tutore quidem auctore, vt Gloss. sentit recte, quia ea gratia, siue remissio donationis instar obtinet. Et tutor donator, vel auctor donandi esse non potest, *l. Lucius,* 2. §. *vlt. inf. de adminiſtr. tutor. l. non omni, C. eod. titulo.* Theophilus hoc ipso loco addit etiam hanc rationem: quia vix tutori licet iusiurandum deferre aduersario pupilli: neque enim ei licet, nisi deficientibus omnibus probationibus, in summa penuria, vel angustia probationum, *d. l.* 35. vnde consequens est, vel consentaneum, nec tutorem auctorem esse posse remittendi semel delati iurisiurandi: cuius non est deferre nec eius est remittere. Et cum hoc Modestinus scripsisset, puto eum adiecisse exemplo tutoris & pupilli, etiam defensorem ciuitatis, administratorem rerum ciuitatis, quod detulit, id ei nominatim mandante ciuitate, vt exigit *l.* 34. §. 1. *eod. tit. de iur.* Et vt ibi Glos. supplet recte, *deficientibus omnibus probationibus*, exemplo tutoris, eius, inquam, iurisiurandi gratiam facere non posse. Nam & ita *l. præses, C. de transactionibus*, ciuitati non nocere gratiam administratoris. verum in aliis quoque multis causis docuit hoc ipso loco Modestinus, longo interuallo dissitas esse ciuitates a priuatis hominibus: ciuitatibus vsuræ pecuniarum creditarum debentur etiam ex pacto nudo, *l. etiam ex nudo* 30. *de vsuris.* priuatis non debentur nisi ex stipulatione, *l. Titio, de præscriptis verbis, l.* 3. *C. de vsur.* Annua ciuitati relicta in perpetuum debentur, *l.* 6. *l.* 20. §. 1. *l. pen. de annu. legat.* priuato relicta annua, vel in annos singulos, morte legatarij finiuntur, etiamsi non vice alimentorum relicta sint, *l. Gaius, eod. tit.* Vsusfructus, qui ad priuatum hominem spectat, morte eius finitur, quia personale ius est. vsusfructus autem ciuitati relictus non morte, sed quasi morte finitur vt Modestinus ex hoc libro 3. tradidit in *l.* 21. *quib. mod. vsusfruct. amitt.* & vtitur hoc exemplo: si aratrum in ciuitatem inducatur, (hostile scilicet) vt passa est Chartago, Numantia, Saguntum, & pleræque aliæ ciuitates: ciuitas aratro conditur, aratro quoque diruitur, & extinguitur: aratrum quasi mors est ciuitatis. Eo modo quasi morte, finitur vsusfructus ciuitati relictus siue legatus. Itemque spatio centum annorum, vt in *l.* 8. *de vsufruct. leg.* Præterea omnis ciuitas creditrix habet priuilegium exactionis, id est, præfertur ceteris creditoribus in act. person. *l. pen. de reb. auctorit. iud. possid. siue de priuilegiis creditorum, l.* 13. *C. qui pot. in pign.* non etiam omnis priuatus creditor. Paucissimi sunt priuati creditores priuilegiarij. Priuatus, cum quo testamenti factio est, heres institui potest. Quis hoc non scit? non etiam ciuitas: quia incertum corpus est: nisi a libertis suis ex Senatusconsulto, *l.* 1. *C. de libertis vniuers.* Sed posterioribus constitutionibus & ciuitas

tas a quibuſcunque heres inſtitui poteſt ſublato iure veteri, *l. hereditatis, C. de hered. inſt.* & poſtremo, res ciuitatum vſucapi non poſſunt, *l. vſucapione, de vſurp. & vſuc.* res priuatorum vſucapi poſſunt.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,
Recitationes ſolemnes
In Librum IV. Differentiarum Herennij Modeſtini.

Ad l. 14. de ſponſalibus. l. 32. ad municipalem, & de incolis. l. 4. de legit. tut. l. 9. de pollicitat.

L. 14. In ſponſalibus contrahendis ætas contrahentium definita non eſt, vt in matrimoniis. quapropter & a primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt, ſi modo id fieri ab vtraque perſona intelligatur, id eſt, ſi non ſint minores quam ſeptem annis.

L. 32. Ea quæ deſponſa eſt, ante contractas nuptias, ſuum non mutat domicilium.

L. 4. Quo defuncto, ſi liberi perfectæ ætatis exiſtant, fiduciarij tutores fratris vel ſororis efficiuntur.

L. 9. Ex pollicitatione, quam quis ob honorem apud rempublicam fecit, ipſum quidem omnimodo in ſolidum teneri, heredem vero eius, ob honorem quidem facta promiſſione, in ſolidum: ob id vero, quod opus promiſſum cœptum eſt, ſi bona liberalitati ſoluendo non fuerint: extraneum heredem in quintam partem patrimonij defuncti, liberos in decimam teneri, Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt. ſed & ipſum donatorem pauperem factum, ex promiſſione operis cœpti quintam partem patrimonij ſui debere, Diuus Pius conſtituit.

LIbro 4. docet Modeſt. quib. ex cauſis ſeparentur ſponſalia a nuptiis. Multa nuptiæ & ſponſalia inter ſe communia habent, alioquin ineptum eſſet, nauare operam in explicandis negotiorum differentiis, qæ nihil inter ſe commune habent, aut finitimum. Nudus conſenſus & ſponſalia efficit, & nuptias. In vtroque negotio exigitur conſenſus eorum, in quorum poteſtate ſunt ij, qui nuptias inter ſe vel ſponſalia conſtituunt: quæ cauſæ ſunt impedimento nuptiis, ſunt etiam impedimento ſponſalibus: & hæc omnia oſtenduntur in *l. 4. 7. 15. 16. de ſponſal.* Item ſponſa non minus quam nupta iure mariti accuſari poteſt *l. Iul. de adul. l. ſi vxor §. Diuus, & §. ſi minor, ad l. Iuliam, de adult. l. propter, C. eod.* & retro inter ſponſalia & nuptias differentiæ exiſtunt quamplurimæ. Ac primo docet Modeſtinus in *l. 14. de ſponſal.* quæ eſt ex hoc libr. 4. in matrimoniis contrahendis eſſe definitam certam ætatem, nimirum in mare 14. in fœminis 12. annorum completorum, exactorum, ita vt ille attigerit 15. illa 13. Et definita hæc ætas eſt, vt opinor, ſub Auguſto. ll. Iulia & Papia: haſque ll. intelligere Macrobius in ſom. Scipionis videtur: dum ait, *fœminas propter votorum feſtinationem, quam mares biennio maturius tutela liberari,* id eſt, Iulia & Papia: in ſponſalibus autem ætatem definitam non eſſe, & a primordio ætatis, inquit, id eſt, a prima ætate, quæ eſt pueritia, quandocumque ſponſalia contrahi poterunt, nec exſpectari ætatem definitam in nuptiis, modo qui ſponſalia contrahunt, non ſint minores quam 7. annis, id eſt, modo non ſint infantes, Nam infantes non intelligunt quid agunt. Sed additur exceptio: Nou. Leonis 109. niſi veniam a principe impetrauerint: venia petita a principe etiam deſpondere infantem, non aliter. Et, *veniam,* eleganter, aut potius ſingulariter vocat, quod vulgus *diſpenſationem.* Nam & vox illa ſignificat non tantum diſpenſationem rei familiaris, ſed etiam veniam: & quam idiotiſmus vocat diſpenſationem, dabatur ea a principibus, non a pontificibus: quas omnes tamen pontifices ſibi vindicarunt, magnumque inde arcæ ſuæ quæſtum adquiſierunt. Poſſet tentari in ſponſalibus etiam ll. Iulia & Papia definitam ætatem eſſe, ſicut in nuptiis: quandoquidem Suetonius in Auguſto, *c. 34.* & Dio *lib. 54.* auctores ſunt his ll. Iulia ſcil. & Papia, Auguſtum tempus ſponſas habendi coarctaſſe, & conſtituiſſe, ne quis ſponſas minores 10. annis haberet. Sed hoc vulgo non intelligitur quid ſit: hoc, inquam, quod ita illi auctores ſcribunt, non hoc ſignificat ll. illis fuiſſe definitam ſponſalibus certam ætatem: ſed hæc eſt mens auctorum, quod & verba Dionis ſatis abunde declarant, cum ll. Iulia & Papia cœlibatui multæ eſſent indictæ pœnæ, quæ poſtea ſublatæ ſunt *C. de inf. pœn. cœlib.* pleroſque in fraudem legum puellas ſibi deſpondiſſe, ne cœlibum numero haberentur, qui nuptiarum iam per ſponſalia ſpem facerent: quos nec habitos cœlibum numero credibile eſt, imo maritorum potius. i. ſponſos habitos, pro maritis, ſicut *l. pen. de militar. teſtam. cingendis* habet pro *cinctis,* ſic *ſponſos habitos,* pro maritis, qui tamen ſponſi, quod poſt ſponſalia contracta differrent nuptias in longum tempus, ne hoc facerent amplius, & ita vim legis eluderent: iiſdem legibus cautum eſt, vt ſi quidem vellent euitare cœlibatus pœnas, quas ſibi deſpondiſſent, ducerent vxores domum intra biennium; id eſt, ſponſi, qui deſpondiſſent minorem decennio, non haberentur pro maritis. Sponſi qui ſibi deſpondiſſent decennem, interim pro maritis haberentur, ſi modo legitimo tempore eam vxorem ducerent, id eſt, biennio poſt. Non vetuit Auguſtus ſponſalia contrahi ante decennium, quæ ſtatim ab infantia completa contrahi ſemper potuerunt, ſed vetuit ſponſos haberi pro maritis alios, quam qui deſpondiſſent ſibi, quam poſſent vxorem ducere biennio poſt. Denique cenſuit hac in re, cum puella, quæ exceſſit infantiam, ſtatim atque eam exceſſit. contracta ſponſalia eſſe quidem legitima, ſed immatura: vnde & Sueton. illo loco ait, recte Auguſtum coarctaſſe tempus habendi ſponſas. i. diu habendi non ſequente matrimonio, cum ſentiret inquit, immaturitate ſponſalium, ſic legendum omnino, non ſponſarum, vim legis eludi, & fraudem l. Iuliæ & Papiæ fieri, vt autem *immatura ſponſalia* Suetonius dixit, quæ fiunt intra decennium vel quæ quis contrahit cum minore decennio, ita immaturas nuptias, quæ fiunt intra annum luctus, *l. 1. C. de ſecundis nuptiis,* &, quod idem eſt, Nouella 22. de nuptiis, ἄωροι γάμοι. Plinius 4. epiſtol, *Nuptias lugentis, nuptias ſenis: quorum alterum immaturum, alterum ſerum eſt.* Apuleius 8. Mileſia: *Ne immaturitate nuptiarum, indignatione iuſta mores acerbos mariti ſuſcitemus:* quod etiam Dio ll. Iulia & Papia cautum ait, ne ſponſalia trahat vltra biennium, qui volet frui præmiis maritorum, & euitare pœnas cœlibum: Idem confirmat *l. pen. hoc tit.* cuius inſcriptio etiam eſt ad l. Iuliam & Papiam: a qua legis definitione excipit vnum caſum: ſi qua iuſta & neceſſaria cauſa: veluti valetudo ſponſi ſponſæve, aut mors parentis, aut capitalis cauſa, aut peregrinatio, quam obire neceſſe ſit, compellat ſponſalia protrahere vltra biennium, triennium, vel quadriennium, vel etiam vltra annum: videlicet, cum quis deſpondit puellam vndecim annorum: nam interueniente iuſta cauſa, non deſinit interim ſponſus haberi pro marito: quæ omnia ſumme notanda ſunt. Ex quibus ſatis intelligimus veriſſimum eſſe, quod in hac l. 14, Modeſtinus ait, *definitam non eſſe ætatem in ſponſalib.* Adiecit etiam aliam differentiam inter ſponſalia & nuptias, in *l. 32. ad municip.* quæ eſt etiam ex hoc libro 4. *Nupta domicilium mutat, non ſponſa:* quia ſtatim ſequitur domicilium, forum, patriam mariti, *l. exigere, de iudic. l. 13. C. de dignit. libr. 12.* idque domicilium etiam poſt mortem mariti vidua retinet, *l. filij §. 1. ad municipal.* Seruius in illum locum Virgilij:

Et patriam Andromachen iterum ceſſiſſe marito,

Secundum ius locutus eſt: quia vxor viri domicilium ſequitur. Domicilium viri eſt domicilium matrimonij, *l. 5.*

de ritu nupt. l. 1. *§. domum, de liber. agnoſc.* at ſponſa nondum ante contractas nuptias mutat domicilium. Adiecerat, mea quidem ſententia, etiam alias differentias Modeſtinus: puta, patrem, in cuius poteſtate puella eſt, ſponſalia diſſoluere poſſe, non nuptias, *l.* 10. *de ſponſal. l.* 11. *C. de nupt. l. diſſentientis, C. de repud.* In nuptiis. teſtationem eſſe neceſſariam, *l.* 4. *de fide inſtrument.* ſicut in concubinatu: quæ coniunctio nuptias imitatur, & honeſta & legitima olim fuit. Concubina vxoris loco erat: & conſtat neceſſariam eſſe teſtationem, *l.* 3. *de concubin.* In ſponſalibus autem non eſt neceſſaria teſtatio, *l.* 6. *de ſponſalib.* Ac præterea nuptam defunctum lugere maritum: & eam, quæ maritum non luxerit, ex edicto prætoris infamia notari. Sponſam non lugere ſponſum, *l.* 9. *de his, qui not. infam.* hic honos debetur marito, non ſponſæ. Expoſuit hoc libro Modeſt, quid diſtaret parens a patrono: ac primum quidem in *l.* 4. *de legit. tut.* liberos parentis, qui filium aut nepotem impuberem manumiſerit, parente defuncto impuberis eſſe fiduciarios tutores non legitimos, *d. l.* 4. Contra & liberos patroni defuncto patrono eſſe legitimos, non fiduciarios tutores libertorum patronorum impuberum; cuius ſeparationis, ſiue differentiæ probabilis quædam ratio redditur in *tit. de fiduc. tut. Inſtitut.* quod non explicabo, quoniam id repetendum ex iure vetuſtiſſimo. Addamus alias differentias, quæ exiſtunt inter patronos & libertos: ſi quid alienauerit libertus in fraudem patroni minuendæ portionis debitæ verecundiæ patronali, id patronus reuocat actione Fauiana vel Caluiſiana: Fauiana, teſtato liberto. Caluiſiana, inteſtato liberto, *l.* 3. *§. ſi inteſtatus, ſi quid in fraud. patr. l.* 1. *C. eod.* Et hoc quoque ſolum diſcrimen inter Fauianam & Caluiſianam faciunt Græci interpretes ad *l.* 2. *ſi a par. quis manum. ſit.* Contra vero, ſi quid liberi a parente manumiſſi alienauerint in fraudem parentis, parens nullam actionem habet, qua reuocet vel reſcindat alienationem. Et ratio eſt, quæ eſt in *d. l.* quia iniquum eſt, ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem: quæ ratio ad multa poteſt adaptari. At non ita eſt iniquum, libertinis hominibus non eſſe eandem libertatem. Alienabit igitur filius emancipatus bona ſua in fraudem patris: & retro, pater vendet omnia bona ſua in fraudem filij, non etiam donabit, quia obſtat tit. *de inoffic. donat.* non etiam dabit in dotem, quoniam obſtat *tit. de inoffic. dot.* & interim ex eo intelligitur emancipationem & manumiſſionem patris non facere libertum: manumiſſio domini facit libertum, non patris: nam manumiſſus ingenuus manet. Et iniquum eſt ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum adminiſtrationem. Propterea libertates datæ in fraudem patronorum, ipſo iure nullæ ſunt ex l. Ælia Sentia: quod Vlpian. nominatim ſcribit *lib. reg. tit.* 1. & confirmatur *l.* 9. *de liber. cau.* Libertates datæ in fraudem parentum, vel liberorũ omnimodo valent: nuſquam reperies eas vel nullas eſſe, vel reſcindi. Item libertates minuunt portionem debitam parentibus aut liberis, non etiam portionem debitam patronis, *l.* 4. *C. de iure patron.* vbi tollitur hæc differentia: quia vult, vt etiam libertates minuant portionem debitam patronis. Poſtremo, patrono præterito teſtamento liberti, competit tantum bonorum poſſeſſio contra tabulas, vt patrono, vt manumiſſori: parenti autem præterito a filio emancipato, duplici remedio conſulitur, data bonorum poſſeſſione contra tabulas vt manumiſſori, & quaſi patrono, & data querela inofficioſi teſtamenti, vt patri naturali, *l. pater filium, l. filio, §.* 1. *de inoffic. teſt. l.* 1. *§. vlt. ſi a par. quis manumiſſ. l. ſi a milite §. vlt. de milit. teſtam.* Docuit etiam hoc lib. Modeſt. multum intereſſe, vtrum quis ob honorem ſibi decretum, vel decernendum decreto reipublicæ ex pollicitatione teneatur, an vero ſine cauſa ex pollicitatione reipub. teneatur: videlicet ob opus promiſſum, non ob honorem decretum, aut decernendum, ſed vltro promiſſum & liberaliter, quod modo ædificare cœperit. Nam ex pollicitatione non tenetur, qui reipublicæ pollicitus eſt, ſe opus facturum ſine vlla cauſa, aliter quam ſi opus facere cœperit, nam quod cœpit, abſoluere debet. Et docuit hanc eſſe differentiam, quod priori caſu, cum quis ob cauſam reipub. ex pollicitatione tenetur ob honorem decretum, vel decernendum, tam in eum, quam in heredem eius honore decreto, actio datur in ſolidum, poſteriori autem caſu cum quis non ob honorem opus promiſſum reipub. ædificare cœpit, ſi bona liberalitati perſoluendæ non fuerint: ex reſcripto Seueri, ſuos heredes teneri tantum in decimam partem patrimonij, extraneos in quintam, quia & ipſe donator in quintam partem duntaxat tenetur, *ſi, vt ait, pauper factus ſit.* Recte, *ſi pauper,* non egenus, ſi πένης, non πτωχός: non eſt paupertas, habere nihil, ſed eſt egeſtas. Egenus nihil poteſt præſtare: pauper poteſt plerumque præſtare vel quintam partem polliciti. Et hæc differentia proponitur ex Vlpiano *l.* 6. *de pollicitat.* & ex Pomponio in *l. pen. eod. tit.* Et proponitur etiam ex hoc libro 4. Differentt. ex Modeſtino in *l.* 9. *eod.* & ex illa *l.* 9. *& l.* 6. manifeſtum fit in *l. pen.* in ſecunda parte, vbi ita legitur: *ſed ſi quis ob honorem,* legendum eſſe omnino negatiue, *ſed ſi quis non ob honorem.* nam priori parte eadem l. pen. docet, eum qui promiſit opus ſe facturum ob honorem decretum, vel decernendum teneri in ſolidum: deinde ſubiicit, eum, qui non ob honorem promiſit, ſed ſine cauſa, non teneri in ſolidum, ſed in quintam partem patrimonij dumtaxat, heredeſque eius ſimiliter, niſi ſint liberi, qui tenentur in partem decimam tantum. Addamus aliam differentiam: donationis vltro in rempub. collatæ ſine cauſa, non ob honorem, vſuræ non exiguntur, ne ex mora quidem, *l. liberalitatis, de vſur.* quod etiam in donatione obtinet vltro collata in priuatum, *l. eum qui, de donat.* at donationis factæ ex cauſa, & collatæ in rempublicam, veluti ob honorem, vſuræ exiguntur ex tempore moræ. Et ita eſt accipienda *l.* 1. *de pollicitat.* & ita in concordiam adducenda cum *d. l. liberalitatis.* Ratio varietatis in comperto eſt, donator ex cauſa verus debitor eſt, non donator ſine cauſa, *l. & exhered.* 49. *de re iudic.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, Recitationes ſolemnes

In Librum V. Differentiarum Herennij Modeſtini.

Ad leg. ſub diuerſis 51. de condition. & demonſtr.

L. 51. *Sub diuerſis conditionibus diſiunctim poſitis liber eſſe iuſſus, eam conditionem eligere poteſt, quæ ſibi leuior eſſe videbitur, legato vero eo modo relicto, legatarium nouiſſimæ conditioni parere oportet.*

§. 1. *Heredi decem dare iuſſus, & liber eſſe, & heredis heredi dando perueniet ad libertatem: quod non ſimiliter in legatarij perſona cuſtodiri Publicius ſcribit.*

IN hac l. proponit Modeſtinus duas differentias, quibus docet cauſam ſtatuliberi longe diuiſam eſſe a cauſa legatarij conditionalis. vtrique directe & ſub conditione quid datur teſtamento, huic legatum, & illi libertas. Et ſtatulibero quidem adſcriptis diſiunctim variis conditionibus, quæ ſunt in eius poteſtate, veluti, *Stichus liber eſto, ſi Titio decem dederit, aut ſi Capitolium aſcenderit, aut ſi Lutetiam ierit:* Stichus leuiſſimam conditionem. i. faciliorem & commodiorem ſibi eligere, & implere, atque ita ad libertatem peruenire poteſt. Legato autem eo modo relicto: *Lego Titio centum, ſi Caio decem dederit, aut ſi Capitolium aſcenderit,* aut

aut si Alexandriam ierit. Legatarius nouissimæ, id est, nouissimo loco adscriptæ conditioni, quasi nouissimæ voluntati parere debet, si velit consequi legatum. Hæc est differentia inter statuliberum & legatarium conditionalem, quæ proponitur in priori parte huius l. Et confirmatur *l.* 87. *hoc tit. l.* 5. *& l.* 45. *de manumiss. testam.* Posui exemplum in conditionibus quæ sint omnes in potestate statuliberi, nam si conditiones omnes sint collatæ in casum euentumque fortunæ, non est supradictæ electioni locus, quæ statulibero datur: sed si ex constitutionibus adscriptis statulibero, quædam sint in eius potestate, quædam in casu, tunc quoque supradictæ electioni locus est, & vna electa, ex iis quæ sunt in sua potestate, & impleta, statuliber statim ad libertatem peruenire potest. nec necesse habet exspectare eas, quæ sunt collatæ in casum. In legatis, atque etiam in tutelis, id est, tutelarum dationibus (vt definitur in *l.* 5. §. *vlt. de testam. tut.*) longe alia ratione res geritur: nouissimam enim conditionem impleri omnimodo necesse est, siue sit in potestate legatarij, siue in casu, *d. l.* 87. *& l.* 89. *hoc tit.* nec legatario conditionis eligendæ, quam adimpleat, vlla potestas est, etiamsi legatum ei sit relictum disiunctim sub diuersis conditionibus. Electio est statuliberi, non legatarij. Statuliber seruat scripturam testamenti, quæ illud aut illud implendi potestatem facere videtur: & hoc fauor libertatis expressit, qui & alias complures benigniores sententias explicat, vt ait *l. pœnales* 32. *in fi. ad l. Falcidiam.* Legatarius autem seruat voluntatem, quasi videatur testator eam tantum conditionem impleri voluisse, quam adscripsit vltimo loco. Itaque cum quis dat libertatem, vel legatum sub diuersis conditionibus disiunctim, obscura est voluntas testatoris, quia nescimus, volueritne eam solam conditionem impleri, quam nouissimo loco adscripsit, an voluerit permittere statulibero vel legatario electionem implendæ conditionis cuiuslibet, sed hic erit vsui maxime illa regula quæ dicit in obscura manumittentis voluntate fauendum libertati; hinc fit vt electio permittatur statulibero, cum legatario vero stricto iure agatur, vt cogatur implere nouissimam conditionem, siquidem ad legatum peruenire velit. Et hæc de priori differentia. In posteriori parte huius l. Modestinus constituit etiam aliam differentiam inter statuliberum & legatarium conditionalem: statuliber heredi decem dare iussus, hoc modo, *Si heredi decem dederis, liber esto,* dando heredi heredis (quod oportet intelligere in infinitum) ad libertatem peruenire potest, quod est certissimum, *l. cum ita datur* 94. §. *vlt. hoc tit. l.* 6. §. *si filiusfamil.* 4. *l. si peculium* 20. §. *heredi* 4. *l. seruus si heredi* 34. *de statulib.* Legatarius item heredi decem dare iussus, heredi heredis dando, ad legatum peruenire non potest. Primo enim heredi dare dicit, qui directo & principaliter ex iudicio defuncti heres est, non heredi heredis qui & incertus ignotusque fuit testatori, quique non directo sed per successionem heres testatoris est, *l. qui liberis* §. *vlt. de vulgar. & pup. subst. l. sciendum de rer. signif. l. vlt. de leg.* 3. legatarius (ita vt hoc inculcem iterum) heredi 10. dare iussus & legatum capere, heredi heredis dando non posset ad legatum peruenire. Sed addenda est exceptio, *nisi aliter senserit testator:* puta vt & heredi heredis dando, legatarius perueniret ad legatum. Et huius exceptionis sensum refert *d. l. si peculium, §. heredi,* quam etiam ita exprimunt Græci interpretes 40 *βασιλ.* Accursius male. Sensus illius §. est, statuliberum decem heredi dare iussum, heredi heredis dando, liberum fieri, legatarium autem heredi 10. dare iussum, heredi heredis dando, non aliter consequi legatum, quam si id senserit testator. Et ita est accipienda hæc posterior differentia. Ratio prioris differentiæ proficiscitur ex fauore libertatis, posterioris vero differentiæ ratio quam aperit *l. seruus* 34. *de statulib.* hæc est, quia testator, qui statuliberum heredi decem dare iubet, non personam tantum certam demonstrat nempe heredis, sed etiam domini futuri statuliberi. Denique, non tam certæ personæ heredis (quasi non liceret alij dare) dari voluit, quam domino statuliberi, & heres heredis vtique statuliberi, pendente conditione, dominus futurus est) dari domino voluit: dabit igitur quocumque domino vel heredi, vel heredi heredis, vel emptori si heres vendidit statuliberum. Cum autem iubet legatarium dare heredi, personam tantum certam demonstrat cui det, non qualitatem personæ. Conditio igitur tum personæ heredis cohæret, ac propterea in persona tantum heredis impleri potest. Hæc est vera ratio. Male autem Ioannes, quem & Bartolus sequitur, hanc posteriorem differentiam ita firmat: *Statuliber heredi* 10. *dare iussus, heredi heredis dando liber fit:* hæc est prior pars. *statuliber autem legatario* 10. *dare iussus, heredi legatarij dando, liber non fit.* Verum quidem hoc omne est: verum est statuliberum legatario, vel cui alij extraneo non heredi, decem dare iussum in persona tantum legatarij, vel heredis conditionem implere posse, *l. cum ita datur hoc tit.* non ergo in persona eius, qui legatario, vel extraneo heres exstiterit. Hoc est verum, nisi scilicet hic extraneus heredi testatoris heres exstiterit, & deinde extraneus herede relicto, vita decesserit: huic enim heredi extranei statuliber dare poterit quasi heredi heredis testatoris, ac proinde domino statuliberi, non quasi heredis extranei, qui nec statuliberi dominus fuit, vt extraneus, sed vt heres heredis testatoris. Et hæc est sententia huius loci satis obscuri, nec explicat in *l.* 6. §. *si filiusfamilias. Nam etsi quis, &c. de statulib.* Verum quidem est omne, quod in illa differentia constituenda Ioannes ponit: at recte composita differentia non est. *Non ex omnibus veris,* vt dicunt, *elicitur semper vera conclusio.* sic licet quicquid ille statuit sit verum: non tamen ideo recta est differentia quam statuit, nec enim recta est differentia quæ vtroque ex latere, non in eodem themate vertitur: sed in alio atque alio. Exempli gratia: Non est recta differentia, si dixero, hoc distare curatorem a tutore: quod curator rerum administrator sit: tutor autem damnatus tutelæ vere infamis sit. Illa autem differentia, quam fingit Ioannes, in eadem specie non vertitur, sed in vno latere in specie pecuniæ datæ heredi heredis, ex altero autem latere, in specie pecuniæ datæ heredi legatarij, quod vitium magis apparet in secunda differentia, quam idem Ioannes, in priori non perstans, & resiliens a priori, ita fingit & proponit: *Statuliber,* inquit, *heredi decem dare iussus, heredi heredis dando, ad libertatem peruenire potest: legatario autem iusso heredi decem dare, heres legatarij dando heredi, ad legatum peruenire non potest.* Vera quidem sunt hæc omnia: quia conditio legati quæ cohærebat personæ legatarij defecit legatario mortuo antequam daret, *l. a testatore hoc t.* Nec auditur ergo heres legatarij post mortem eius offerendo decem. At hæc differentia non est recta: quia non in eadem specie, non in iisdem terminis, vtraque ex parte consistit. In liberalitate ponitur, *statuliberum dare pecuniam heredi heredis,* in legato ponitur, non *legatarium* (quod poni par fuit) sed, *heredem legatarij,* non, *heredi heredis, primo heredi dare:* quæ species diuersissimæ sunt. Differentiæ quas his libris Modest. exponit, non sunt ineptæ differentiæ, non quæ versantur inter res vel personas in caussis speciebusve diuersis? sed in vna eademque specie: ergo nullam earum, quas Ioannes fingit, Modestinus intellexit in hac posteriore parte legis: sed intellexit illam, quam exposuit initio, quamque Accursius secundo loco notauit. Et præterea quibus eam, quam exposuit differentiam, confirmauit, iisdem confirmari etiam eadem illa potest, allata simili differentia inter statuliberum & legatarium conditionalem. *Statuliber dare iussus filiofamilias, vel seruo alieno heredi instituto, patri vel domino dando liber fit, l.* 6. §. *si filiusfamilias, de statulib.* quia scilicet pater vel dominus statuliberis etiam ante impletam conditionem dominus futurus est. *Legatarius autem filiofamilias vel seruo alieno herede instituto dare iussus, patri vel domino dando, nihil agit, l. qui heredi, hoc tit.* Quia certa tantum persona demonstrata est filiifamil. vel serui, & propterea in eius persona tantum impleri conditio potest, *l. cum ita datur eod. t.*

In statulibero iusso dare filiofamil. vel seruo heredi instituto, non est demonstrata persona nuda, sed persona domini futuri: qualis futurus est non tantum filiusfamilias, aut seruus, sed etiam per eum pater & dominus: & hoc satis est, vt vel patri vel domino recte detur, vt & in patris, vel domini persona recte conditio adimpleatur. Addamus etiam aliam differentiam inter statuliberum & legatarium conditionalem, ex *d. l. cum ita datur.* Statuliber decem dare iussus heredi, vel extraneo, si nullus heredi heres exstiterit, vel si extraneus vita decesserit, & tum statuliber pecuniam paratam habuerit, vel postea habere cœperit. *Iure constituto*, inquit, quia per eum non stat, quo minus det, sed ideo non dat, quia non est cui det, nulli dando, consequitur libertatem. In legatario aliud dicendum est. Legatarius decem dare iussus heredi vel extraneo, herede defuncto nullo relicto herede, vel extraneo defuncto post mortem testatoris, tunc legatarius videtur defectus conditione, nec nulli dando, ad legatum peruenire potest. Sicut & iure eo redactus est, vt nulli ex iis, cui dare iussus est, dare possit, quoniam e medio sublatus est heres vel extraneus post mortem testatoris: quod ostendit *d. l. cum ita datur, & l. si peculium, §. is cui. de statulib.* In legatario seruamus scripturam testamenti & ius commune. Legatarius defectus est conditione, ergo non potest capere legatum. In libertate autem speramus ius statutum ab Imperatoribus fauore libertatis, contra regulas iuris communis. Hanc differentiam introduxit fauor libertatis. Aliud est ius commune, aliud ius constitutum. Discrepant sæpe constitutiones a iure communi, & plurimum leui, aut nulla ratione. Qua de causa Macrino Imperatori (qui Iurisconsultus fuit, vt Capitolinus narrat) fuit aliquando in animo ita rempublicam constituere, vt res ex iure perageretur, non ex constitutionibus, siue iure constituto. Græci sic interpretantur, & in supradictis legibus, *d. l. si ita datur, & l. si peculium*, & in *l. 1. rer. amot.* quod sit contra regulas iuris. Et ita quoque ius constitutum accipere oportet apud Gell. *lib.* 12. *cap.* 13. vbi audis aut legis, aliquid constitutum esse, aut constitutionibus introductum: recte existimabis id esse constitutum esse contra ius commune. Sed de iis hactenus.

Ad leg. 10. honorem, de munerib. & honor.

L. 10. Honorem sustinenti munus imponi potest: munus sustinenti honor deferri potest.

Exponit etiam quid distet honor a munere. Honorem esse administrationem reipub. cum gradu, & titulo dignitatis: veluti duumviratum municipalem, qui honor, est imago consulatus, itemque decurionatum, *l. 5. de decurionib.* qui honor, est imago senatoriæ dignitatis. Decuriones sunt Senatores: municipales minores Senatores Nouell. Maioriani, *curia, minor senatus*: Munus esse administrationem reipubl. sed sine titulo dignitatis, veluti syndicatum, scribatum, aut quæsturam municipalem, *l. honor. de munerib. & honorib.* Honorem sustinenti, veluti, magistratui municipali, siue duumviro munus imponi non posse: contra, munus sustinenti honorem deferri posse: quæ differentia inter munus & honorem hic proponitur a Modestino. Vnde tamen male colligit Gl. *consules municipiorum*, quia honorem gerunt reipublicæ, non esse obnoxios fusionibus siue intributionibus publicis, Collectis vt loquitur. Male: nam qui ait, *honorem sustinenti munus imponi non posse*, de munere personali ait, siue corporali, non de munere patrimoniali, a quo qui patrimonium habet, nemo excusatur, quod Bartol. notat hac reprehensa Glossa. Addamus alias differentias, quas nec prætermiserat proculdubio Modestinus, Infamiam repellere ab honoribus, non etiam a muneribus, *l. 8. & 12. C. de decurion.* pœnæ causa reum prohiberi posse honoribus, non etiam muneribus, quia pœna immunitatem tribuere non debet, *l. 7. §. vlt. de interdict. & releg.* Municipem, quantum ad munera esse desinere, si senatoriam in vrbe sit adeptus dignitatem: quantum vero ad honores, municipalem retinere originem suam *l. 23. ad municipalem*: quæ confirmat etiam aliqua ex parte sententiam a Modestino propositam hac lege 10. Surdus & mutus ab honoribus excusantur, non a muneribus, *l. honores §. 1. de decurion.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, Recitationes solemnes

In Librum VI. Differentiarum Herennij Modestini.

Ad leg. 63. de procurat.

L. 63. Procurator totorum bonorum, cui res administrandæ demandatæ sunt, res domini neque mobiles, vel immobiles, neque seruus sine speciali domini mandatu alienare potest: nisi fructus aut alias res, quæ facile corrumpi possunt.

Videtur in hoc libro Modestinus exposuisse, quæ esset distantia inter procuratorem negotiorum, datum scilicet ad administrationem rerum alienarum, & procuratorem litium, datum ad actionem vel defensionem, qui etiam procurator negotiorum nominumque dicitur: nam & lites negotia sunt. Procuratorem negotiorum recte fieri etiam impuberem, si modo rerum intellectum habeat, *l. 3. §. vlt. de minor.* sicut institorem, *l. 7. §. vlt. de instit. act.* procuratorem autem litium, vel litis esse non posse, nisi maiorem XVII. annis, *§. iusta, Institut. qui, & ex quibus causis manumit.* maiorem, inquit, XVII. annis, id est, qui attigerit XVIII. annum, *l. 13. de manumiss. vindict.* quæ dum exigit, ne procurator ad litem & actionem sit minor XVII. annis, id exigit, vt attigerit XVIII. annum, vt contra, *d. §. iustæ*, dum exigit, ne sit minor XVII. annis: hoc vult, vt compleuerit 17. annum ætatis, vt sit exephebis (sic vocatur, qu attigit plenam pubertatem) qua etiam constat adolescentes in forum prodire, & pro aliis postulare posse, *l. 1. §. initium, de postul.* Longe aliter hæc differentia a Doctoribus, etiam approbante Bonifacio pontifice in *cap. 5. de procurat. in Sexto*, longe, inquam, hæc differentia constructa est; nempe hoc modo: procuratorem negotiorum maiorem esse debere XVII. annis: id quod de procuratore litium scriptum necessario intelligendum est in *d. §. iustæ, & d. l. 13.* supino errore aptantibus ad procuratorem negotiorum: procuratorem autem litium maiorem esse debere 25. annis: in quo satis probaui supra sufficere ætatem XVIII. annorum inchoatorum; qua ætate cum possit quis esse patronus causarum siue litium, cur non etiam procurator? Imo, quia patronus, & procurator multo magis. Maior enim est dignatio patroni, quam procuratoris. Non est etiam verum, quod in hoc tractatu de procuratoribus Bonifacij animus arbitratur consentiens cum iisdem Doctoribus, a quibus institutus erat, non a Iurisconsultis nostris, in *cap. 4. de procur. in 6.* procuratorem, qui habet liberam bonorum, vel litium administrationem, iusiurandum deferre aduersario domini, cum eo transigere, & pacisci posse: procuratorem autem qui generale mandatum, idem non posse, nisi id ei specialiter mandatum sit, vt transigeret, vt pacisceretur, vt iusiurandum deferret, quod & transactionis speciem habet, & pactionis: nam & hunc procuratorem, qui generale mandatum habet, ea omnia posse sine speciali mandato. Sufficere generale mandatum, mox ostendam, alia proposita differentia inter procuratorem negotiorum, & procuratorem litium: vel eo maxime, quod nostris auctoribus nihil refert dicere, procuratori generaliter

generaliter liberam rerum administrationem esse commissam, vt in *l. 58. hoc tit.* aut procuratorem habere generale mandatum, vt in *l. 60. de procuratoribus* : aut procuratorem esse tutorum bonorum, vel vniuersorum bonorum, vniuersarum rerum, vt in *l. 63. eod. tit.* Hæc omnia idem possunt, nec plus habet is, cui data est libera administratio bonorum omnium, quam is, cui datum est generale mandatum, quive factus est procurator omnium bonorum, quæ pertinent ad mandatorem. Dicimus ergo, procuratorem litium, vel litis, siue actionis, non posse pacisci siue transigere, vel iusiurandum deferre, nisi ei specialiter mandatum sit: quia nec ei solui potest, *l. 13. de pact. l. hoc iure, de solution. & liberat. l. 17. §. vlt. de iureiur.* Nec vero procuratorem litis quicquam aliud posse sine speciali mandato, nisi litem agere, litem exequi vsque ad sententiam : procuratorem autem vniuersorum bonorum, cui res administrandæ sunt commissæ; vel, quod idem est, procuratorem, cui generaliter libera administratio concessa est, *qui quasi pene dominus est*, vt ait Marcus Tullius pro Cæcinna, pacisci posse, quatenus negotiorum domini exigit ratio : & pactum domino, vel prodest, vel obest, *l. 10. §. vlt. l. 12. de pact.* Eidem procuratori debitorem domini recte soluere, & soluendo liberari, *l. 11. de pact. l. qui hominem §. si Titio, de solut.* Eundem quoque procuratorem per stipulationem ad vtilitatem domini veterem obligationem nouare posse, *l. 20. in fi. de nouation.* exemplo tutoris, qui ad vtilitatem pupilli nouare obligationes potest, *l. 22. de administ. tut.* Eundem etiam procuratorem (quæ est alia nouationis species) rem in iudicium deducere posse, *l. 12. de pact. l. licet, de iudic.* id est, in iudicio petere & exigere posse, etiamsi specialiter ei non sit actio mandata, quæ domino debetur: & similiter iusiurandum deferre posse sine speciali mandato, quasi sufficiente generali, *d. l. 17. §. vlt. ne iureiur.* Transigere eum quoque posse de lite dubia & incerta, modo exemplo tutoris id non faciat, deminuendi causa, vt ait *l. 46. §. vlt. de administ. tut.* Vnde & in *l. 60. de procurat.* dum ait, ***mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam, &c.*** pro, *decidendi*, iam pridem ostendi esse legendum, vt in *l. 46. §. vlt. deminuendi.* Decidere, & transigere, idem est. Inepta igitur hæc locutio est, *transigere decidendi causa*, ac si diceret, *transigere transigendi causa.* Denique procurator vniuersorum bonorum potest transigere dubiæ, perplexæ, & incertæ litis decidendæ causa, non etiam deminuendi, non donandi causa: Neque enim, etsi ei permissa sit libera administratio, datumve generale mandatum, vsquequaque ei permissa est libera administratio; non si deminuere, dissipare, donare bona mandatoris velit. Superiora denique omnia, quæ commemoraui, procurator, qui generale mandatum habet, agere & exequi potest ad vtilitatem tantum domini, vel cum id negotiorum domini vtilitas, vel necessitas efflagitat: & eodem modo, ad vtilitatem domini, aliud pro alio, fine simplici mandato, permutare potest, *l. 58. de procurat.* ***Procurator,*** inquit, ***cui generaliter rerum administratio commissa est, potest exigere pecuniam a debitoribus domini, nouare, aliud pro alio permutare:*** quod est plane alienare rem domini, vt vice eius aliam accipiat. *Nouare* in hac l. 58. non habent Florentini, sed est rectum tamen, & in Basilicis, μεταθεῖναι. Recte igitur vulgo additur, *nouare.* Verum an etiam procurator vniuersorum bonorum alienare, id est, vendere potest? an pignori obligare res domini? Sic videtur æque si hoc negotiorum domini exigat ratio, idque ostendit, *l. qua ratione §. nihil autem interest, de acquir. rer. dom. & l. 12. de pignerat. act.* certe fructus & alias res domini, quæ scilicet corrumpi possunt facile, quæ seruando seruari non possunt; puta tempore perituræ, subiectæ casibus fortuitis, calamitatibus consuetis, quarum retentio magis onerat negotia domini: eas, inquam, res, ille procurator sine speciali mandato vendere potest, vt Modestinus de his rebus tractans, proculdubio in hoc libro sexto scripsit in *l. 63. de procurat.* Hoc addito, non posse tamen procuratorem, qui habet liberam administrationem: siue, quod idem est, generale mandatum, non posse vendere res mobiles aut immobiles, vel seruos: serui non sunt res immobiles, sed mouentes, non posse, inquam, eum vendere res immobiles, vel seruos sine speciali mandato : adde, nec pignori obligare sine speciali mandato, vt & in mandato generali, quod proponitur in *l. creditor §. vlt. mand.* Qui locus est valde notandus. Id specialiter exprimitur, dato generali mandato: εἴτε πωλεῖν θέλεις, εἴτε ὑποτίθεσθαι, εἴτε ἀγοράζειν, id est, *siue vendere velis, siue pignori obligare, siue emere.* Mandatum ibi generaliter scriptum est Græce: sed mandato generali adiicitur speciale, vt vendere possit, & pignerare, quasi necessarium, non igitur posse illum res mobiles, vel immobiles, vel seruos temere vendere, vel obligare: ex causa, posse. Quidni? si negotiorum exigat vtilitas, vel necessitas: forte si res steriles sint, vt *l. item veniunt §. redactæ, de petit. hered.* si superuacui & inutiles serui sint, *l. vlt. C. quando decr. opus non est:* si pecuniam confici necesse sit: ne agri inculti sint: ne ædificia ruant: ne pretiosa pignora distrahantur: ne pœnæ vel vsuræ debitarum sortium excrescant, *l. 7. §. vlt. de iure delib.* Et ita hæc lex explicanda est. Verum hic necesse est addi alias differentias inter hæc duo genera procuratorum. Seruus procuratorem habere potest in administratione negotiorum, & rerum peculiarium, non in actionibus, quas & nullas habet, suo vel alieno nomine, *l. seruum §. 1. hoc tit. l. 44. §. vlt. de iudic.* Mutus & surdus ad administrandum procurator dari potest, non ad agendum, *l. mutus, in princ. hoc tit.* Procurator factus ad agendum ante litem contestatam, alium in eadem re, siue lite, procuratorem facere non potest: procurator factus ad administrationem statim in eodem negotio alium procuratorem facere potest, *l. si procuratorem §. si quis mandauerit, D. mand.*

Ad l. 47. de petitione hereditatis.

Prædonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, vt non capienti restitueret hereditatem.

Exponamus prius sententiam huius legis quam differentiam, ad quam respicere videtur. Sciendum est petitionem hereditatis dari non aduersus quemlibet possessorem, sed aduersus eum duntaxat qui hereditatem, vel rem aliquam hereditariam possidet pro herede, vel pro possessore *l. 9. hoc tit.* id est, qui actori controuersiam facit hereditatis, quod vtique facit qui possidet pro herede, quia contendit se heredem esse. Sed etsi qui possidet pro possessore, qui impudenter asserit se hereditatem aut quasdam res hereditarias possidere, nec vllam adfert causam, titulumve iustum possessionis suæ, & opponit sese aduersario tum petenti hereditatem, & cum eo iudicio eodem contendere paratus est: hic etiam quasi pro herede possessori hereditatis controuersiam facere, & quodammodo se heredem dicere videtur, quamuis id non dicat nominatim. qui scilicet opponit dicendo se heredem esse; & vicissim ipse se heredem esse dicere videtur. facit igitur controuersiam hereditatis qui petitorem hereditatis negat esse heredem, non etiam & hoc simul dicit se heredem esse, non tenetur petitione hereditatis, *l. 43. hoc tit.* quia controuersiam non facit. Eademque ratione qui possidet pro herede, vel pro donato, vel pro legato, vel pro dote, non tenetur petitione hereditatis, quia non dicit se heredem esse, sed se dominum esse eius rei quam possidet ex causa emptionis, vel donationis, vel legati, vel dotis. Denique is tantum tenetur vero heredi petitione hereditatis qui dicit se

heredem esse, quod vtique dicit qui pro herede possidet, vel dicere videtur. Quicumque possidet nec vlla allata causa possessionis suæ cum eo qui petit hereditatem iudicium accipere non detrectat, id est, qui pro possessore possidet, qui vno verbo dicitur prædo, *l.* 11. *in fin. hoc tit. pro possessore*, inquit, *possidet prædo*: prædonis enim nomen passim in hoc tit. & innumeris aliis locis iuris nostri, non tantum raptor & inuasor rerum alienarum significatur, sed quicumque malæ fidei possessor, quia etiamsi nullam vim adhibuerit in apprehendenda possessione, *l. non solum* 13. *de noxal. act.* §. *& si heredit. Inst. de offic. iud.* impudens possessor est. huiusmodi quidam est prædo sub quo heres institutus testatori roganti in fraudem legum tacita fide promisit (cum alias non posset, aut non auderet expressim) se hereditatem restituturum ei, qui ex legibus ex testamento capere non posest, *l. eum qui, de his quæ vt indig.* quæ ai hunc esse malæ fidei possessorem, ergo & prædonem esse. & hoc est quod ait Modestinus in hac *l.* 46. *Prædonis loco intelligendus &c. non capienti*, id est, *incapaci*. vnde sequitur e iam, heredem qui testamento scriptus est, quique tacitam fidem accommodauit de bonis restituendis incapaci, dum, inquam, ita possidet hereditatem pro possessore, quia est malæ fidei possessor, fisco teneri petitione hereditatis ad quam pertinent omnia fideicommissa, & eripientur heredi scripto quasi indigno qui in fraudem ll. tacitam fidem accommodauit; teneri autem fisco vt hereditatem fisco restituat cum fructibus omnibus, etiam iis quos ex hereditate percepit ante motam litem, vel percipere potuit, *d. l. eum qui.* quia prædonis loco intelligendus est. Senatusconsultum ig tur Adrianum de petitione hereditatis, quod de bonis caducis loquitur, *l. item veniunt* 20. §. *præter, hoc tit.* & *l.* 46. apparet locum habere etiam in bonis ereptitiis (sic vocantur scilicet quæ fiscus aufert indignis) sicut etiam locum habet in omnibus aliis bonis, quæ quacumque alia ratione recidunt in fiscum, veluti publicatione, vel alio modo, *d. l. item veniunt* §. *ait Senatus*. Et hæc quidem de petitione, siue vindicatione hereditatis. Idem est petitio & vindicatio. Modestinus hoc lib. tractauit ex aduerso vindicationes rerum singularum. vindicatio hereditatis datur tantum aduersus eum qui pro possessore, vel pro herede possidet: vindicatio rerum singularum datur aduersus quemcumque possessorem, *l. officium* 9. *de rei vindicat.* non tantum si pro herede, aut pro possessore possideat, sed etiam si pro emptore, vel pro donato, vel quolibet alio titulo, quia lis dominij est, *l.* 18. *de vsurar.* actio de dominio *l.* 14. *de seruo corr.* & nihil refert qua ex causa dicat se esse dominum possessor, qui mihi rem vindicanti controuersiam facit dominij ex causa emptionis, vel donationis, an ex causa hereditatis legitimæ, vel testamentariæ, modo se dominum dicat, siue adiiciat causam quamlibet, siue non adiiciat, vt pro possessore possessor in hoc iudicio in rem speciali iustus aduersarius est, iustus contradictor, *la partie est bien faite*. Sunt inter hæc duo iudicia, & aliæ differentiæ: petitio hereditatis est bonæ fidei: & ideo non desiderat vt opponat exceptionem doli mali quibus casibus ea locum habet. Item qui eam exceptionem habet, quia iudicio tacite inest, cum sit iudicium bonæ fidei, *l. plane, l. vlt. hoc tit. l. vlt. in fine, C. eod.* actio in rem non est bonæ fidei, sed arbitraria, *l. qui restituere, de rei vindic.* petitio hereditatis est mixta tam in rem quam in personam, *l. sed etsi*, §. *pen. hoc tit.* non etiam actio in rem. Rursus in petitione hereditatis veniunt res defuncto commodatæ, vel depositæ, *l. & non tantum hoc tit.* non etiam in actionem in rem, quia dominij lis est. Seruitutes prædiorum non veniunt in petitionem hereditatis *d. l. & non tantum*, & *l. vlt.* vbi redditur ratio, & constat tantum eas venire in actionem in rem, confessoriam & negatoriam. Petitione hereditatis tenetur qui ex venditione rei hereditariæ pretium redegit ex Senatusconsulto Adriano *l. item veniunt* §. *& ait Senatus hoc tit.* sed non tenetur etiam actione in rem, quia eius pretij, qui agit in rem dominus non est, sed tenetur actione negotiorum gestorum, *l. vlt. de negot. gest. l.* 3. *C. de rei vindic.* Et postremo in petitionem hereditatis veniunt partus & fructus ipsius iudicij natura & potestate, quia his verbis iudicium petitionis hereditatis intenditur, si paret hereditatem meam esse, & hereditatis nomen recipit augmentum & decretionem, augmentum fructuum vel partium, ideoque ipsius iudicij natura & potestate, in petitionem hereditatis veniunt partus fructusque, si ante litem contestatam percepti sunt, quia auferunt hereditatem quæ postea petitur. veniunt autem officio iudicis, si percepti sunt post li em contestatam. Hoc ita se habet in petitione hereditatis: in actione autem in rem fructus & partus veniunt tantum officio iudicis, hi scilicet qui percepti sunt post lite... contestatam: nam ante litem contestatam percepti, separatim vindicandi sunt, *l.* 2. *C. de petit. hered.* nec enim qui petit rem hac formula, *rem meam esse aio*, petit etiam fructus ante perceptos, quia rei appellatione fructus non cor tinentur, quod nomen est iuris, nomen vniuersitatis. At initio huius lib. 6. iam exposui duas differentias: vna quæ est inter procuratorem datum ad administrandum, & procuratorem datum ad agendum. Alteram, quæ est inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem. singulæ differentiæ constant ex pluribus, & his quidem quas docuimus esse inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem, aliam sane licet addere: petitionem hereditatis non perimit præscriptione longi temporis, id est, decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes, sed perimit tricennio, id est, spatio 30. annorum: actionem autem in rem specialem perimi præscriptione longi temporis, *l. hereditatis, C. de petit. hered.* Et ratio hæc est: quia actio in rem specialis est mera in rem, est in rem duntaxat, non in personam: petitio autem hereditatis mixta est actio, in rem, & in personam. Petitioni hereditatis duæ insunt actiones, vna realis, altera personalis: & hæc per se, & illa vicissim per se, æque principalis est actio: personalis autem actio non perimitur, nisi tricennio, realis, decennio inter præsentes, aut vicennio inter absentes. hæc autem quæ mixta est actio, qua personalis est, perimitur tricennio, non citeriori tempore, non breuiori tempore. qua vero realis est, perimitur vel decennio, vel vicennio. Mixta actio, vel tota æstimanda est ex parte, qua realis est, vel ex parte qua personalis est. Cum quæritur, quandiu duret mixta actio, qua ex parte, æstimabitur tota, & quidem si petitio hereditatis, vel qualibet alia actio mixta, tota æstimatur ex parte qua realis est, iniuria fiet actori, coarctata ei personali actione ad annos decem vel viginti. Itaque melius est, totam actionem mixtam æstimari ex parte qua personalis est, etiam producta actione reali in tricennium. Melius est iura & actiones, quæ cuique competunt produci, quam coarctari. Itaque merito constitutum est actionem mixtam, veluti petitionem hereditatis, perinde ac si mere personalis esset, non perimi, nisi spatio xxx. annorum. Et hæc est differentiæ ratio. Hoc solum adiicio, ad tertiam differentiam, quam eodem libro Modestinus exposuisse videtur, quæ est *l.* 11. *de seruit.* & l. 3. *pro derel.* & l. 3. *de diuers. & temporal. præscript.* quæ coniungendæ, & simul explicandæ sunt.

Ad leg. 11. de seruitutibus, leg. 3. pro delecto, & leg. 3. de diuers. & temp. præscr.

L. 11. Pro parte dominij seruitutem acquiri non posse, vulgo traditur. & ideo si quis fundum habens, viam stipuletur, & partem fundi sui postea alienet: corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte neque legari, neque a...imi via potest. & si id factum est, neque legatum, neque ademptio valent.

L. 3.

L.3. An pars pro derelicto haberi possit, quæri solet. & quidem si in re communi, socius partem suam reliquerit, eius esse desinit. Vt hoc sit in parte, quod in toto. Atquin totius rei dominus efficere non potest, vt partem retineat, partem pro derelicto habeat.

L.3. Longæ possessionis præscriptionem, tam in prædiis, quam in mancipiis locum habere manifestum est.

HOc solum addi volo ad 3. different. quam hoc libro proposuisse Modestinus videtur, pertinere has ll. quæ simul coniungendæ sunt & explicandæ. Plerunque, quod iuris est in toto, siue vniuerso, idem iuris est in parte. *Portio*, vt Tertullianus ait, *vniuersitati adæquatur.* Lex dilata in vniuersum ordinem coangustari potest: & Cicer. 3. *De legibus*, & in Bruto: *Quod probatum est in vniuerso, idem in parte probari necesse est.* Verum demonstremus exemplo ex iure nostro petito. Quæ de tota re vindicanda a domino, cum ab alio possidetur, dicuntur, & de ea re restituenda iudicio in rem cum fructibus perceptis post litem motam, & omni causa, eadem & de parte etiam, quæ vindicatur, intelligenda sunt, *l. quæ de tota, de rei vindicat.* quod in toto legato legatario præstando iuris est, non interueniente leg. Falcidia, vt scilicet non ideo minus totum id integrum legatum legatario præstetur, quod post mortem testatoris bona deminuta sint, idem omnino obtinet interueniente Falcidia in parte legati, quæ detracta Falcidia, apud legatarium remanere debet, id est, in dodrante, vt scilicet dodrans integer legatario præstetur, habita ratione bonorum, quæ fuerunt tempore mortis, non etiam habita ratione damni, quod hereditati contigit post mortem testatoris. Et hæc est sententia *leg. in ratione, 2. §. rursus, ad leg. Falcidiam.* Item, quod dicitur de eo, qui ex asse heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem, idem obtinet & in eo, qui ex parte heres institutus. Eadem est ratio partis, & totius, §. *nihil autem, & §. si quis vna, vers. quæ autem diximus, &c. Institut. de fideicomm. heredit.* Quod dicitur de incapaci in totum, qui nihil capere potest ex testamento, videlicet, vt si seruus eius heres sit institutus, & antequam adiret hereditatem, iussu domini alienatus, vel manumissus sit, sine fraude ad hereditatem admittatur, post quam exiuit dominio incapacis: idem omnino obtinet in eo, quem ex parte tantum leges incapacem fecerunt, quod proponitur in *l. si seruus eius, de adquir. hered.* Adiecit Modestinus, cum studiose hoc libro colligeret has causas, & cæteras omnes, in quibus, quod probatur in toto, probatur etiam in parte. adiecit, inquam, quod est in *l. 3. de diuers. & tempor. præscript.* Præscriptionem longi temporis, quæ habet locum in prædiis rusticis, habere etiam locum in mancipiis prædiis cohærentibus, quia mancipia pars sunt prædiorum, *l. hac edictali, §. his illud, C. de sec. nupt. l. iubemus 2. C. de sacrosanct. Eccles. & Nouell. 7.* vbi Iulianus ait, *mancipia esse membra rerum immobilium*, id est, prædiorum. vnde sequitur, ea mancipia vsucapione non adquiri, sed præscriptione longi temporis. Denique, ea mancipia, quæ prædiis cohærent, pro rebus immobilibus haberi, non pro mobilibus: imo nec donari, vendi, legariue sine prædiis posse, *l. si quis inquilino, de leg. 1. l. 2. l. 7. de agricol. & cens. lib. 11.* Addit etiam Modestinus quod exstat in *l. 3. pro derel.* totius rei dominum desinere esse dominum nudo animo, nuda voluntate, hoc vno casu, si rem pro derelicto habeat. Et similiter partis rei dominum, qui scilicet rem communem cum alia habet pro indiuiso, partis dominum esse desinere, si eam pro derelicto habeat: atque ita prorsus idem esse in parte, quod in toto. Verum statim subiecit in *d. l. 3.* (quasi versa pagina) hoc non esse perpetuum, non semper idem iuris esse in parte, quod in toto. Nam & si totius rei dominus, totam rem derelinquere possit, abiecto dominio rei, & exposito occupanti, non potest tamen partem derelinquere, & partem retinere, partem pro indiuiso, scilicet quæ incerta est, & intellectu, non sensibus percipitur. Itaque natura non fert, vt possit derelinqui pars pro indiuiso, quæ non est, sed intelligitur, partem certam derelinqui posse, nemo ambigit, quia pars certa veluti totum quoddam est. Et pari differentia, totius prædij dominum vniuerso fundo seruitutem veluti iter, aut viam adquirere posse, non etiam parti prædij pro indiuiso, sicut nec vnus ex dominis prædij communis pro parte dominij seruitutem adquirere potest, quia seruitus res indiuidua est: quod & ex hoc libro relatum est in *l. 11. de seruitut.* Et quemadmodum ibi ostenditur, hoc adeo verum est, vt si totius fundi dominus viam sibi dari stipuletur, & postea, antequam ei via cederetur, fundum communicauerit alteri, veluti alienata parte fundi pro indiuiso, hoc facto exstinguat stipulationem, in eum casum eam deducendo, a quo incipere non potest: quia ex stipulatione cedi & adquiri seruitus pro parte dominij, quam retinuit, non potest *l. si sub vna, de verb. obligat. Si qui*, inquit, *viam ad fundum suum dare stipulatus fuerit, postea fundum, partemve eius ante seruitutem constitutam alienarit, euanescit stipulatio.* Si fundum totum alienauerit, cur euanescit? quia, fundum non habenti seruitus adquiri non potest, quæ fundi est, non hominis, quæ ius prædij est, non hominis: si parte seruitus adquiri non potest. &, inquit, *si fundum partemve alienauerit ante constitutam seruitutem.* Cur hoc? quia post constitutam & impositam seruitutem, si fundum alienauit, seruitus sequitur fundum, si partem alienauit, seruitus retinetur per partem, licet per partes ab initio adquiri, & constitui non potuerit. Facilius retinemus quæ adquisiuimus, quam adquirimus, *l. vt pomum, de seruit. l. pen. §. vlt. de verbor. obligat.* Subiungit Modestinus in *d. l. 11.* eadem ratione, *pro parte seruitutem inutiliter legati, & conuenienter legatam seruitutem in solidum, æque pro parte adimi inutiliter:* quia si ademptio valeret facta pro parte, pro eo esset, ac si pro parte seruitus legata esset, quod iure non consistit, *l. 2. 3. & vlt. de seruit. leg.* vbi exposuimus, & etiam in *l. 2. §. ex iis, de verbor. obligat.* Sic igitur duobus exemplis propositis, vno in *l. 3. pro derel.* altero in *d. l. 11. de seruitut.* Modestinus docuit, non semper esse idem iuris in parte, quod in toto. quibus exemplis forte, & hæc addiderat, eum qui partem tantum vsusfructus habuit, & totum vsumfructum petiit, nec obtinuit: si rursus totum vsumfructum petat, repelli exceptione rei iudicatæ, non etiam si partem vsusfructus accrescentem, repudiante collega petat, quia vsusfructus personæ accrescit, non portioni, *l. & an eadem §. 1. de except. rei iudic. l. interdum, de vsufr. accresc.* Item rescisso in totum testamento paterno, rescindi etiam in totum testamentum pupillare, id est, substitutionem pupillarem, non etiam rescisso paterno testamento pro parte tantum: veluti fratre exheredato, agente ex inofficioso testamento contra fratrem heredem institutum, qui querela agit pro parte tantum, atque ideo pro parte tantum rescindit testamentum: & satis est pro altera parte tantum testamentum paternum rescindi, vt subsistat in integro substitutio pupillaris, *l. Papinianus §. sed neque impub. de inoffic. testam. l. in substitutione, de pup. substit.* Item, euicto toto fundo, qui nunc est, puta, deminutus vi fluminis, pro toto fundo qui fuit olim, emptori venditorem teneri euictionis nomine, hoc est certissimum. Euicta autem parte fundi, qui nunc est, verbi gratia, parte quarta, pro ea parte quarta, quæ nunc est, præstari euictionem, non pro parte ea, quæ fuit olim. Quæ differentia summa ratione nititur, vt intelligitur ex *l. ex mille, de euiction.* Explicare autem rationem illam, sine longa digressione, & mora non licet: itaque pergamus ad aliud.

HHh ij

Ad leg. 194. de reg. iur. & l. 7. de his quæ vt indign.

L. 194. Qui per successionem quamuis longissimam defuncto heredes constiterunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt.

L. 7. Qui Titij testamentum falsum dixit, nec obtinuit: heredi eius heres existere prohibendus non est: quia non principaliter in Titij hereditatem succedit.

IDem Modestinus docuit ex hoc libro in *l. 194. de regul. iur.* Eum qui per successionem, quamuis longissimam, (per seriem longissimam) defuncto heres exstitit (alieno nomine, non suo, veluti heredem heredis: & accipe heredem heredis in infinitum) eum non minus defuncti heredem intelligi, quam eum qui directo & principaliter, suo nomine defuncto heres exstitit: puta heredē primū, proximū: quæ regula iuris ita vulgo effertur, *heredem heredis esse heredem testatoris*, sed heredem per successionem, non suo nomine: non directo, sed beneficio alieno, non ex iudicio defuncti, sed alieno; *l. vlt. C. de hered. instit. l. antiquitas, C. de vsufr. l. 22. C. de leg. l. Sempronius 1. de vsufr. leg. l. codicillis, de annuis legat. l. 65. de verbor. signific. l. quamuis §. 1. ad Trebell.* Et hoc proposito Modestinus subiecit statim, *In multis tamen causis plurimum referre, vtrum quis alicuius sit heres primus suo nomine, & ex iudicio eius, an heres heredis*, idque ostenditur in *l. 7. de his quæ vt indign. aufer.* quæ est ex eodem lib. Modestini: *Qui Titij testamentum falsum, &c.* Titius scripsit Caium heredem ex parte, & adiecit ei coheredes: Caius erat illi proximus agnatus, hic Caius spe obtinendæ totius hereditatis ab intestato iure agnationis tamquam proximus agnatus, vt excluderet coheredes, falsum testamentum dixit, nec obtinuit: non poterit testatori heres existere ex parte, quæ ei adscripta est, sed eam partem ei fiscus auferet, quasi indigno: non potest igitur qui falsum testamentum dixit, nec obtinuit testatoris heres esse. heredis tamen alterius testatoris heres esse potest, quia principaliter in Titij hereditatem non succedit, sed per successionem: quæ est sententia *d. l. 7.* satis aperta.

Ad leg. 5. de coniung. cum emanc.

L. 5. Si nepos exheredatus heres exstiterit ei, quem auus heredem fecerat, deinde pater eius emancipatus testamento præteritus accipiat contra tabulas patris bonorum possessionem: iungi patri suo nepos non poterit, sed vt extraneus excludetur: quia non suo nomine auo heres exstiterit.

IDem ostenditur in *l. 5. de coniung. cum emancipat. liber.* Sententia hæc est: Filio emancipato præterito petenti bonorum possessionem contra tabulas, coniungi nepotem ex eo, quem auus retinuit in potestate, videlicet si nepos auo suo nomine, id est directe, & principaliter heres exstiterit, non etiam si ab auo exheredatus, heres exstiterit heredi aui: quia non suo nomine, sed per successionem auo heres exstiterit, & non vt nepos successit in hereditatem aui, sed vt extraneus quilibet institutus ab herede aui: & edictum illud de coniungend. cum emancipato liberis, quod dicitur edictum Iuliani nominatim eos tantum admittit cum filio emancipato silentio præterito, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, ad quos defuncti hereditas suo nomine pertinet: quique nominatim heredes scripti sunt, *l. 1. in princ. eod. tit.* Non est dubium etiam adiunxisse Modestinum eos tres casus, qui notantur in *l. sciendum, de verbor. signific.* quibus etiam quod probatur in herede primo, non probatur etiam in herede heredis ex hac substitutione pupillari *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*, vocari heredem primum, non heredem heredis, qui & incertus testatori fuerit incognitusque, ac proinde qui non venit ex iudicio defuncti. In lege Ælia Sentia, quæ filio heredi permittit libertum paternum ingratum accusare, non contineri heredem filij, heredem heredis, & id licere filio heredi, non heredi heredis, & similiter, qui tertius est casus, operarum exactiones aduersus libertum paternum habere filium heredem, non heredem filij: ac præterea, nobis licet addere etiam hunc casum ex *l. vlt. de legat. 3.* a substituto impuberis instituti, qui patri directo heres exstitit ex substitutione pupillari, legata relicta deberi: a substituto impuberis exheredati, qui heredi primo heres exstitit, legata relicta non deberi, est manifestissima differentia. Et illum quoque casum licet addere, quem habuimus libro superiori, *l. 51. de condition. & demonstrat.* legatarium heredi decem dare iussum, dando heredi primo, conditionem implere, & consequi legatum: dando heredi heredis, non implere conditionem, nec consequi legatum: quia certa persona est demonstrata, cui soli daretur, id est, in cuius persona conditio impleretur.

Ad leg. 10. de suis & legitimis heredibus.

L. 10. Si ad patrem manumissorem filij intestati legitima hereditas perueniat, vel non manumissori bonorum possessio competat: mater defuncti submouetur.

HÆc lex pertinet ad ius antiquum, quo magna constituta erat differentia inter patrem, qui in emancipatione filiifamilias manumissor exstitisset; & patrem, qui in emancipatione filiifamilias manumissor non exstitisset, nec magnopere attinebat hanc leg. immiscere huic corpori Digestorum condito auctoritate & nomine Iustiniani, cum iam esset ab ipso Iustiniano distinctio illa antiqua sublata, ad quam hæc l. 10. respicit, *l. 4. C. de iure patron. & de bonis libertor.* constitutione Græca, cuius fit etiam mentio in eam rem in *§. vlt. de leg. agnat. success.* quod & posteriores animaduertentes, qui condiderunt Basilica auctoritate Leonis Philosophi, corpori Basilicōn, hanc l. inserere noluerunt. Et hinc interea apparet, multa ex iure antiquo Modestin. in suos libros Differentiarum contulisse: nec non coniectura ducitur certa, magnam partem eorum, quæ desiderantur ex iis libris, iuris antiqui fuisse & obsoleti præcepta & distinctiones. Verum qua in re hæc differentia plurimum versatur inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem, videamus. Pater, qui filiumfamiliam potestate sua liberare in animum inducebat, ex XII. tabulis eum emancipabat, id est, vendebat extraneo. Nihil refert dicas, *emancipare*, aut *mancipare, emancipationem*, aut *mancipationem*, vt recte scriptum in Florent. *l. actus, de reg. iur.* Emancipare, tantundem est atque mancipare: Mancipatio, siue emancipatio, est imaginaria venditio: emancipare, siue mancipare, est imaginariam venditionem facere. Igitur pater, qui volebat suum filium suis sacris, sua potestate absoluere, eum emancipabat, id est, vendebat extraneo nummo vno, *nummo Caiano*, vt Statius loquitur, qua in coemptione Caius dicebat: *vbi tu mihi Caia, & ego tibi Caius*, & inde appellatio *nummi Caiani*. Vendebat filium extraneo nummo vno, nummo Caiano. non venditio igitur, nisi fictitia: quia nummus non potest esse verum pretium. Venditio igitur erat imaginaria, per quam filius etiam redigebatur in imaginariam seruitutis formam: id est, imaginarius seruus fiebat emptoris, vt ait, *l. liberos, de cap. min.* Eaque venditio fiebat hac lege, vt emptor imaginarius filium sibi venditum vindicta manumitteret: quo facto, manumissus non protinus fiebat sui iuris, sed reuertebatur ipso iure in potestatem patris naturalis. *Ipso iure*, *αὐτόματῳ λόγῳ, σιωπηλῷ λόγῳ*, *tacito iure*, vt Theophilus ait in *§. præterea, quibus mod. ius patr. potest. solu.* Deinde idem filius, qui redierat in potestatem patris naturalis ex prima manumissione, iterum a patre naturali eidem extraneo emancipabatur, eadem lege & conditione, vt vindicta manumitteretur; & iterum manumissus, mox ipso

ipso iure etiam iterum reuertebatur in potestatem patris naturalis. Sequebatur deinde tertia emancipatio,) nam venibat ter.) vel ea lege interposita, vt emptor filium manumitteret. Qua re ita gesta, mortuo filio intestato, pater naturalis, qui eum non manumiserat, sed emptor imaginarius filio non erat heres legitimus, sed erat honorarius successor, veniebatque ad filij successionem per bonorum possessionem, *vnde decem personæ*, sic nuncupabatur, & hac via præferebatur extraneo manumissori, §. *sunt autem, Institut, de bonor. possess.* Vel tertia illa emancipatio ea lege fiduciave contracta, ea fide interposita fiebat, vt emptor imaginarius, qui & tum *pater fiduciarius* dicebatur, filium non manumitteret ipse, sed patri naturali remanciparet, reuenderet, & tum remancipatum sibi pater naturalis manumittebat tanquam seruum suum ære comparatum, & re quidem ita gesta pater naturalis tanquam patronus. id est, manumissor, filio intestato præmortuo, heres erat legitimus, poteratque adire hereditatem filij, vel petere bonorum possessionem, vnde legitimi, *l.* 2. *C. ad Senatusc. Tertull.* Et potest etiam hodie omnino sine distinctione, ex constitutione Græca Iustiniani: quia semper pater naturalis pro manumissore habetur, pro patrono. Proinde hæc erat differentia inter patrem, qui in emancipatione filij manumissor non exstiterat, & patrem, qui manumissor exstiterat, contracta in tertia mancipatione fiducia sibi remancipandi filij, vt a se manumitteretur, quod hic filio intestato heres erat iure legitimo; ille iure prætorio tantum. Et hæc filio intestato. Testato autem filio emancipato, & in testamento eius exheredato, aut præterito patre, etiam differentia erat inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem. Nam si pater in emancipatione manumissor non exstiterat, ex causa præteritionis, vel exheredationis iniuriosæ, habebat tantum querelam inofficiosi testamenti, vt pater: si manumissor exstiterat ex contractu fiduciæ, præter querelam inofficiosi testamenti, quam habebat in assem, vt pater: habebat etiam, vt patronus præteritus bonorum possessionem contra tabulas, in portionem legitimam, quæ debetur verecundiæ patroni. Et huius distinctionis antiquæ resident adhuc exuuiæ in *l. si a milite* §. *vlt. de milit. testam. l.* 1. *in fi. Si a par. quis manum. l. pater filium, l. filio* §. 1. *de inoffic. testam.* Denique pater præteritus, qui manumissor exstiterat filio testato, duplex ius habebas: ius patroni & ius patris: pater, qui manumissor non exstiterat, ius patroni dumtaxat: filio autem intestato, hic vocabatur ad successionem filij iure honorario, excluso extraneo manumissore, ille autem iure ciuili: quæ summæ differentiæ erant inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem. Hoc tamen commune erat in vtroque patre, quod quoquo iure veniret ad successionem filij intestati, honorario aut ciuili, matri præferebatur in successione filij communis. Quod & hodie obtinet, §. *præferuntur, Instit. de Senatusc. Tertull.* Et hoc est, quod ait Modestin. in hac l. 10. *Si ad patrem manumissorem,* inquit, *filij intestati legitima hereditas peruenerit, vel non manumissori bonorum possessio competat:* bonorum possessio quæ sic vocatur, *vnde decem personæ*, scilicet per quam præferebatur extraneo manumissori pater defuncti, quod confirmatur etiam *l.* 2. §. *obiicitur, ad Senatusconf. Tertull. l.* 2. *C. eod.* In hanc leg. 10. prima Glossa placet omnino: in secunda, hæc solum verba placent & probari debent, *veluti contracta fiducia:* cætera sunt delenda. Porro illæ tres emancipationes & manumissiones, quæ & hodie (quod mirum est) frequentantur in Moscouia, vt scribit optimus & doctissimus vir Sigismundus Liber Baro, qui librum optimum scripsit de rebus Moscouiticis: & inter cætera refert, eos, qui volunt filium sui iuris facere, ter alienare per imaginariam venditionem & alienationem, ex XII. tabul. Nam, vt ab initio dixi, hoc fiebat ex 12. tabul. nempe ex hac l. quæ exstat in libr. Reg. Vlpiani: *Si pater ter filium venumduit, filius a patre liber esto.* Et fiebant singulæ emancipationes, vel iisdem, vel aliis adhibitis testibus, & vel eodem die, vel intermisso tempore, vt Paulus scribit 2. Sententiarum tit. 25. Et hæc de iure antiquo, cuius tamen cognitio est necessaria ad hanc l. 10.

Ad leg. 17. de accusationibus.

L. 17. Si seruum dominus in crimine capitali defendat, sistendum satisdato promittere iubetur.

HÆc lex ait dominum, qui seruum capitali iudicio defenderit, forte absentem, iuberi, inquit, lege scilicet Iulia publicorum iudiciorum satisdato, i. datis fideiussoribus, promittere de seruo quando vsus erit sistendo in iudicio: quod etiam ostendit *l.* 2. *C. de accusat. Sistendum*, inquit, *satisdato promittere dicitur:* quod congruit omnino cum regula iuris, quæ dictat, *Neminem esse idoneum defensorem sine satisdatione:* sine satisdatione, iudicatum solui, scilicet, vt vulgo ea regula accipitur. Sed adde ex hoc loco: *vel iudicio sisti.* Potest autem dominus seruos suos iudicio capitali postulatos, veluti l. Cornelia de sicariis, vel per se, vel per procuratorem suum defendere, præstita satisdatione scilicet *l. seruus, de publ. iudic.* Et pro seruis quoque damnatis consequenter potest appellare, *l. seruus, & l. Lucius, de appellat.* modo non sint famosi, manifesti, insignes quidam latrones, vel seditionum concitatores, vel duces factionum, vt fuit Spartacus seruus. Pro his enim si damnati sunt, interpositæ appellationes non sunt recipiendæ, non sunt audiendæ, nec si a dominis interponantur, quorum interest peculiariter ne amittant seruos: Sed in eos statim exequenda est sententia. Quod omne quidem arbitror coniuncta scriptura Modestin. hoc libro tradidisse, & ita *l.* 17. *de accusat.* applicandam esse *l.* 16. *de appellat.* quæ est ex hoc libro. Nam hoc ordine Modestinus scripserat, seruum iudicio capitali reum postulatum, dominum defendere posse præstita satisdatione iudicio sisti, & pro damnato appellare posse, modo non esset insignis latro, aut seditionum concitator, aut dux factionum. Id quo magis verum esse credam, nimirum hoc ordine scripsisse Modestinum facit *l.* 15. *de appellat.* in qua cum propositum esset, dominum vel procuratorem domini pro seruo damnato iudicio capitali, appellare posse: statim veluti exceptio subiicitur in *l.* 16. vt in eorum seruorum, perinde atque liberorum hominum persona, quod damnatos statim puniri publice interest, vt sunt insignes latrones, &c. non permittatur appellatione domini interposita, differri pœnæ executionem. Ad quod etiam facit *l. si quis filio* §. *hi autem, in fi. de ini. rupt.* Id vero, ni fallor, quod est in *l.* 17. *de accusat.* Modestinus scripsit ad differentiam liberi hominis, de crimine capitali rei postulati: quia nec qui satisdare paratus est pro libero homine reo postulato, ad eius defensionem admittitur, sed ipse reus præsens adesse, & seipsum defendere debet, vt ex ore eius & vultu rei veritas deprehendatur: &, vt cum testibus, vt fit, componi possit, *l. pen.* §. 1. *de public. iudic.* Quæ differentia est magna ad defensionem liberi hominis rei postulati. Nemo admittitur nec pater quidem aut mater ad defensionem serui hominis rei postulati: dominus admittitur. Et in aliis quoque causis multum interest, liber an seruus homo reus postuletur. Nam si seruus reus postuletur simpliciter, & a domino non defendatur, in vincula publica coniiciendus est, vt ex vinculis causam dicat. Liber autem homo reus postulatus, non aliter in vincula publica coniicitur (quod tamen ius hodie non obtinet) non ante coadseruatur, quam confessus erit: non temere libero homini vincula iniiciuntur, idque ostenditur in *l.* 2. *& 5. de custod. reor. & l.* 4. *circa fi. ad l. Iul. maiest.* Item indictis feriis extra ordinem propter publicam aliquam hilaritatem, vel in honorem principis, *indicto iustitio*, vt loquebantur, clauso foro, apertis carceribus, & vinctis absolutis, & interim omnibus reis

criminum data abolitione temporaria. quoad exierint feriæ & rei repetantur. Hæ feriæ & abolitiones publicæ prosunt tantum liberis hominibus reis postulatis, non etiam seruis: hæc est alia differentia, *l. 2. C. de cust. reor. l. Domitianus, ad Senatusc. Turpill.* Item, seruus accusatus adulterij, marito accusatori non potest opponere præscriptionem lenocinij, liber homo potest, *l. quoniam Alexander, C. ad l. Iul. de adult.* Seruus neque deferre, neque referre crimen potest, neque inscribere, neque præscribere crimen. Vel aliter: Seruus neque directe accusare potest quemquam, neque in modum præscriptionis. Et ex his differentiis liquet, non in omnibus causis, aut per omnia locum habere, quod ex Sxnatusfcqnfulto facto sub Tiberio, M. Aurelio Cotta, & M. Valerio Messala Coss. proponitur in *l. hos accusare §. si seruus, de accusat.* Si seruus reus postuletur, hæc est sententia SC. eadem obseruanda esse, quæ si liber esset, puta, vt accusator subscribat in crimen, *l. 13. C. eod. tit.* Et vt non cuilibet seruum accusare liceat, sed ei tantum, cui liberum hominem accusare prohibitum non est. Nam qui liberum hominem non potest accusare, nec seruum quidem, *l. 5. hoc tit.* Et certe similiter omnia seruanda sunt in iudicio criminali, quod instituitur aduersus seruum, quæ seruantur in iudicio, quod instituitur in liberum hominem, exceptis nimirum supradictis casibus. Exposui iam tres leges postremas ex hoc libro 6. Differentiarum Modestini: sed nondum ideo liber sextus absolutus est. Nam didici ex Licinio Rufino in collatione legis diuinæ & humanæ, *tit.* 1. & hoc quoque 6. libro docuisse Modestinum quam sæpe in iure scientes ab ignorantibus separentur, sub hoc titulo, *de scientibus & ignorantibus*, sicut & libro 6. didicimus, Modestinum tradidisse differentiam inter depositum & commodatum ex eodem Licinio. Ex quo apparet Modestinum differentias, quas his libris exposuit, titulis distinxisse. Et de hac separatione, distinctione, differentia scientium & ignorantium sic habetur, eam esse multiplicem, & maxime vigere in iudiciis criminalibus, vti Modestinus apud eundem Licinium ait, adhibita differentia semper considerandum esse, *vtrum sciente, an ignorante aliquo quid gestum proponatur*: quod etiam ostenditur in lege 5. §. *vlt. de pœnis*: quia, inquit Modestinus, *nonnunquam per ignorantiam delinquentibus iure ciuili venia tribui solet*: quæ scilicet non tribuitur scientibus, qui deliquerunt consulto consilio. Et ait *ignorantibus nonnunquam veniam dari*, vt Paulus similiter 5. Sentent. *Eum, qui hominem occiderit, aliquando absolui: vt si iactu teli imprudenter hominem occiderit*; quo pertinet illa vetus formula apud Ciceronem in Topic. *& lib. de Oratore*: *Si telum manu fugit magis, quam iecit*? quod in quadam Tragœdia Euripidis ita effertur, *Si telum manus meas liquit*: χεῖρας ἐμὰς λείπει βέλος. Ad quam formulam veterem respixit D. Augustinus in Canone Si homicida 23. *quæst.* 5. vbi id non satis emendatum est: *Si inuito*, inquit, *atque imprudenti telum manu fugerit.* & his conuenienter *l. 1. C. ad leg. Cornel. de sicar. eique qui casu hominem occiderit, remitti pœnam homicidij*, id est, *veniam tribui*, vt Modestinus ait. Recte autem Modestinus ait, *eam veniam nonnnnquam ignorantibue tribui*: nam & per ignorantiam admissa interdum coercentur, vel leuiori pœna, *l. 2. infra, de term. moto*, quod & definitio l. indicat, *l. 1. de legib.* delictorum, quæ sponte, vel ignorantia contrahuntur, coercitio. Verum addit illo loco Modestinus, *si modo rem facti quis, non iuris ignoret.* Quibus verbis significat ignorantibus factum veniam dari, non etiam ignorantibus ius. Ignorantiam iuris non excusare a delicto, nisi sit talis persona, quæ ius ignorare posset, vt fœmina, *l. si adulterium, ad leg. Iul. de adult.* Ad hæc certissimum est, sæpissime hanc distinctionem scientiæ & ignorantiæ seruari, & occurrere in casibus ciuilibus. Inter ignorantes liberi hominis emptio, vel potius obligatio empti aut venditi contrahitur, non inter scientes, *l. liberi, de contrah. emp.* Et Iulianus inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto, *l. Iulianus, de action. emp.* Item, si seruus commodatus furtum commodatario fecerit, is qui commodauit, commodatario tenetur eo nomine contraria actione commodati, si sciens talem esse seruum ignoranti commodauerit, non si ignorans, *l. pen. commod.* Idemque seruatur in pignore, *l. si seruus, de pignerat. act.* & in locatione, *l. 14. §. his consequens, de seruo corr.* Si seruus sciente domino noxam nocuerit, dominus suo nomine in solidum obligatur, si ignorante domino, serui tantum nomine in dominum competit actio noxalis, *l. 2. 3. & 4. de noxal. action.* Et vt ex iure veteri addam aliud, quod nouissimæ repertæ ampliores sententiæ Pauli me docuerunt, *Mulier, quæ se sciens seruo reipubl. iunxit, etiam citra denuntiationem ex Senatusconsulto Claudiano reipublicæ ancilla efficitur, non item si nesciat.* Possunt adferri aliæ innumeræ differentiæ: nam vere possum dicere nullam esse distinctionem vel separationem in iure frequentiorem, nullam numerosiorem.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,
Recitationes solemnes
In Librum VII. Differentiarum Herennij Modestini.

Ad legem 22. de pigno. & hypoth. qualiter ea contrah. & de pact. eor.

L. 22. Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligauerit, heres exstitero: ex post facto pignus directo quidem non conualescit: sed vtilis pigneratitia dabitur creditori.

PAulus in *l. rem alienam, de pignerat. act.* hanc differentiam docuit esse inter debitorem, qui cum rem alienam pignori dedisset, postea domino eius rei heres exstitit, vel qua alia ratione eius rei dominus esse cœpit, & dominum eius rei, qui debitori, a quo res sua pignerata erat, heres exstiterat. Eam differentiam etiam Modestinus exposuit in hoc lib. & nouissime sublatam esse docuit in *l. 22. de pign.* quæ est ex hoc libro: obligationem pignoris non contrahi, re aliena pignori data sine voluntate domini: sed si debitor, qui rem alienam pignori dedit sine voluntate domini, postea ex testamento domini, vel alio modo eius rei dominium nanciscatur, pignus conualescit, quob ab initio non valuit, non quidem directo, quia obstat reg. iuris: sed creditori data vtili, non directa pignoris persecutione, id est, actione hypothecaria, vt *l. 1. in princip. de pign. l. 5. C. si res alien. pignor.* Non idem esse si a debitore, re aliena pignori data, non consentiente domino, postea dominus eius rei debitori heres exstiterit, & consequenter, idem, qui est dominus pignoris, etiam debitor esse cœpit: hoc enim casu pignus non conualescere, nec creditori dari vtilem hypothecariam, & rationem diuersitatis hanc esse, quia priore casu, cum scilicet debitor dominium pignoris acquisiuit, pignus contractum est ex conuentione eius, qui nunc pignoris dominus est, qui ne mendacij arguatur, nunc probe non potest resistere creditori vindicanti pignus. Posteriori autem casu, nunquam pignoris dominus obligationi præbuit consensum, atque ita multum interest, debitor pignoris dominus esse cœperit, an pignoris dominus cœperit esse debitor: hoc enim casu pignus non conualescit: illo conualescit. Verum hac, vt verisimile est, exposita differentia, Modestinus subiecit id quod est in h. l.

h.l.22.de pignor. etiam hoc posteriori casu postea idem fuisse receptum, quod priori, nempe, vt ex postfacto, & posteriori casu, cum dominus pignoris debitor esse cœperit, postea idem fuisse receptum, scilicet ex postfacto, vt pignus conualescat, non quidem directo, sed ita, vt priore casu aduersus dominum pignoris, eundemque debitorem effectum, succedendo in hereditatem debitoris, creditori data vtili actione pignoratitia, id est, etiam hypothecaria pignoris persequendi causa. Et hoc est quod ait, *si Titio qui rem meam ignorante me, &c.* etiam pignoratitia accipitur in *d. l. rem alienam*, & passim in iure. hoc autem tandem receptum fuit vtroque casu, vt pignus conualesceret, siue debitor pignoris dominium adquisierit, siue dominus pignoris debitor esse cœperit, non caret ratione, vt etiamsi pignoris dominus, qui nunquam obligationi præbuit assensum, debitori heres exstiterit, debeat acquiescere creditori pignus vindicanti: quia scilicet æquum est, ne heres irrita faciat quæ defunctus rata esse voluit. Et quemadmodum, si rem heredis defunctus legauerit, quam forte suam esse existimabat, necesse habet heres legatum præstare, *l. vnum ex familia 67. §. si rem 8. de leg. 2.* Ita si rem heredis defunctus pignori obligauerit, quam etiam forte existimabat esse suam, æquum est, vt necesse habeat heres creditori adquiescere pignus vindicanti. Illa differentia quæ proponitur in *d. l. rem alienam*, Pauli ætate obtinuit: idem post ætatem Modestini, qui peruenit vsque ad Maximum Imperatorem, teste Capitolino, & vsque ad Gordianum, vt testatur *l. 5. C. ad exhibend.* illa differentia iuris antiqui valere desiit, eadem æquitate vtroque casu recepta. Et ita omnino hæc quæstio respersa multo puluere, enodanda est. Et hinc liquet, his libris Modestinum exposuisse, non tantum iuris noui & recepti, sed etiam antiqui, & antiquati differentias, quod etiam nobis indicauit lex 10. *de suis & legitimis heredib. sup.*

Ad leg. 4. De testament. tut. & l. 20. De tutorib. & curatorib. datis ab his qui ius dandi habent: & qui, &c. l. 1. qui petant tutores, vel curatores, & vbi petantur.

L. 4. Pater, herede instituto filio, vel exheredato tutorem dare potest: mater autem non nisi instituto, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videatur. Sed & inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit: veluti si ex amico inimicus, vel ex diuite pauperior effectus sit.

L. 20. Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: Nam de curatore constituendo, edicto comprehensum est.

1. §. Curatorem habenti, quo minus alius curator detur, regula iuris non est impedimento.

L. 1. Matris sollicitudo in petendis filio tutoribus, non etiam curatoribus obseruatur, nisi quo casu impuberi curator petendus est.

Docuit etiam Modestinus, quæ essent differentiæ inter tutorem & curatorem, cum quis moriens prægnantem vxorem reliquit, magistratus ventri similiter & bonis, vt *l. 1. §. quoties, de ventre in possess. mitt.* curatorem dare posse, non tutorem, quia edictum prætoris, quo hoc introductum est, vt ait Modestinus in *l. 20. de tutorib. & curatorib. dat. ab his, &c.* de curatore dando loquitur, non de tutore. Ergo curator dari potest, non tutor, quia etiam non potuit prætor loqui de tutore dando: quandoquidem habenti tutorem prætor facere non potest, sicuti nec heredem facere potest, §. *Quos autem, Instit. de bonor. possess.* nec tutorem similiter: sed bonorum possessorem vice heredis facit, ita etiam curatorem vice tutoris. Et ita est explicandum quod ait l. 20. Et mox additur in hac l. alia differentia, *tutorem habenti, tutorem dari non posse.* est regula iuris, a qua tamen excipiuntur quidam casus, de quibus in *tit. C. in quibus causis tut. hab. &c.* Regulariter tutorem habenti, tutorem dari non posse: curatorem autem habenti, curatorem dari posse: quia curator datur in rem, tutor in personam: & curatori rei administratio committitur, tutori mandatur personæ ætate infirmæ tutela, educatio, institutio, moderamen. *Tutela*, vt est in definitione, *est potestas in caput liberum*, quam qui nactus est, quique nacti sunt, vt si ab initio fuerint dati tutores plures, non potest eis minuere adiectio aliorum tutorum. In rerum autem administratione nihil vetat, prioribus superadiici subinde alios curatores aut procuratores. Et tertia differentia ex eodem libro Modestini proponitur in *l. 1. qui pet. tut.* Matris sollicitudinem obseruari in petendis tutoribus, non etiam in petendis curatoribus, nisi quibus casibus pupillo curator datur. Matrem puniri, mulctari successione filij, ex constitutione Seueri, quæ filio impuberi tutorem non petiit: non eam, quæ filio puberi curatorem non petiit, vt *l. 6. C. eod. tit.* nimirum, quia nec puberi, nisi petenti curator dari potest: impuberi etiam non petenti, tutor, vel curator datur, *l. 23. de tutel.* Adiecit etiam Modestinus quartam differentiam vt indicat *l. 4. de testament. tut.* Curatorem nec a patre, nec a matre filio in testamento recte dari, *l. 1. in fi. de confirm. tutor. l. 32. de excusation. tut.* Vnde & in *l. Lucius §. Mauia, ad Trebell. Mater quædam heredibus institutis, curatores, si licuisset, substantiæ meæ dedisset.* non licet igitur patri vel matri curatorem testamento dare, cur ita? quia l. XII. Tabular. de tutore loquitur, non de curatore. Cur ventri datur curator, non tutor? quia edictum de ventre in possessionem mittendo, de curatore loquitur, non de tutore: eodem modo, cur testamento datur tutor, non curator? quia l. XII. tabularum de tutore tantum loquitur: & tutoris, vel curatoris datio, legis est tota, pendetque tota ex præscripto legis, vel edictorum, quod ad curatores attinet. Ratio igitur est, quia l. XII. Tabul. de tutore tantum loquitur, his verbis: *pecunia tutelave rei sua.* Ac præterea, quia eadem lex de patrefam. loquitur, non de matrefam. his verbis: *Paterfamilias vti legassit super pecunia tutelave rei sua.* Solus pater filio impuberi heredi instituto vel exheredato tutorem dare potest: nec tutor ab eo datus indiget confirmatione præsidis, vel prætoris, quanquam non iure datus sit, vt si datus filio emancipato impuberi, vel si datus sit testamento minus solemni, minus iure facto, *l. 1. de confir. tut.* non indiget etiam inquisitione, quæ fiat in mores & facultates eius, quem pater elegit. Mater autem filio nec tutorem dare potest, vel heredi instituto, vel exheredato, siue præterito, *l. peto 69. §. mater, de leg. 2.* Sed si heredi instituto mater tutorem dederit, ex inquisitione confirmari potest decreto prætoris, vel præsidis, quasi datus in rem, quam ei reliquit mater potius, quam in personam, quasi datus in bona, quæ filio reliquit mater, vt ait *l. vlt. in fi. qui pet. tutor.* Nam absurdum est, mulierem personæ tutorem constituere, ac proinde mater non potest tutorem dare, nisi heredi instituto: qua tutor est potius rei, quam personæ, i. hereditatis filio relictæ, vel curator potius quam tutor, qui etiamsi testamento non iure detur a patre vel matre, confirmari tamen potest. quod si a matre tutor datus sit filio exheredato vel præterito, hic neque confirmari potest, neque confirmatus ad tutelam admittitur. Et *l. 2. de confirm. tut.* est accipienda de herede instituto, & in *l. 4. C. de testam. tut.* (vt iampridem docui) legendum est affirmative: *quando autem eos heredes instituerit, solet ex voluntate defuncti datus tutor a præsidibus confirmari.* Et hæc quidem omnia de tutore a patre vel matre testamento dato, habentur in hac l. 4. *de testam. tut.* quæ est ex hoc lib. Modestini. Et ita ad quartam differentiam, quam retuli sup. inter tutorem & curatorem *d. l. 4.* explicanda est. Verùm excipitur in ea l. 4. vnus casus, quod tutor a parte datus, confirmandus est causa cognita, aut plane repellendus, si videlicet causa, propter quam datus videbatur, in

eo mutata sit, vt si ex amico inimicus effectus sit: si ex diuite pauperior, ex probo, improbior, ex soluto omni ære alieno, obæratus, vt *l. 8. & 9. de confirm. tut.* Possent addi aliæ differentiæ, sed hæ sufficiant, quia & aliæ fere omnes ex iis dependent: & eædem quoque ipsæ, quas retuli, multas complectuntur, vt pote, ratione vnius differentiæ aliam indicante differentiam. Puto etiam hoc libro exposuisse, quid differant curatores alij ab aliis. Curatori furiosi vel prodigi, vel pupilli, quo casu pupillo curator datur, plenam rerum administrationem permitti: curatori bonorum & ventris custodiam tantum rerum permitti, & venditionem earum rerum, quæ deteriores futuræ sunt: & hunc curatorem ad breue tempus constitui, non illos, *l. inter bonorum* 48. *de administ. tut. l. pen. §. etsi quis, de ritu nupt.* quid item differant tutores ipsi inter se. Testamentarios tutores, & datos ex inquisitione, non satisdare rem pupilli saluam fore, alios satisdare, *l. pen. C. de tut. vel curat. qui satis non dedit.* Subsidiariam actionem, quæ datur aduersus magistratus municipales, ob causam datorum tutorum ad testamentarios, vel datos ex inquisitione non pertinere: ad alios pertinere, *l. vlt. C. de auctor. præst.* Erat & olim tertia differentia, quæ tollitur in *d. l. vlt.* nam ex testamentariis, vel datis ex inquisitione, vnius auctoritas sufficiebat, ceterorum omnium in omni re auctoritas requirebatur: & requiritur etiam hodie omnium, etiamsi ex testamento dati sint, vel ex inquisitione, ex *d. l. vlt.* Erat etiam differentia in excusationibus: nam legitimi tutores se excusare vel abdicare tutela non poterant, quia necessarij erant tutores. Erat etiam inter tutores pupillorum, pupillarumve, & tutores mulierum (nam mulieres etiam puberes erant in perpetua tutela) hæc differentia, quod tutores mulierum auctoritatem tantum interponebant, tutores pupillorum etiam negotia gerebant, quod omne Vlpian. ostendit lib. *sing. reg. tit. de tutel.* Sed de his satis.

Ad leg. 8. De assignandis libertis.

L. 8. Liberi patroni, quanquam & ipsi in plerisque causis manumissoris iure censentur, tamen paternum libertum liberis suis adsignare non potuerunt, etiamsi eis a parente fuerit adsignatus. Idque & Iulianus & Marcellus probant.

HÆc l. cum sit ex lib. VII. argumentum præbet existimandi, etiam hoc libro docuisse Modestinum, qua in re, non eodem iure censerentur patronus manumissor, & patroni liberi, qui patroni sunt non manumissores: alij sunt patroni manumissores, alij patroni non manumissores, vt liberi manumissorum: nam etiamsi, vt ait *d. l.* 8. liberi patroni, in plerisque causis manumissorum iure censeantur, vt in tutelis legitimis, quæ non minus deferuntur liberis patronorum, siue manumissorum, quam manumissoribus, vt ostenditur in *Instit. tit. de fiduc. tut.* Et similiter in legitimis hereditatibus libertorum intestatorum, vel testatis libertis, si præteriti sint in petenda bonorum possessione contra tabul. non tamen in aliis quibusdam causis, eadem iura liberi patroni habent, quæ & ipse patronus manumissor: ac primum, vt ait *d. l.* 8. liberi patroni libertum paternum liberis suis adsignare non possunt, etiamsi eis a patre adsignatus fuerit libertus: quia Senatusconsultum de assignandis libertis, adsignandi liberti potestatem dedit soli manumissori ex testamento, vel inter viuos: non ergo liberis manumissoris. Item, quæ est alia differentia: liberi patroni maiores XXV. annis qui libertum paternum capitis accusauerunt, vel in seruitutem petierunt, nec obtinuerunt, remouentur a bonorum possessione contra tabulas, ac præterea nullus eis honor debetur, a quibus tamen omnibus ob eam rem manumissor non remouetur, etiamsi calumniose libertum capitis accusauerit, vel in seruitutem petierit, *l. 9. 14. & l. 16. in seruitutem, de bon. libert. l. si filius §. pen. de fideicommiss. libertatib. l. 9. in fi. l. 10. & 11. de iure patron. l. 10. §. liberos, de in ius voc.* & in constitutione Græca Iustiniani *de iur. patron.*

Ad leg. 52. De condit. & demonstrat. & causis & modis eorum, quæ in testam. scribun. & l. 195. De reg. iur.

L. 52. Nonnumquam contingit, vt quædam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obscura: quod euenit, si alicui ita legatur: Titio decem do lego, si Mæuius Capitolium ascenderit: *nam quamvis in arbitrio Mæuij sit, an Capitolium ascendat, & velit efficere, vt Titio legatum debeatur: non tamen poterit aliis verbis vtiliter legari*: Si Mæuius voluerit: Titio decem do: *Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.*

L. 159. Expressa nocent, non expressa non nocent.

POsuit etiam differentias, quæ sunt inter expressum & tacitum: id est, inter ea, quæ geruntur palam & aperte, & ea quæ geruntur tacite: proposita regula in *l. 195. de reg. iur.* quæ est ex hoc libro. *Expressa nocere, non expressa non nocere:* quæ regula repetita est ex hoc ipso libro in *l. 52. de condit. & demonstrat.* proposito exemplo huiusmodi: Legatum in alterius, puta, extranei, vel heredis voluntatem meram, expressim conferri non posse vtiliter, puta, hoc modo: *Titio centum do lego si Mæuius volet*, inutile est legatum: tacite tamen conferri posse in alienam voluntatem: vt si dicat, *Titio centum do lego, si Mæuius Capitolium ascenderit*: vtile est legatum, quamvis in potestate sit Mæuij ascendere, vel non ascendere, & ita efficere, vel non efficere, vt legatum debeatur, quæ differentia confirmatur *l. 3. de legat. 2. & l. 11. §. sic fideicommiss. de legat. 3.* & habet etiam locum in heredum institutione: heredis institutio aperte conferri in alterius merum arbitrium non potest, tacite potest: hoc modo: *Titius heres esto si Mæuius Capitolium ascenderit, l. si quis Sempron. 68. de heredibus instituend.* & vt ibid. ostenditur, eadem distinctio locum habet in exheredatione. Itaque non valet exheredatio facta expressa conditione huiusmodi: *Si Titius quem heredem scripsi, mihi heres erit*, exheredatio non valet, *l. 3. §. filius, de liber. & postum.* & tamen ita facta exheredatio, *Filius meus exheres esto*, valet: licet ei tacite insit ea conditio: *si Titius, quem heredem scripsi, mihi heres erit:* neque enim aliter exheredatio valere potest, quam si aliquis ex testamento heres extiterit: adde, actus legitimos & solemnes tacite recipere diem, vel conditionem, quæ tamen, si aperte comprehendantur, vitiant actus, *l. actus, de reg. iur.* Item, tacite pacisci licere, ne quis de dolo agat, vt si quis paciscatur cum depositore, ne depositi agat: nam & sic tacite paciscitur, ne agat de dolo, qui solus venit in actionem depositi, & nominatim & diserte ita pacisci non licet, ne de dolo agatur: turpis & inuerecunda huiusmodi pactio est; quæ non est inuerecunda, si verbis tegatur, *l. si vnus §. illud, de pact.* & ait Modestinus in hac l. 52. nonnunquam contingere, vt lib. superiore, tit. de scientibus & ignorantibus dixit, *nonnunquam per ignorantiam delinquentibus veniam tribui*, ita etiam hic *nonnunquam*: quia ex contrario nonnunquam, aut certe plurimum, quæ tacite acta valent, valent etiam si agantur expressim: vt tacite repeti vsusfructus potest, vt si legetur in annos singulos: quia plura sunt legata: potest etiam repeti expressim: hoc modo: *Illi vsumfructum illius fundi do lego, quotiesque capitis deminutione amissus vsusfructus erit, eidem eundem vsumfructum do lego*, quamvis hæc repetitio videatur aduersari iuri publico, quo cautum est, vt capitis deminutione finiatur vsusfructus. Sed nihil refert, vtrum tacite an expressim repetatur. Olim tacite tantum repeti poterat, non expressim: & hoc ostenditur *l. 3. in princ. quib. mod. vsusfr. amitt. & l. licet, de vsufr. legato*, vbi tamen legamus oportet, *nec tantum*, vt

vt illo loco ostendi. Item, quemadmodum legatum valet, si tacite conferatur in arbitrium & voluntatem alterius, his verbis: *Si Mæuius Capitolium ascenderit*, quia non tam confertur in voluntatem Titij: quam in hunc casum, *Si Capitolium ascenderit*. Et vt est apud Aristotel. Sicut natura nihil facit frustra, ita homo sanus, vt est testator quilibet (alioqui nullum esset testamentum) nihil frustra facere videtur. Ergo cum addit hanc conditionem, *Si Mæuius Capitolium ascenderit*, vel, *si Mæuius Caio X. dederit*, hoc frustra non facit. Et habet rationem illius adscensus vel descensus omnino potius, quam arbitrij, quod tacite confertur in Mæuium: non frustra ponit illam conditionem, non ridicule. Et ideo recte confertur legatum in alterius voluntatem, tacite scilicet. Si vero expresse legatum confertur in alterius voluntatem, non quasi in meram voluntatem, in profusum arbitrium alterius, vt in specie huius l. 52. ita est accipiendum, sed quasi in conditionem aliquam, hoc sensu: *Si euenerit*. Vt si huic meæ voluntati assentiatur Mæuius, si euenerit, vt hanc meam voluntatem probet Mæuius, legatum valet. quod tacite valet, valet etiam expresse, idque ostenditur in *l.* 1. *de leg.* 2. *l.* 46. §. 1. *de fideicommiss. libert.* Et ita omnino accipiendum est quod ait *l. senatus* 43. §. *legatum, de leg.* 1. Legatum poni posse in extranei voluntatem, quasi in conditionem, scilicet in casum, non in heredis voluntatem: *Illi lego, si heres volet*: quia in herede hic sermo, *si heres voluerit*, non pro conditione accipitur, sed pro mera voluntate heredis in cuius potestate absurdum est esse, an debeat legatum, *l. vtrum* §. *cum quidam, de reb. dub.* Et hoc gnauiter confirmari potest a simili. Pœnæ causa relictum legatum non valet, hoc modo: *Heres meus si filiam tuam in matrimonium Titio collocaueris*, 10000. *Seio dato*, non valet legatum: legata deferuntur honoris causa, non pœnæ causa. Sed si his ipsis verbis, *si filiam tuam in matrimonium, &c.* testator conditionem facere, non pœna affligere voluit, valet legatum, *l.* 2. *de his quæ pœn. causa relic.* Et ita dicimus etiam expresse, recte conferri legatum in arbitrium alterius, veluti in conditionem, in casum. Et ex his quidem exemplis patet, quæ tacite acta valent, valere etiam plerunque si agantur aperte: per contrarium quoque, quæ aperte, siue expresse acta non valent, nec si agantur tacite, quidquam valere, quod innumeris exemplis planum fieri potest: paucis ero contentus. Electio vel datur expressim, vt puta: *Ex vniuersa familia mea vnum hominem eligito, vel optato*: vel datur tacite, vt ait Vlpianus lib. Regular. tit. *de leg.* veluti, homine generaliter legato per vindicationem, *hominem do lego*, tacite datur electio legatario: vt dicit Vlp. Et siue hoc, siue illo modo data sit electio, ea non consistit in persona Stichi testamento pure vel sub conditione manumissi, *l.* 9. §. *quæsitum, de opt. leg.* Incapacibus neque expresse, nec tacite quicquam relinqui potest, *l.* 1. *C. de delat. lib.* 10. Viduitas indici neque expresse, neque tacite potest, *l. cum ita legatum, de condit. & demonstr.* atque ita recte in hac lege 52. dixit Modestinus, *nonnunquam, &c.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,

Recitationes solemnes

In Librum VIII. Differentiarum Herennij Modestini.

Ad leg. 22. De donationibus.

L. 22. Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, ex mora solutionis, pecuniæ vsuras non debere, summæ æquitatis est: maxime cum in bonæ fidei contractibus donationis species non deputetur.

IN ll. huius lib. tres differentiæ proponuntur, vna inter vsumfructum legatum, & legatum in annos vel menses singulos: altera inter vsumfructum serui legati, & operas serui legati: &, tertia inter venditionem & donationem, quam ego existimo Modestinum fecisse primam: itaque ab ea incipiam. Venditio & donatio duæ sunt iustæ adquirendi dominij causæ, si ex his causis dominus rem suam alij tradat, nec tamen ius idem est vtriusque causæ. Venditor tritici, aut vini, aut olei, ex mora debet vsuras, (quod not. maxime) sicut emptor debet vsuras pretij ex mora, & venditor quidem non fundi, aut corporis certi (quoniam corpora non recipiunt vsuras) sed venditor quantitatis: venditor pecuniæ (nam & pecunia venit in commercium quandoque, id est, emptionem & venditionem) venditor, inquam, quantitatis, veluti pecuniæ, tritici, vini, olei, ad certum modum ex mora debet vsuras, *l. vltra, de action. emp.* Donator non debet vsuras, si moram fecerit in soluenda pecunia, vel oleo, tritico vino, promisso donationis causa: quia nec donationis species bonæ fidei contractibus annumeratur: in quibus solis receptum est, vt officio iudicis ex mora vsura veniat. Venditio autem est contractus bonæ fidei. Et hæc ratio differentiæ ex hoc libro Modestini exstat in *l.* 22. *de donat.* quæ, quod ait de vsuris, id etiam puto esse trahendum ad fructus fundo promisso donationis causa, vt nec post moram, aut post fidem contractam donator fructibus restituendis obnoxius sit: quia eadem æquitas & in fructibus versatur, & in vsuris. Et dico nihil obstare huic sententiæ *l. Nesennius* §. *pen. de re iudic.* quia de donatore loquitur, qui fundum donatum tradidit donatario, & postea casu quodam eiusdem fundi possessionem nactus, conuenitur a donatario non iam vt donator, sed vt possessor quilibet, quo in iudicio proculdubio fructus veniunt. Dico etiam nihil obstare *l. videamus* §. *si actus, de vsur.* quoniam a definitione eius §. est excipienda donationis causa. Nihil etiam ad hanc rem, siue quæstionem facit *l. in ædibus* §. *ex rebus, & l. cum de modo, hoc tit.* quam adducit Accursius: quoniam in eis non quæritur, an ex mora donator fructuum restitutioni obnoxius sit, sed an fructus, quos donatarius ex rebus donatis percepit in modum, quem lex Cincia donationibus imposuit, computentur: & respondetur, non computari: nullam factam videri fructuum donationem, sed donatarium suo iure fructus percipere post perfectam donationem, tanquam dominum fundi donati. Nihil etiam facit ad hanc legem 22. *l. licet, de vsuris*, quæ lite contestata vsuras currere ait, & nihil habet præterea: quia loquitur de vsuris, quæ iam deberi & currere cœperunt, quæ nec desinunt currere interueniente nouatione necessaria, id est, litis contestatione. Sed & post litem contestatam procurrunt & adaugentur, quæ tamen interueniente voluntaria nouatione, id est, stipulatione, desinerent currere, vt *l.* 18. *de nouation.* Nihil etiam, (vt submoueam totam glossam) ad hanc *l.* 22. facit *l. cum quidam* §. *vlt. de vsur.* quia loquitur de vsuris legatorum, quibus plectitur mora, contumacia, indeuotio heredis, a quo legata relicta sunt, non loquitur de vsuris donatæ quantitatis, quibus donator plectatur contra omnem humanitatem. Nihil etiam ad hanc rem facit *l.* 1. *de pollicitat.* quia non de mera & directa donatione loquitur, sed de ea, quæ in rempubl. collata est ob causam: veluti, ob honorem decretum, vel decernendum: quæ sola, quia nec mera liberalitas est, ex mora recipit vsuras.

Ad l. 62. De ædilit. edict. & redhibit. act. & quant. min.

L. 62. Ad res donatas edictum ædilium curulium non pertinere, dicendum est. Etenim quid se restiturum donator repromittit, quando nullum pretium interueniat? quid ergo, si res ab

to cui donata est, melior facta sit? nunquid, quanti eius, qui meliorem fecit interest, donator conueniatur? quod minime dicendum est: ne, eo casu, liberalitatis suæ, donator pœnam patiatur. Itaque si qua res donetur, necesse non erit, ea repromittere, quæ in rebus venalibus ædiles repromitti iubent. sane de dolo donator obligare se, & debet, & solet: ne quod benigne contulerit, fraudis consilio reuocet.

AD res venditas constat pertinere Ædilitium edictum, de redhibenda scilicet re vendita, ob morbum aut vitium, quod emptor ignorauit: qua de re etiam emptori venditor cauere debet: puta, si in ea causa res vendita fuerit, vt redhiberi debeat, se pretium emptori, & cetera omnia, quæ pretium sequuntur redditurum, *l.* 28. *&* 29. §. 1. *l.* 30. in *princip. h. t.* Cauere etiam venditor emptori debet (quod maxime notandum est) se id redditurum emptori redhibita re vendita, quo emptor eam rem meliorem fecit. Et ad hoc l. 62. est valde singularis. Et secundum hoc etiam accipi velim in *l.* 29. *hoc tit.* hæc verba, *Vel si quid pro seruo impendit:* vt pote, si meliorem seruum fecit, si erudiuit, si instruxit, si ægrum persanauit. Dum enim ait l. 62. ad res donatas Ædilitium edictum non pertinere, quod nullum pretium interueniat, quod donatorem restituero porteat donatario: & quod non sit æquum donatorem, meliorationes, quas fecit donatarius, ei restituere, ne ex sua liberalitate damnum ferat: Et in summa non debere donatorem cauere de iis, quæ in ædilitio edicto continentur, non debere donatarium de gratuito munere queri: &, vt est in prouerbio, *Non debere equi donati dentes inspicere:* dum hoc, inquam, Modestinus ait in *h. l.* 62. ex contrario satis indicat, venditorem meliorationes & cetera omnia redhibita re vendita, emptori repræstare debere. Hoc tantum exigit Modestinus in donatore, vt caueat de dolo malo, ne sub specie benignitatis, id est, liberalitatis, donatarium fallat: ne, inquit, quod benigne contulerit, fraudis consilio reuocet, quod vtique eueniet. Verbi gratia: Si sciens dolo malo rem alienam donauerit, & mox dominus donatario rem euincat, in quam forte iam donatarius, magnos sumptus fecerit: nam & si directo ipse donator eam rem non reuocet, sed dominus rei: videtur tamen & ipse donator quodammodo eam rem reuocare per dominum, cuius non erat ignarus, cum rem donaret: & ideo de doli actione tenetur in id quod interest: maxime, si donatarius in eam rem sumptus fecerit, *l. Aristo* §. *vlt. de donat.* Idemque dici potest ex §. *pen. Nouel.* 7. *Iustiniani, de non alienandis rebus Eccles.* Si sciens dolo malo donauerit rem sterilem & infructuosam, aut quæ onerat impendio dominum magis, quam fructibus auget: aut rem publicis tributis prægrauatam nimis, vt scilicet suum exoneraret patrimonium & quodammodo tamen beneficio debitorem naturalem adquireret, nam quod in illa Nouel. in Ecclesia, cui ea res donatur, idem in priuato homine seruari numquid æquum est? Certe & hoc casu redhibitioni locus est, vt in ea Nouella definitur.

Ad leg. 18. De adim. vel transfer. leg. vel fideic.

L. 18. *Rem legatam si testator viuus alij donauerit, omnimodo extinguitur legatum, nec distinguimus, vtrum propter necessitatem rei familiaris, an mera voluntate donauerit, legatum debeatur: si nuda voluntate non debeatur, hæc enim distinctio in donantis munificentiam non cadit: cum nemo in necessitatibus liberalis existat.*

ESt & 3. differentia quæ in hac l. 18. proponitur, si rem suam legauerit testator, postea que eam vendiderit, quæratur an ademisse videatur legatum, ita distingue: aut nuda, & mera voluntate vendidit rem legatam, & ademisse videtur legatum: nec si postea eam rem redemerit, debetur legatum, nisi legatarius probauerit nouam voluntatem testatoris: aut rem legatam vendidit vrgente necessitate rei familiaris, vrgente ære alieno, & hoc casu non videtur ademisse legatum: ac proinde legatum debetur mortuo testatore, nisi probauerit heres adimere legatum testatorem voluisse. Quæ distinctio probatur *l.* 11. §. *si rem suam, de legatis* 3. *& l.* 15. *hoc tit. & l. scribit, in fin. de auro & arg. leg.* Verum eadem distinctione non vtimur in donatione: si testator rem suam quam legauerat, postea alij donauit inter viuos: quia omnis donatio fit mera voluntate. Illa distinctio, inquit, in donantis munificentiam non cadit: cum nemo, inquam, in necessitate liberalis sit, id est, cum nemo tunc donet, cum premitur necessitate rei familiaris. Itaque re legata, postea a testatore donata, indistincte dicimus, ademptum & extinctum legatum esse, nisi legatarius probauerit (nam ei incumbit onus probandi) aliam fuisse voluntatem testatoris, quæ est sententia h. l. 18. adeo vt etiamsi iure donatio non valeat, tamen videatur testator ademisse legatum, *l.* 24. *infra h.* Possunt etiam addi aliæ differentiæ inter donationem & emptionem: venditorem teneri de euictione, etiamsi de ea non cauerit per stipulationem: Donatorem non aliter teneri de euictione, quam si de ea cauerit donatario stipulanti: stipulanti, inquam, nam si paciscenti, non obligatur euictionis nomine, *l.* 2. *C. de euiction.* nisi, vt ante dictum est, in re donanda dolo malo fecerit, *d. l. Aristo* §. *pen.* Et hoc est, quod Paulus ait 5. Sententiarum, *Inuitum donatorem de euictione rei donatæ promittere non cogi:* nec eo nomine, si promiserit, citra stipulationem scilicet, onerari: quia lucratiuæ rei possessor, id est, donatarius ab euictionis actione ipsa iuris ratione defenditur. Item, si fructuarius vendiderit vsumfructum, id est, perceptionem fructuum: nam ius ipsum quod personæ cohæret, vendi, & in alium transferri non potest, *l. si vsusfructus, de iure dot.* etsi emptor non vtatur, fruatur, videtur vsumfructum retinere: quia pretio fruitur. Neque igitur eum amittet non vtendo, quamvis nec ipse, nec emptor vtatur: sed si donauerit vsumfructum, non aliter vsumfructum retinere videtur, quam si donatarius vtatur, *l.* 38. 39. *& l.* 40. *de vsufr.* Item constitutio D. Marci ad Aufidium Victorinum, cuius in iure fit mentio sæpissime, pertinet ad seruos venditos, ea lege, vt manumittantur: ex qua Constitut. cessante emptore, ipso iure liberi fiunt. Non pertinet autem ad seruos donatos eadem lege, *l. Paulus respondet, de liber. caus. l. qui Romæ*, §. *Flauius, de verb. obligat.* sed postea ea Constitutio porrecta quoque est ad seruos donatos, *l. pen. qui sine manum. ad liber. l.* 1. *C. si mancip. ita fuerit alien.*

Ad l. 32. De rei vindic.

L. 32. *Quod si artificem fecerit post* 25. *ann. eius qui artificium consecutus est, impensa facta poterunt pensari.*

PRæterea emptor, cessam sibi act. in rem, ad quam quæstionem pertinet *l. in rem, de rei vindic.* Emptor, inquam, cessam sibi in rem actionem, transmittit ad heredem suum etiam ante litem contestatam, & similiter alium procuratorem ad agendum facere potest, etiam ante litem contestatam: cum tamen regulariter procurator procuratorem facere non possit ante litem contestatam, procurator in rem alienam, procurator in rem suam. Veluti, emptor, cui cessa est actio in rem, actio dominij a venditore, etiam hanc habet potestatem ante litem contestatam, vt alium procuratorem facere possit: donatarius non item. Hæc differentia obtinuit olim inter donatarium & emptorem, quandoquidem olim donationes strictius accipiebantur. Sed tollitur hæc differentia a Iustiniano in *l. illam, C. de donationib.* qua eadem facultas datur donatario, quæ competebat olim emptori. Postremo, emptio venditio perficitur nudo consensu: Donatio stipulatione vel traditione rei, aut pecuniæ donatæ, vel mancipatione, vel cessione in iure, non nudo consensu. Hæc est etiam vetus

vetus differentia, nam hodie ex conſtitutione Iuſtiniani, etiam donatio perficitur nudo conſenſu. Sed de iis hactenus. Porro expoſuit etiam hoc libro Modeſtinus, quid diſtaret legatum vſusfructus a legato relicto in annos, aut menſes ſingulos, quod tamen vſuifructui ſimile eſſe, cum morte finiatur, ait Caius in *l. 8. de ann. legat.* Sed inter ſe tamen, cum multum, tum in primis hoc diſtant, quod capitis deminutione legatarij perimitur, & inuſu, id eſt, non vtendo, non etiam legatum in annos ſingulos, quia plura ſunt legata. Legatum annuum quotannis renouatur: legatum menſtruum quot menſibus renouatur. Vſusfructus autem legatus vnum eſt legatum: & quod vſusfructus repeti poteſt tacite vel expreſſim. Legatum autem annuum fruſtra repetatur, quod per ſe renouatur quotannis, & repetitur ſua natura: tum quod fructus eius anni, quo fructuarius vita deceſſit, qui nondum percepti erant, ad heredem eius non pertinebant, integrum autem eius anni legatum heredi legatarij debeatur: quæ omnia proponuntur in *d. l.* 8. Poſtremo quod legatum vſusfructus cedat ab adita hereditate: legatum annuum a morte teſtatoris *l.* 2. *&* 12. *quand. dies leg.* quas omnes differentias & inſuper alias quas annotauimus non ita dudum ad *d. l.* 8. proculdubio hoc libr. VIII. Modeſt. digeſſit. Et ad primam quidem differentiam reſpicit *l. vlt. de cap. min.* quæ eſt ex lib. eodem. Et rationem diuerſitatis explicat, cur vſusfructus finiatur cap. deminut. non legatum in annos vel menſes ſingulos, quia, inquit, tale legatum, ſcilicet quod relinquitur in annos, vel menſes ſingulos, in facto potius, quam in iure conſiſtit. Quid hoc eſt? *Vſusfructus in iure conſiſtit.* Vſusfructus nihil aliud eſt, quam ius, quod legatur fructuario, ius in re, ius perſonale, & ciuilis ſcilicet ratio, veluti capitis deminutiones, quæ ciuili ratione nituntur, id eſt, quæ in iure conſiſtunt, quæ ſunt nuda iura perimere poſſe. Ius facile aliud perimit. At nulla iuris ratio perimere poteſt quod conſiſtit in facto naturali, reali, corporali, in præſtatione, ſiue penſitatione naturali, *vt ait l.* 8. *h. t.* in penſitatione heredis annua vel menſtrua. Idemque de habitatione legata, definit Modeſtinus in *h. l. pen.* Nam & habitatio, quæ legata eſt capitis deminutione, vel non vtendo, non amittitur, quamdiu ſupereſt domus, quæ habitationem præbeat, *l.* 10. *de vſu & habit.* Sicut nec legatum annuum perimitur illis modis, quandiu heres ſupereſt, qui annuum præbeat. Et longe alia eſt ratio vſusfructus, alia annui, vel habitationis legatæ. Vſusfructus, quod vel nomen ipſum indicat, conſiſtit in facto & in perſona eius, cui debetur, qui vtitur fruitur: ideoque perſona eius mutata, mutatur etiam, ſiue interit vſusfructus. Habitatio autem conſiſtit non in perſona eius, cui debetur habitatio, ſed in re ipſa. Ac propemodum habitatio nihil eſt aliud, quam res ipſa: puta domus, non actio habitatoris. Denique habitatio conſiſtit in re ipſa quæ habitationem præbet. Annuum item non conſiſtit in perſona eius, cui debetur, ſed in herede ipſo, qui annuæ penſitationi, ſiue præſtationi obnoxius eſt. Et ex eo vero, quod in *h. l. pen.* Modeſt. loquitur etiam de habitatione, apparet hoc quoque libro eadem opera Modeſtinum expoſuiſſe quid eſſet interualli inter vſumfructum & habitationem. Ita eſt omnino. Nam expoſuit etiam hoc libro Modeſt. quid diſtaret vſusfruct. ſerui ab operis ſerui legatis: quamvis enim operæ vſumfructum imitentur, *l.* 5. *in fi. vſufruct. quemad. cau.* & vſusfruct. hominis ſit in operis aut mercedibus operarum, *l.* 2. *&* 3. *de oper. ſeru.* tamen longo interuallo diſtant inter ſe vſusfructus ſerui, & operæ ſerui. Vſusfructus eſt diuiduus, operæ ſunt indiuiduæ, ſicut & nudus vſus eſt etiam indiuiduus, *l.* 15. *de oper. ſeru. l.* 1. §. *ſi vſusfructus, ad l. Falcid. l.* 15. *de oper. libert.* Item vſusfructus morte & capitis deminutione, & non vtendo perimitur, operæ non item. Operæ nec morte legatarij perimuntur, ſed debentur heredi legatarij, videlicet, quamdiu ſeruus viuit, in cuius actu operæ conſiſtunt, non in actu legatarij. Debentur ergo quamdiu is ſeruus viuit, legatario aut heredi eius. Non pereunt igitur morte legatarij, vel capitis deminut. vel inuſu, *l.* 2. *de oper. ſeru. l.* 2. *de vſufr. lega.* Item, ſeruo vſucapto, legatum operarum petit, non legatum vſusfructus, *d. l.* 2. *de vſufr. leg.* quia, vt breuiter rationem perſtringam, operæ cohærent perſonæ ſerui, vnde vſucapto ſeruo, vſucapiuntur & ipſæ, atque ita pereunt legatario: vſusfructus autem ſerui ſeruo non cohæret, ſed fructuario. Vſucapi poteſt dominium ſerui: non tamen vſusfructus ideo vſucapietur, qui nulla ſocietate dominio coniungitur: Vſusfructus præſtandus eſt ex die aditæ hereditatis, operæ ex die petitionis, cum ſcilicet eſt commodum ei, cui debentur, *l.* 7. *de vſufr. leg.* Quas omnes differentias cum digeſſiſſet Modeſt. in hoc libro, non omiſit etiam iſtam, quæ nondum expoſita eſt: *Infantis vſumfructum legari recte,* quia etſi nunc nullus ſit, illius vſus eſſe poterit, vbi exceſſerit infantiam, *l. arboribus* §. *de illo, l. ſi infantis, de vſufr.* Operas autem infantis inutiliter legari, quia nondum vllæ ſunt, & legantur præſentes: vſusfructus præſens non legatur. Operæ igitur infantis inutiliter legantur, ſi infans ſit minor quinquennio, quod eſt expreſſum in *l. vlt. de oper. ſeruor.* nam a quinquennio poſſunt infantis operæ eſſe quædam, in ſcena maxime, ſi ſit hiſtrio, vel alterius voluptatis artifex, *l.* 7. §. *dabitur, de oper. libert. l. vlt. de liber. cauſ.* Et ad hanc quidem differentiam reſpicit *l.* 32. *de rei vindic.* quæ eſt ex hoc libro VIII. in qua, vt iampridem oſtendi ex *d. l. vlt. de oper. ſeru.* eſt legendum, *poſt annum quintum,* non XXV. quoniam ſi ita leges, hic erit ſenſus, ab anno XXV. demum iuuenis eſſe operas, aut æſtimari operas iuuenis, quo nihil eſt ineptius. Legendum igitur, *non poſt* XXV. ſed, *poſt quinquennium,* a quo etiam infantis poſſunt eſſe operæ quædam. Nam & quod ait *d. l. vlt. de operis ſeru.* deductis impenſis neceſſariis factis in erudiendo puero, reſtituendum eſſe puerum vindicanti, & operarum æſtimationem habendam poſt annum quintum, & quod *l.* 4. *eod. tit. de oper. ſer.* ait: idem omnino quod Modeſtinus ſcribit *in dict. l.* 32. Vnde certe coniicimus, non male hoc ſcripſiſſe Modeſtinum, quod eſt in *l.* 32. cum daret differentias inter vſumfructum ſerui, & operas ſerui.

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, Recitationes ſolemnes

In Librum IX. Differentiarum Herennij Modeſtini.

Ad leg. 15. De vſufr. & quemad. quis vtat. fruat. l. 12. De ſeruitut. ruſtic. præd. l. 101. de verb. ſignific. l. 81. De leg. 3. l. 39. De vſur. & fruct. & cauſ. & omnib. acceſ. & mora, & l. 25. de ſtatulib.

L. 51. *Titio cum morietur vſusfructus inutiliter legari intelligitur: in id tempus videlicet collatus, quo a perſona diſcedere incipit.*

L. 12. *Inter actum & iter nonnulla eſt differentia. Iter eſt enim, qua quis pedes vel eques commeare poteſt: actus vero vbi & armenta traiicere, & vehiculum ducere liceat.*

L. 101. *Inter ſtuprum & adulterium hoc intereſſe quidam putant: quod adulterium in nuptam, ſtuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter vtitur.*

1. §. *Diuortium inter virum & vxorem fieri dicitur, repudium vero ſponſæ remitti videtur: quod & in vxoris perſonam non abſurde cadit.*

2. §. *Verum eſt, morbum eſſe temporalem corporis imbecillitatem: vitium vero perpetuum corporis impedimentum, veluti ſi talum excuſſit: nam & luſcus itaque vitioſus eſt.*

3. §. *Seruis legatis etiam ancillas deberi quidam putant:*

quasi commune nomen vtrumque sexum contineat.

L. 81. Seruis legatis, etiam ancillas quidam deberi recte putant: quasi commune nomen vtrumque sexum contineat ancillis vero legatis masculos non deberi nemo dubitat. Sed pueris legatis etiam puellæ debentur. Id non æque, in puellis pueros detineri dicendum est.

1. §. *Mulieribus vero legatis etiam virgines debentur: sicuti viris legatis etiam pueros deberi respondetur.*

2. §. *Pecudibus autem legatis, & boues & cetera iumenta continentur.*

3. §. *Armento autem legato, etiam boues contineri conuenit: non etiam greges ouium & caprarum.*

4. §. *Ouibus legatis, neque agnos, neque arietes contineri quidam recte existimant.*

5. §. *Ouium vero grege legato & arietes & agnos deberi nemo dubitat.*

L. 39. Equis per fideicommissum legatis, post moram heredis, fœtus quoque debentur. Equitio autem legato, etiamsi mora non intercedat, incremento gregis fœtus accedunt.

L. 2. Statuliberos venundari posse leges 12. tab. putauerunt, duris autem conditionibus in venditione minime onerandi sunt, veluti ne intra loca seruiant, neve vnquam manumittantur.

CVm in calce superioris libri docuisset Modestinus, quid dissideret legatum vsusfructus a legato annuo vel menstruo, quid item ab habitatione, quid ab operis seruorum, consequenter in hoc libro 9. & vlt. vsumfructum cum seruitute comparat, cum qua ante non comparauerat vsumfructum. Docui quantum distaret vsusfructus legatum a legato seruitutis: ac primum vsumfructum esse ius hominis, siue personæ: seruitutem, ius prædij, vsumfructum diuiduum, seruitutem indiuiduam, quæ notissima sunt, vsumfructum morte & capitis deminutione perire, seruitutem non item, *l. 3. quemadm. seru. amitt.* Vnde consequitur statim alia differentia: cuius pars in hoc libro 9. relata est in *l. 51. de vsufruct.* Titio cum morietur, vsumfructum legari inutiliter: quia in id tempus confertur, quo a persona discedere & perire incipit. Inutiliter confertur in mortem, quod morte finitur, *l. 6. de vsufr. leg. l. heres meus §. quamvis, de condit. & demonstrat.* At seruitutem recte legari Titio cum morietur: quia a persona morientis, quod est intermedium quoddam tempus inter vitam & mortem, in heredem mortui transire potest: vsusfructus in heredem mortui transire non potest. Item vsumfructum legatum alternis annis, inutendo non amitti, *l. 28. quib. mod. vsusfr. amit.* quia plura legata, plures vsusfructus sunt. Seruitutem autem legatam alternis annis, amitti non vtendo: quia vna est seruitus, quæ tamen sui natura habet intermissionem, *l. 13. de vsufr. leg.* vbi id latius exposuimus. Docuit etiam hoc lib. Modestinus quid seruitutes prædiorum inter se differrent, vtpote, quid iter differret ab actu, *l. 12. de seruit. rust. præd.* quæ est ex hoc libro. Iter esse quo quis pedibus, vel equis commeare potest: Actum esse quo quis etiam armenta, id est, boues traiicere, & vehiculum ducere potest. Itaque eum qui actum habet, habere etiam iter: eum vero qui iter habet, actum non habere. Plus est in actu: minus in itinere, *l. 1. eod.* Non est dubium, etiam hoc libro consequenter docuisse Modestinum quid differret via ab actu: quæ differentia ita paucis perstringi potest. Viæ latitudo finita ex XII. Tab. vt sit VIII. pedum in porrectum, & XVI. in anfractum, vbi via est flectenda. Actus finitio non est legitima: & vtique semper via latior est quam actus, *l. viæ latitudo, eod.* Item, qui viam habet, trahere lignum vel lapidem, aut saxum aliquod ingens, ac si fructus non lædat, etiam hastam rectam ferre potest: qui actum habet, non item, *l. 7. eod.* Plus est in via, minus in actu: vt retro, plus est in actu, & minus in itinere. Præterea via, quæ sic dicitur quasi *veha*, non est nisi qua vehiculum duci potest: Actus est etiam qua vehiculum duci non potest, modo iumentum vel armentum agi possit, *l. 13. de seruitutib.* Viæ nominatim inest iter & actus: quia hæc est proprietas & potestas huius nominis viæ, vt significet iter & actum: Actui inest iter tacite, non ex proprietate vocabuli: actui iter inest per consequentiam tantum. Nam si possum agere armentum, vel iumentum aliquod, & ipse ire possum: proinde qui viam habet, potest vindicare iter & actum (nam iter & actus, nihil aliud est quam via) vel potest vindicare alterutrum tantum, aut iter tantum, aut actum tantum: qui actum habet, iter vindicare non potest, sed actum vindicare debet. Vero simile est & hoc libro eundem Modestinum, quæ in ceteris seruitutibus aliter atque aliter obseruarentur, exposuisse, veluti de seruitute, *ne luminibus officiatur*, & de seruitute, *ne prospectui officiatur*: de qua differentia est *l. inter seruitutes, de seruit. vrbanor. præd.* quid item aliter, atque aliter obseruaretur in seruitute luminis, & in seruitute prospectus, de qua in *l. lumen, eod. tit.* Et rursus, quid in seruitute *luminum*, & seruitute, *ne luminibus officiatur*, de qua in *l. luminum, eod. tit.* Ac præterea ex h. libro 9. in *l. inter stuprum, de verb. signific.* nos docet, inter stuprum & adulterium hoc interesse: quod adulterium proprie committatur in nuptam, stuprum (inquit) in viduam. Viduæ nomine comprehendit etiã virginem, & mulierem quamlibet innuptam. Sed, vt subiicit, *l. Iulia de adulter.* promiscue & indifferenter, per abusionem tamen, stuprum & adulterium appellari. Certe illo capite, quo plectitur, qui adulterij damnatam vxorem duxerit, etiam stuprum continetur, *l. 29. §. quod ait, ad l. Iuliam, de adulter.* & illo capite, quo punitur, qui pretium pro comperto stupro acceperit, continetur etiam adulterium, *d. l. 29. §. plectitur* Alij quoque auctores passim stuprum accipiunt pro adulterio. Mox in eadem *l. inter stuprum*, Modestinus docet hoc dissidere diuortium a repudio, quod diuortium fiat inter maritos, repudium & inter maritos, & inter sponsos. Diuortium inter maritos tantum, non inter sponsos. Proinde sponsa non recte diuortisse dicitur, *l. 19. de verb. signific.* Vxor recte proprie diuortisse dicitur, aut repudio dimissa esse, vt *l. 14. §. fine autem. qui & a quibus manum. lib. non fiant.* Neque enim nisi improprie (quod notandum) aut maritus diuertisse dicitur, quoniam cum domus mariti sit domicilium matrimonij, ipsea se ipso diuertisse diceretur. Et similiter maritus etiam non nisi improprie repudio dimissus esse dicitur. Iubet maritus vxorem facescere domum suam proprie, non vxor maritum. Sequitur in eadem *l. inter stuprum*, differentia inter morbum & vitium, quæ per inet ad ædilitium edictum, atque etiam ad l. illam XII. Tabular. *Si in ius vocato morbus æuitasve vitium escit.* Morbum esse temporalem corporis infirmitatem, cum accessu scilicet, & decessu: veluti tertianam febrim. vitium esse perpetuum corporis impedimentum, veluti, inquit, *Si talum excussit.* Sic rectissime Florentin. & Basilica similiter: ἐάν τὸν ἀστράγαλον ἐξεβάλε τις, id est, *si quis talum excussit.* Et in interpret. Basilicorum, τὸν ἀστράγαλον ἔχων ἔξω. De quo vitio, & iisdem fere verbis, Herodotus *lib. 3.* scribens de Dario, qui in venatione equo desiliens, sibi talum excusserat. ὁ γὰρ ἀστράγαλος ἐξεχώρησέ οἱ ἐκ τῶν ἄρθρων. ἀστράγαλον vocat. *Ei enim*, inquit, *talus ab articulis dilapsus erat*: & hunc, cui talus prolapsus est, esse vitiosum, sic probat Modestinus: *Nam & luscus*, inquit, *vtique vitiosus est.* Sensus hic est: vt qui captus est vno oculo, qualis est luscus, vitiosus est: Ita qui captus est vno pede, qualis est is, qui talum excussit, vitiosus est: Luscus est monoculus. Martialis, *desioculus.* Vnde *lusca imago* Tacito: quod proprie Gallico sermone est, sed pauci Galli sciunt: *vne image porphille, quand elle ne montre que la moitié du visage.* Et hanc quidem differentiam inter morbum & vitium, cum hoc loco Modestinus affirmat esse veram (ait enim) *verum est*: satis demonstrat se improbare sententiam Labeonis, Sabini & aliorum, qui cæcum, luscum, claudum, pede debilem, castratum, morbosos esse dicebant. Modestinus negat esse morbosos. Morbum enim temporalem esse: vitium perpetuum. Ergo cæcitatem,

cœcitatem, aut pedis debilitatem, eſſe vitium non morbum. Quod autem eſt in extremo h. l. inter ſtuprum, *Seruis legatis etiam ancillas deberi:* & repetitur ex hoc ipſo lib. in *l. 81. de legat. 3.* merito continuandum eſt cum his, quæ ſequuntur in *l. 81. de legat. 3.* & referendum (quod neſcio an quis animaduertat) ad differentiam, quam Modeſtinus hoc lib. oſtendit confici ex varietate nominum, id eſt, nominibus vniuerſitatem rerum ſignificari, quæ vulgo aut *generalia*, aut *collectiua nomina* dicuntur, a Græcis συςηματικὰ, & συλληπτικὰ, vt grex, equitium, familiæ, & ſimiliter peculium, inſtrumentum fundi ſcilicet vel ædium. Aliis nominibus dico res ſingulas ſignificari, & multum intereſſe in legando, an iis teſtator, an illis nominibus vtatur. Nam ſi equitium legauerit, quod eſt collectiuum nomen, id eſt, gregem equorum, ſiue *poliam*: nam & *polia* dicitur in *l. ædiles §. vlt. de ædilit. edic.* Si, inquam, equitium legauerit, etiamſi nulla heredis mora interceſſerit, fœtus, & fœtuum fœtus legatario debentur. Si equos legauerit quo genere, quot teſtator equos reliquit in bonis, tot legata videtur feciſſe teſtator per ſpecies, aut res ſingulas, aut equorum ſingula corpora: Hoc caſu non debentur legatario fœtus, niſi qui editi ſunt poſt moram heredis, quod ex hoc libro Modeſtin. propoſitum extat in *l. 39. de vſur.* & habet ſummam rationem: quia fœtura auget equitium, ſeu gregem equorum: non etiam auget equos ſingulos: proinde legato equitii, vel cauſa, ſed vt pars equitii: vt pars rei principalis, quæ legata eſt. Ac proinde in petitionem venit fœtura non officio iudicis, ſed iure & poteſtate action. ex teſtamento. Legato autem equorum non ineſt fœtura. Quamobrem nec in petitionem legati venit actionis iure, ſed officio iudicis, tanquam fructus & poſt moram heredis duntaxat, non ante moram. Hinc vero faceſſat quod Accurſ. *d. l. 39.* de equitio alieno legato, & de equis alienis intelligendum eſſe, non de propriis teſtatoris hac ratione: quia in quit, (ſi credere dignum eſt) *ſi proprium fuerit equitium teſtatoris, proprii ve equi: ex vtroque caſu debetur fœtura legatario, ex die aditæ hereditatis etiam ante moram heredis eius:* hoc eſt omnino falſum. Nec pro Accurſio quicquam facit *l. Herennius, §. 1. eod.* quæ ait, *fructus peruenire ad legatarium, aut quaſi fructus omnes poſt adquiſitum dominum.* ibi non eſt, *poſt aditam hereditatem*, ſed *poſt adquiſitum dominium*, *vt in l. 4 qui vſumfru. ſi vſufr. peta.* Quod autem Modeſt. in *d. l. 39.* diſcrimen fecit inter equos & equitium, idem etiam porrexit ad ſeruos & familiam legatam. Familia, eſt collectio ſeruorum: eoque omnino pertinet *d. l. 81. de legat. 3.* Cuius ſententiam omnem exponamus. Seruorum, aut puerorum legato contineri quidem ancillas & puellas; quamuis id non ęque ita dicendum ſit, ancillis legatis maſculos contineri: quia peſſimi exempli eſt, maſculos, tanquam effœminatos, fœminino vocabulo contineri, *l. 45. de legat. 2.* Mulierum quoque legato, etiam virgines contineri, quaſi mulieris vocabulo ad ſexum ipſum, non ad gradum ſexus pertinente, vt eleganter Tertullian. ait in *lib. De veland. virginib.* Mulierum igitur appellatione, ſiue legato etiam virgines contineri: *ſicut*, inquit, *virorum legato etiam pueri continentur:* ſed non etiam puellæ, vt opinor; aut mulieres virorum legato continentur: quamuis & mulieres, auctore Feſto, veteres appellauerint *Viras*: vnde adhuc permanet, *Virgines* & *Viragines*. His tamen, vt arbitror, Modeſtinus adiecerat ſeruorum, vel ancillarum, vel mulierum legato partus non contineri; nec venire in petitionem legati, vt cauſam legati officio iudicis, niſi eos duntaxat partus, qui poſt moram heredis editi eſſent, & partus ſimiliter partuum, vt *l. 8. de vſur.* At familia legata omnino partus omnes venire in petitionem legati actionis iure, etiamſi nulla mora heredis interceſſiſſet. Denique, quod de equitio & equis dixit *d. l. 39.* idem eſſe dicendum docuit de ſeruis & familia. Partus ancillarum augere familiam, quæ legata eſt, quocunque tempore editi ſint; non augere ſingulos ſeruos, ſi ſerui legati ſint, non familia. Et Modeſt.

vt equis legatis, non continetur equitium: ita hec ſeruis legatis, contineri familiam. Adiecit Modeſtinus *d. l. 81.* inter gregem ouium, vel pecudum, & oues & pecudes, eandem differentiam interuenire. Ouibus, aut pecudibus legatis, non tantum oues, capras, ſues, equos, mulos, aſinos; ſed etiam boues contineri: ſicut & armento legato, boues continentur, non alia animalia. Ouibus aut pecudibus legatis, contineri etiam præter boues, qui collo domantur, & cetera iumenta dorſuaria, quæ dorſo, non collo domantur, non contineri etiam greges ouium aut caprarum: ergo nec fœtus, puta, agnos vel hœdos, niſi poſt moram heredis. Arietes quoque vel capros, qui gregis domini ſunt, non contineri. At grege legato; etiam agnos, & hœdos, quocumque tempore editi ſint, deberi, etiam ſi nulla mora heredis interuenerit: itemque capros & arietes. Et ita explicanda eſt *d. l. 81.* Verum eſt & alia differentia inter hæc nomina; ſi ſpecialiter equos, quos habebat teſtator, legauit, vel ſeruos, quos plures habebat. Plura ſunt legata, & legatarius alios repudiare, alios vindicare poteſt; quia plura ſunt legata: ſi equitium legauerit, aut familiam, vnum eſt legatum, quod ſcindi non poteſt; grege aut familia repudiata pro parte, & agnita pro altera parte, quod oſtenditur in *l. 2. & 6. de leg. 2.* Verbum generis, contrahit legatum: verbum ſpeciei, diuidit, diſcinditque legatum. Genus omne eſt περιληπτικὸν, *comprehenſiuum*, vel *collectiuum* ἢ ἐκ τῶν καθ' ἕκαστον ἀθροιστικόν. Reſtat ex hoc loco libro differentia inter ſtatuliberos & ſeruos, à quibus tamen ſtatuliberi pene nihil differre dicuntur, *l. 29. in princ. de ſtatulib.* Statuliberi ſunt, quibus teſtamento directa libertas datur in diem vel in conditionem certam. Hi nihil pene à ceteris ſeruis noſtris differunt: nam & ſtatuliberi ſerui ſunt heredis pendente conditione medioue tempore, l. 12. *famil. erciſc. l. 9. & 16. de ſtatulib. l. 11. de leg. 2.* Et ab herede vendi poſſunt ſtatuliberi non minus, quam ceteri ſerui; ita ſcil. vt apud emptorem, ſi conditio ſtatulibertatis impleatur, perueniant ad libertatem. Et hoc vt ſtatuliberi vendi poſſint ab herede, Modeſtin. ait eſſe ex XII. Tabul. in *l. 25. de ſtatulib.* quæ eſt ex hoc libro vltimo. Eſſe autem hoc ex XII. Tabul. ſic accipiendum eſt non quod ita l. XII. Tabularum ſimpliciter, & nominatim condita fuerit, vt Fuluius Vrſinus fingit: *Statuliberum venumdarier liceto, dum ne quid aduerſum ipſius ſtatum fiat.* Quot ſunt hodie ſuaues conditores ll. XII. Tabularum? nunquam ea de re ſpecialis lex quædam fuit in 12. Tabul. Sed ideo dicitur ſtatuliberos ex 12. Tabul. venundari poſſe, quod lege 12. Tabul. caueretur ſtatuliberum heredi decem dare iuſſum, ſi ab herede alienatus eſſet, emptori dando pecuniam, peruenire ad libertatem. Eſt iuſſus dare heredi, atque ita peruenire ad libertatem. Ceterum, etſi non heredi dederit, ſed ei, qui ſucceſſit heredi in rem, ſufficit vt libertatem adipiſcatur. Et ita hoc explicat Vlp. *lib. ſing. reg.* & confirmat *l. 29. §. vlt. de ſtatulib.* Ex ſententia huius l. potius, quam ex verbis dicitur, *ſtatuliberos venundari poſſe:* quod & Modeſtinus ſignificat *in l. 25.* dum ait; *putauerunt ſtatuliberos venundari poſſe ll. 12. Tabul.* i. e. ex ſententia ſcil. Verum addit ſtatim in hac l. 25. differentiam Modeſtinus, quod ceteri ſerui noſtri duris conditionibus vendi poſſunt; veluti, ne vnquam manumittantur; qui nec vnquam potuerunt manumitti, vel ne intra loca certa ſeruiant, vel ne in Italia morentur, *l. 1. 6. & 7. de ſer. export.* Statuliberi vendi non poſſunt duris conditionibus, quia deteriora eorum iura heres facere non poteſt. Spem libertatis non poteſt eis minuere vel auferre, l. 33. *de ſtatulib.* quod faceret, ſi duris conditionibus heres ſtatuliberum venderet: puta: ne vnquam manumittatur. Eſt & alia differentia, quod in publicis iudiciis ſeruiles pœnas, quæ ſunt omnium grauiſſimæ, ſtatuliberi non patiuntur, *l. moris §. vlt. de pœn. l. ſtatuliber, de quæſt.* quæ hoc facere ait ſpreta libertatis prærogatiua. Eſt enim ſtatulibero implicita ſpes, implicitus caſus libertatis, adeo vt vel hoc ipſum in plerisque cauſis

loco liberi habeatur, maxime in pœnis & capitali crimine, *l. vlt. si ex nox. cau.* Vnde & in *l. 29. de statulib.* iam pridem dixi, ita legendum esse: *Sed non in publicis quoque iudiciis easdem pœnas statuliberi patiuntur, quas & ceteri serui.* In priuatis iudiciis eodem iure sunt statuliberi, & serui, siue descendant ex contractibus, siue ex delictis priuatis: quod etiam confirmat *l. 1. C. an serui ex suo facto, &c.* At in publicis iudiciis melior est conditio statuliberi, quam serui.

Finis Differentiarum Lib. Modestini.

INDEX RERVM ET VERBORVM

QVÆ IN HIS CVIACII COMMENTARIIS IN LIBROS

Pauli ad Edictum, Lib. quæstionum eiusdem & Modestini Differ. lib. obseruari debent.

Prior numerus librum secundus columnam designat.

A

Auctore

F

G

H

I

Paul.

Mmm

O

Obiectio

FINIS.